

Análisis del Pleno N° 676/2020: improcedencia del matrimonio homosexual de Óscar Ugarteche

Analysis of Plenary Accord N° 676/2020: the dismissal of Oscar Ugarteche's homosexual marriage lawsuit

VANESSA ELIZABETH SHINNO PEREYRA

Abogada por la Universidad de Lima.
Maestría en Derecho Civil con mención en Derecho de Familia por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.
Doctoranda en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad Continental.
Código ORCID 0000-0001-6052-1834

Recibido con fecha 16 de marzo de 2021 y aceptado por el Comité Editorial con fecha 12 de abril de 2021.



SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **Familias homoafectivas.**
- III. **Pronunciamiento del Tribunal Constitucional.**
 1. **Voto singular del magistrado Ferrero Costa.**
 2. **Voto singular del magistrado Miranda Canales.**
 3. **Voto singular del magistrado Blume Fortini.**
 4. **Voto singular del magistrado Sardón de Taboada.**
- IV. **Conclusiones.**

RESUMEN:

El presente trabajo centra sus objetivos en realizar un análisis sobre los votos en contra de los magistrados que declararon improcedente el proceso de amparo que presentó Oscar Ugarteche, cuya pretensión fue que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil — RENIEC inscriba la partida de su matrimonio celebrado legalmente en México, mas no que el Estado peruano reconozca el matrimonio homosexual.

Palabras clave: matrimonio homosexual, derecho a la igualdad y no discriminación, familia homoafectiva, proceso de amparo, derecho a contraer matrimonio.

ABSTRACT:

The following work focuses on making an analysis on the against votes of the magistrates that dismissed the *amparo* process presented by Oscar Ugarteche, who demanded the Peruvian National Registry of Identification and Civil Status — RENIEC to register his marriage certificate, which took place in Mexico and was legally performed there, whilst not pretending the Peruvian State to recognise the legality of same-sex marriage.

Keywords: same-sex marriage, right to equality and non-discrimination, homoffective family, *amparo* process, right to marriage.

I. INTRODUCCIÓN

El peruano Óscar Ugarteche Galarza y su cónyuge Fidel Aroche han agotado todas las vías legales para que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil — RENIEC inscriba su partida de matrimonio, pues el propósito de los pretendientes no es que el Estado peruano reconozca el matrimonio homosexual, sino dar por sentado que existe un vínculo uxorio y cambiar su registro de estado civil de solteros a casados. Sin embargo, como analizaremos en los demás capítulos, podemos apreciar que los magistrados no han apuntado a la verdadera pretensión de los solicitantes, desviando su atención en el reconocimiento del matrimonio homosexual. En ese sentido, analizaremos con doctrina, jurisprudencia y preceptos jurídicos dicha institución y también el pronunciamiento del colegiado.

II. FAMILIAS HOMOAFECTIVAS

Para comenzar advertimos que, en términos generales, la familia homoafectiva se refiere a la

familia homosexual; es decir, la unión afectiva de personas del mismo sexo, donde conviven bajo un mismo techo. Varsi¹ indica que durante mucho tiempo la homoafectividad fue estigmatizada, dejando a los homosexuales en un universo paralelo donde los marginaban. Sin embargo, en los últimos años, la sociedad se ha ido mostrando más tolerante, donde los homosexuales acuden a la justicia para la protección de sus derechos.

Cabe resaltar que la homosexualidad se practicó en la antigua Grecia y en Roma. Actualmente, se está debatiendo la legalidad de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico no se permite el matrimonio homosexual ni tampoco la unión civil, aunque nuestra Constitución Política del año 1993, en su artículo 4, refiere que la comunidad y el Estado protegen a la familia. Entonces, a modo de interpretación, podemos inferir que se está refiriendo a un concepto abierto de familia que no especifica a qué tipo protege. Asimismo, el Tribunal Constitucional² ha sostenido una concepción dinámica de

1. Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo I (Lima: Gaceta Jurídica, 2011), 73.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional — STC recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, fundamentos jurídicos 6 y 7.

la familia; vale decir, va dirigido a la diversidad de formas o tipos de familia. Además, el artículo 15 inciso 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— alude a que toda persona tiene derecho a constituir familia, lo que se ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. En ese sentido, el derecho a constituir una familia está expresamente referido a la persona sin importar su sexo u orientación sexual.

Ahora bien, en el caso de los homosexuales, sienten el anhelo y la necesidad de dar estabilidad a su vida mediante la constitución de una pareja permanente; por lo tanto, el matrimonio es para ellos la manera de otorgar regularidad y orden a su vida. Por más que no puedan procrear, la pareja homosexual puede optar por convivir de manera estable sin necesidad de contraer matrimonio, como puede hacerlo cualquier pareja heterosexual. Entonces, el matrimonio y la convivencia heterosexual ya no identifican la familia, sino que es un tipo de familia. Dicho en otros términos, la finalidad de las uniones que constituyen el modelo constitucional de familia ya no se identifica con la procreación, sino en hacer vida en común.

Por su parte, Dias³ indica lo siguiente:

“La homosexualidad existe y siempre ha existido, pero es marcada por un estigma social, es renegada a la marginalidad por alejarse de los patrones de comportamiento convencional. Por causa del propio prejuicio, se intenta excluir la homosexualidad del mundo del Derecho. Nada diferencia las uniones heterosexuales y homosexuales a modo de impedir que ambas sean definidas como familia”.

III. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A continuación, analizaremos y comentaremos los votos singulares que manifestaron la improcedencia del proceso de amparo dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional en el año 2020 sobre el expediente N° 01739-2018-PA/TC interpuesto por el recurrente Oscar Ugarteche.

1. Voto singular del magistrado Ferrero Costa.

El magistrado declaró improcedente el proceso de amparo por los siguientes fundamentos:

Primero, que:

“la realidad antecede al Derecho. Así, hay un fenómeno social y humano que consiste en la unión estable entre un hombre y una mujer, y que recibe el nombre de matrimonio. El término matrimonio es la palabra que designa este tipo de unión heterosexual (...) Plantear que una unión homosexual es matrimonio es como pretender que una unión homosexual sea heterosexual: una contradicción en sus propios términos. Y afirmar que son realidades distintas no es decir nada malo de las uniones entre personas del mismo sexo, sino simplemente diferenciarlas de otro tipo de uniones (la de las personas de diferente sexo) que son, efectivamente, distintas y las que producen el crecimiento de la población mundial, y el mantenimiento de ella.”⁴

Si bien es cierto, desde el punto de vista social, el término matrimonio es la unión intersexual entre un hombre y una mujer. Por su parte, Hernández⁵ refiere que el matrimonio está constituido por la unión legal entre un hombre y una mujer, basada en una relación de derechos y

3. María Berenice Dias, “La familia homoafectiva”, *Revista Jurídica* 11 (2007): 11.

4. Pleno del Tribunal Constitucional, Sentencia N° 676/2020, voto singular del magistrado Ferrero Costa, 2.

5. William Hernández Pineda, “Motivos determinantes para desaprobar el matrimonio homosexual en el Perú.” (Tesis para optar el grado de doctor en derecho, Universidad Nacional de Trujillo, 2019), 14.

obligaciones recíprocas fundadas en los afectos mutuos e instituidos con el propósito de fundar una familia.

No obstante, el matrimonio siempre ha existido en la vida del hombre: no es algo creado por ley. Es por ello que se considera como una institución natural, y el Derecho solo debe fijar las formas de regulación y su reconocimiento, pero no modificar la esencia. Somos de la opinión que el matrimonio es la unión de dos personas —heterosexual u homosexual— para realizar la vida en común; dicho en otros términos, el matrimonio ha ido evolucionando a través del tiempo y la finalidad ya no recae en la procreación, sino en la asistencia entre los cónyuges, así como también en cumplir el proyecto de vida, por lo que no prima la unión intersexual.

Para reforzar nuestra postura, citaremos el considerando noveno del pronunciamiento del séptimo Juzgado Constitucional de Lima⁶ sobre el proceso de amparo interpuesto por Oscar Ugarteche que exhorta lo siguiente:

“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”.

En ese sentido, nuestra Constitución Política no regula la definición del matrimonio; al contrario, solo la promueve y tampoco realiza una definición de la familia, solamente la protege, independientemente el tipo que sea. Entonces, debe prevalecer nuestra Carta Magna, pues es una ley suprema, ante las leyes ordinarias.

Adicionalmente, nos amparamos en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que refiere que los hombres y 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. Nuevamente, este tratado internacional no indica que el matrimonio debe ser realizado por la unión de un hombre y una mujer; por lo que deja a la interpretación abierta que pueden contraer matrimonio las parejas homosexuales.

Segundo, el magistrado menciona lo siguiente:

“Toca ahora preguntarnos, ¿por qué son diferentes la realidad del matrimonio heterosexual y la de la unión homosexual? La más elemental diferencia es que, en el caso de las uniones heterosexuales, la complementariedad de los sexos permite que las relaciones sexuales entre hombre y mujer desemboquen en el nacimiento de nuevas personas —la descendencia conyugal—, lo que dota a estas uniones de un peculiar e intenso valor social, a diferencia de las uniones que estructuralmente —no coyuntural o patológica— no pueden dar lugar al nacimiento de nuevas personas. La relevancia social de estas últimas es, por ello, mucho más limitada. En otras palabras, los nuevos ciudadanos, que aseguran la continuidad social, proceden de uniones entre personas de distinto sexo, no de uniones homosexuales. La transcendencia social de uno y otro fenómeno es, como resulta evidente, muy distinta, y el interés de la sociedad en uno u otro tipo de uniones es también diferente (...) A ello hay que añadir que la Constitución, según su Cuarta Disposición Final y Transitoria, debe ser interpretada de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, que establecen que el matrimonio es heterosexual, según hemos visto. De lo señalado anteriormente podemos concluir que la Constitución, en su artículo 4, consagra el matrimonio heterosexual, en concordancia 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 so-

6. Expediente N° 22863-2012-0-1801-JR-CI-08, séptimo Juzgado Constitucional de Lima, fundamento noveno.

bre Derechos Humanos (artículo 17.2)” —el subrayado es nuestro—.7

No compartimos la postura del magistrado porque el matrimonio ha dejado de tener como finalidad la procreación de la prole, pues el artículo 234 del Código Civil indica que la finalidad es hacer vida en común; y, para Varsi⁸, la comunidad de vida involucra que los cónyuges deban compartirse, entregarse mutuamente a fin de lograr la integración de la familia sustentada en vivencias sobre todo soportar el peso marital.

Por otro lado, si los cónyuges, especialmente heterosexuales, desean tener hijos, pero no pueden procrear de forma natural, cabe la figura de la adopción que nuestro Código Civil regula, la cual es una forma de filiación y fuente generadora de familia. Es pertinente resaltar que esta figura también ha ido evolucionando, porque no es un requisito indispensable encontrarse casados para adoptar, sino que también lo pueden realizar las personas que deseen formar una familia monoparental, los convivientes, familias de acogida, según el artículo 124 del Decreto Legislativo 1297.⁹ Sin embargo, aún no se permite la adopción entre parejas del mismo sexo, que también urge al Estado peruano pronunciarse sobre ello. Para que las parejas homosexuales puedan tener hijos, acuden a los Estados extranjeros donde se permite la adopción, por lo que existe un Estado que avala la adopción entre parejas homosexuales.

En suma, existen diversas maneras para que los cónyuges puedan tener hijos: no solamente por la procreación, sino también por la figura de la adopción, maternidad subrogada, entre otros.

El ponente realiza una interpretación errónea del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al indicar que se reconoce el matrimonio la unión entre un hombre y una mujer, y cita otros tratados internacionales. Consideramos que los tratados internacionales no sindicaron que el hombre y la mujer deban unirse para contraer matrimonio. Al contrario, indica que los hombres y las mujeres —es decir, clasifica el legislador en cuanto al género— a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia. En ese sentido, no resalta expresamente que deba existir la unión heterosexual.

Tercero, el ponente señala que: (...)

“Por tanto, ha resuelto acertadamente el RENIEC cuando ha denegado la inscripción del matrimonio del demandante por considerar que, conforme a los artículos 2049 y 2050 del Código Civil, dicho matrimonio entre personas del mismo sexo es incompatible con el orden público internacional. En efecto, el Código Bustamante señala que «los preceptos constitucionales son de orden público internacional» y para nuestra Constitución el matrimonio es heterosexual, según hemos explicado”.¹⁰

Nuevamente, para nuestra Constitución el matrimonio no es exclusivamente heterosexual, pues la Carta Magna solo regula la protección de la familia y promoción del matrimonio, excluyendo la definición de dichas instituciones jurídicas. Adicionalmente, compartimos la postura de Ugarte¹¹, quien señala que el artículo 4º de

7. Pleno del Tribunal Constitucional, Sentencia N° 676/2020, voto singular del magistrado Ferrero Costa, 4-6.
8. Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo II (Lima: Gaceta Jurídica, 2011), 48.
9. Decreto Legislativo 1297, Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, artículo 124.
10. Pleno del Tribunal Constitucional, Sentencia N° 676/2020, voto singular del magistrado Ferrero Costa, 6.
11. Daniel Ugarte Mostajo, “La Garantía Institucional del Matrimonio en la Constitución peruana de 1993.” (Tesis para optar el grado de magíster en derecho, Universidad de Zaragoza, 2012), 14.

la Constitución peruana establece el principio de promoción de la institución matrimonial: se sostiene que dicha norma no ofrece una definición de matrimonio, ni mucho menos establece quién puede ser parte activa de éste, correspondiéndole finalmente al legislador ordinario determinar quién puede o no casarse y, en su caso, con quién hacerlo, respetando —claro está— los principios constitucionales de libertad e igualdad y no discriminación.

Por su parte, Varsi¹² alude a que la homosexualidad y homoafectividad se encuentran ligadas al principio de dignidad humana, que es la calidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y la comunidad, envolviendo un complejo de derechos y deberes fundamentales que garantizan su desenvolvimiento contra cualquier acto de trato inhumano o degradante. Su sexualidad representa una medida básica para la constitución de su propia subjetividad, sustento indispensable para reforzar la capacidad para el libre desarrollo de la persona y donde puede enmarcar lineal y profundamente su proyecto de vida. Por tanto, las cuestiones relativas a la orientación sexual se relacionan estrechamente con el apoyo de la dignidad humana. Luego, se relaciona con el principio de la libertad, que es aquella capacidad que tiene el sujeto para realizarse con autonomía dentro de sus relaciones sociales. Así, puede afirmarse que el principio de libertad está en el sentido de que cualquier persona tiene la prerrogativa de escoger su pareja, independientemente de su sexo, como el tipo de entidad que desea constituir. Asimismo, se relaciona con el principio de igualdad, implica que las personas tienen el mismo valor ante la ley. Entonces, la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo por existencia de dispositivo legal o por omisión en el sistema jurídico es, en principio, inconstitucional; en otros términos, viola la igualdad de la persona

respecto de la ley que hace que la aplicación de una norma sea dependiente de la homosexualidad o heterosexualidad.

Finalmente, se relaciona con el derecho a la identidad por la orientación sexual, pues la sexualidad es un elemento personal, individual y constituye parte esencial del sujeto, así como la raza o el origen étnico. La homosexualidad es parte de la identidad, es inherente a la persona. La identidad sexual debe ser vista como una clave central para el libre desarrollo de la persona humana y la orientación sexual no debe ser un problema de opción, de elegir; es algo que está en las profundas raíces de la sexualidad humana.

Por último, compartimos la opinión del ponente¹³ al exhortar al Congreso a *“debatir una ley para personas que por diversas circunstancias vivan juntas, en asuntos legales propios de esa convivencia, como los bienes adquiridos dentro de ésta, contratos de seguros u otros similares, que no puedan ser cubiertos por la legislación ya existente”*. En suma, urge la necesidad de que el Congreso de la República, que personifica al Poder Legislativo, modifique el texto del artículo 234 del Código Civil e incluso promulgue leyes especiales sobre el matrimonio homosexual y la unión civil.

2. Voto singular del magistrado Miranda Canales.

El magistrado declaró improcedente el proceso de amparo por lo siguiente:

“Al respecto, el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional establece que “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 5. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, ...”. No obstante, la ponencia no realiza un análisis del

12. Enrique Varsi Rospigliosi, “Matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista Româna de Drept Privat* 3 (2018): 427-432.

13. Pleno del Tribunal Constitucional. Sentencia N° 676/2020, voto singular del magistrado Ferrero Costa, 8.

*cumplimiento de este requisito de procedibilidad. Este 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. En este sentido, 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 en aplicación del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional”.*¹⁴

No compartimos la postura del ponente, puesto que en primer lugar no consigna cuál es la vía idónea y satisfactoria para que el recurrente pueda hacer valer sus derechos; y, en segundo lugar, según Mesía¹⁵ el amparo no solo es un proceso, sino un derecho humano fundamental a exigir del Estado un pronunciamiento jurisdiccional con arreglo al debido proceso, a fin de proteger los derechos constitucionales distintos a la libertad corpórea, seguridad, integridad personal y libertades informáticas.

Siguiendo la misma línea, el mencionado autor¹⁶ establece que el proceso de amparo procede ante el hecho u omisión ilegal o arbitraria de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos constitucionales de dimensión espiritual, además de los derechos económicos, sociales y culturales. También protege a la persona contra cualquier órgano, público o privado, que, ejerciendo funciones de carácter materialmente jurisdiccional, adopte resoluciones con violación de la tutela procesal efectiva.

De lo expuesto, el proceso de amparo tiene como finalidad reponer los derechos constitu-

cionales que han sido vulnerados y, dentro de los derechos incorporados a que el proceso de amparo otorga protección, refiere a no ser discriminado por razones de orientación sexual, condición económica y social. Por ende, al negar la solicitud de inscripción de la partida del matrimonio celebrado legalmente en México, el RENIEC incurre en una forma de discriminación, al sustentar en sus argumentos que el Código Civil regula el matrimonio heterosexual, y no ampararse en la Constitución Política que constituye una ley suprema.

3. Voto singular del magistrado Blume Fortini.

El magistrado declaró improcedente el amparo porque menciona que

*“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. Ello es así porque la Constitución en una interpretación armónica o concordada 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”.*¹⁷

14. Pleno del Tribunal Constitucional. Sentencia N° 676/2020, voto singular del magistrado Miranda Canales, 9

15. Carlos Mesía Ramírez, *Exégesis del Código Procesal Constitucional* (Lima: Gaceta Jurídica, 2007), 318.

16. *Ibid.*, 322-323.

17. Pleno del Tribunal Constitucional. Sentencia N° 676/2020, voto singular del magistrado Blume Fortini, 10.

Si bien es cierto que el derecho a contraer matrimonio no es un derecho constitucional, sí es un derecho fundamental, pues se encuentra dentro de tratados internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. La misma Constitución remite en su artículo 3 que la enumeración de los derechos establecidos no excluye los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre.

De lo expuesto, nos encontramos conforme con lo dispuesto en el considerando décimo primero de la sentencia emitida por el séptimo Juzgado Constitucional de Lima¹⁸, donde se cita al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional¹⁹ que establece lo siguiente: *“El contenido y los 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”*. En suma, todo lo que abarca los derechos constitucionales debe ser interpretado de conformidad con dicho tratado, específicamente el derecho a contraer matrimonio.

Ahora bien, cabe resaltar que existe una sentencia del propio Tribunal Constitucional²⁰ donde considera que el derecho a contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de em-

presa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, numeral 1), de la Constitución, pues con su ejercicio se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él —aunque no únicamente—, a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia.

Por su parte, Varsi²¹, citando a Isabel Moreira, refiere que la Ley Fundamental debe ser leída sin las gafas de la ley ordinaria vigente, debiendo tener en cuenta el interés individual que trascienda en una paz colectiva sustentada en igualdad de oportunidades de ser feliz. Debe tenerse en cuenta que la Constitución peruana establece el principio de promoción del matrimonio, pero no ofrece una definición, ni establece quién puede ser parte activa de un matrimonio; mientras que el artículo 234 del Código Civil indica de manera expresa que el matrimonio es la unión entre un varón y una mujer. Sin embargo, es fundamental recordar y hacer hincapié en que la ley ordinaria debe seguir lo establecido por la Ley Fundamental y no al revés, bajo pena de inversión de las fuentes del Derecho.

De lo esbozado, advertimos que efectivamente existe inconstitucionalidad de restringir el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues significa un trato discriminatorio y desigual que ataca exclusivamente el derecho a la igualdad ante la ley. Se recomienda que, si los juristas van a interpretar las leyes —especialmente las ordinarias—, que lo realicen conforme con los

-
18. Expediente N° 22863-2012-0-1801-JR-CI-08, séptimo Juzgado Constitucional de Lima, fundamento décimo primero.
19. Nota del Editor: la autora hace referencia al derogado Código Procesal Constitucional, Ley 28237, que fuera reemplazado por el Nuevo Código Procesal Constitucional aprobado por Ley 31307. El precepto mencionado ahora está contenido en el artículo VIII del Título Preliminar de la nueva norma.
20. STC recaída en el expediente N° 2868-2004-AA/TC, 7 febrero del 2005.
21. Enrique Varsi Rospigliosi, “Matrimonio entre personas del mismo sexo”: 438.

preceptos constitucionales; de lo contrario, se estaría afectando el contenido de la pirámide de Kelsen. Por ello, primero se debe apreciar lo que abarque del Código Civil sobre el matrimonio y, luego, discutir su conformación con la Constitución Política.

De otro lado, nos encontramos a favor del ponente cuando alude a lo siguiente: *“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 respetables personas”*. En ese sentido, consideramos que es deber del Congreso de la República promulgar leyes especiales o cambiar la definición del matrimonio para que no signifique solamente la unión entre un varón y una mujer, sino la unión entre dos personas legalmente aptas para contraer matrimonio, cuya finalidad es hacer vida en común.

4. Voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

El magistrado declaró improcedente el amparo por los siguientes fundamentos:

Primero,

“lo que se discute en este proceso es si el Tribunal Constitucional debe ordenar a RENIEC inscribir el matrimonio de Óscar Ugarteche con Fidel Aroche celebrado en Ciudad de México. En mi opinión, no debe hacerlo porque implicaría desconocer normas no solo del Código Civil sino también de la Constitución Política del Perú. Por lo pronto, El artículo 2050 del Libro X, Derecho Internacional Privado, del Código Civil estipula que todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las

*normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres. Por tanto, 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”*²².

De lo apreciado, no compartimos la postura del magistrado, ya que, según el pronunciamiento del décimo Juzgado Constitucional de Lima²³ sobre el proceso de amparo interpuesto por Susel Paredes para que RENIEC inscriba la partida de su matrimonio celebrado legalmente en Miami, Estados Unidos, en el considerando sexto establece que, citando el artículo 2050 del Código Civil, el matrimonio civil de las contrayentes ha sido regularmente realizado de acuerdo a las leyes de Miami y no es incompatible con ninguna norma de orden público internacional; esto es, que no afecta al *ius cogens* —normas de derecho imperativo—, no afecta al matrimonio ni a las buenas costumbres.

Adicionalmente, cabe resaltar que los partidarios del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo han señalado que, para determinar quién puede o no contraer matrimonio en el Perú, es fundamental recordar que la ley ordinaria debe seguir lo establecido por la Constitución y no al revés, bajo pena de inversión de las fuentes del Derecho, por lo que pretender sacar el diseño constitucional a partir de la ley ordinaria equivaldría a un error metodológico grave.²⁴

En suma, el matrimonio realizado en el extranjero no afecta al orden público y las buenas costumbres, pues se ha cumplido la legalidad que indica el país extranjero; y, por otro lado, se

22. Pleno del Tribunal Constitucional, Sentencia N° 676/2020, voto singular del magistrado Sardón de Taboada, 13.

23. Expediente N° 10776-2017, décimo Juzgado Constitucional de Lima, considerando sexto.

24. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família contemporâneo* (Lisboa: AAFDL, 2008), 100.

debe interpretar las normas jurídicas aplicando la pirámide de Kelsen para evitar en caer en interpretaciones erróneas y no anteponer una ley ordinaria por encima de la ley suprema.

Segundo, *“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 juntamente con el artículo 5, que contiene la noción de matrimonio antes señalada”*.

El artículo 5 de la Constitución hace mención de la unión de hecho —unión estable entre un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho—, la cual da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. Para empezar, estamos ante dos instituciones jurídicas diferentes porque el artículo 4 de la Constitución no protege el matrimonio, sino lo promueve; y el artículo 5 brinda protección y reconocimiento a las uniones de hecho. Asimismo, el derecho a la igualdad se encuentra en el artículo 2 que abarca los derechos que posee toda persona, por lo que no puede ser interpretado de manera conjunta con este artículo, pues acorde con Varsi²⁵ la igualdad está relacionada con el principio de la libertad: solo hay libertad si existe igualdad. Los beneficiarios del principio de igualdad son los órganos de aplicación de la ley, los órganos de creación de la misma ley, así como los titulares de derechos. La igualdad no solo se refleja en el igual uso de la ley, sino también en la creación de un Derecho unísono para todos. El tratamiento diferenciado solo puede existir en la ocurrencia de una base racional para justificarla. A falta de razones válidas o si ello fuera insuficiente se debe entender que, en virtud de la igualdad, debe

aplicarse el mismo régimen jurídico en todas las situaciones.

Ahora bien, es importante recordar el caso de Atala Riffo, sobre el derecho de las minorías sexuales a recibir un trato igualitario, citado en el considerando trigésimo tercero del sétimo Juzgado Constitucional de Lima²⁶, sobre que la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales 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 estas minorías han sufrido. El hecho que ésta pueda ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso, no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.

Tercero, mostramos nuestra conformidad cuando el ponente indica que debe hacerse una reforma constitucional siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 206 de la propia Constitución para que el Congreso de la República realice la votación.

Para finalizar, los recurrentes acudieron a RENIEC para solicitar la inscripción de su partida de matrimonio y no buscar el reconocimiento del matrimonio homosexual. En ese sentido, se han mezclado los términos y los magistrados no han apreciado la verdadera pretensión de Oscar Ugarteche.

Entonces, para definir el concepto de inscripción, nos basamos en lo dispuesto en la Enciclopedia Jurídica²⁷ que posee dos acepciones:

25. Enrique Varsi Rospigliosi, “Matrimonio entre personas del mismo sexo”: 429-430.
26. Expediente N° 22863-2012-0-1801-JR-CI-08, sétimo Juzgado Constitucional de Lima, fundamento trigésimo primero.
27. “Inscripción”, *Enciclopedia Jurídica*, acceso el 30 de noviembre del 2021, <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/inscripcion/inscripcion.htm>.

sustantiva y formal. La primera identifica a la inscripción con el valor, y los efectos que ésta produce que a su vez se basan en su carácter declarativo. La segunda lo hace con el concepto de asiento que se consigna en Registros Públicos. En ese sentido, se considera como la constatación registral del contenido de un título, hecho o circunstancia, realizada en los libros del Registro para surtir efectos. Además, es el asiento eje alrededor del cual gira toda la mecánica del Registro. Siguiendo la misma línea, este término posee otra definición que conlleva a la acción y efecto de inscribir o inscribirse en algún registro, de los documentos o las declaraciones que han de asentarse en él según las leyes. Los actos necesitados de inscripción en registro público son muchos, pues aparte de los determinados en los códigos, hay otros de índole administrativa que requieren esa misma formalidad. Entre ellos cabe señalar los que afectan al Registro Civil de las Personas —nacimientos, matrimonios y defunciones—, así como también el Registro

de la Propiedad, entre otros.

IV. CONCLUSIONES

1. Los votos de los magistrados llegan a la conclusión de que el Congreso de la República modifique o promulgue leyes especiales en base al matrimonio homosexual.
2. Se debe priorizar la ley suprema por sobre la ley ordinaria, respetando la pirámide de Kelsen.
3. En el mundo, son cada vez más los países que aceptan la unión civil o el matrimonio homosexual, ya sea a través de una sentencia o de alguna legislación.
4. La igualdad ante la ley conlleva a que todas las personas tengan los mismos derechos y que no se les nieguen a unos por razón de sexo u orientación sexual.