



UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
MÉTODO DE CASO JURÍDICO

“ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL MATRIMONIO EN LA
LEGISLACIÓN PERUANA - PLENO SENTENCIA 172/2022
RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 02743-2021-PA/TC”

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTORAS: BACH. CINTHIA NATALIA BABILONIA RUIZ
BACH. ANGELA DELFINA GÓMEZ SIMONS

ASESOR: MAG. MIGUEL ANGEL VILLA VEGA

San Juan Bautista – Loreto – Maynas – Perú

2022

PAGINA DE PROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional “ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA - PLENO SENTENCIA 172/2022 RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 02743-2021-PA/TC”, sustentado en acto público el día viernes 9 de junio del 2023, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



Mag. Thamer López Macedo

Presidente del Jurado



Mag. Nestor Armando Fernández Hernández

Miembro del Jurado



Mag. Miguel Angel Villa Vega

Asesor

DEDICATORIA

A todas las familias del Perú, familias que buscan una luz al final del túnel, donde exista igualdad de derechos y obligaciones entre dos personas del mismo sexo que se unen voluntariamente, sin prejuicios, ni discriminación. A todas esas familias que luchan batallas cada día, cada noche y que sus voces se escuchan pero nadie atiende. A esas familias decirles que: “El amor siempre gana”.

Angela y Cinthia

AGRADECIMIENTO

Primero a Dios, por darme la vida y una familia maravillosa. Segundo a mis padres Natalia y José, les agradezco por todo el amor y apoyo que me dan en mi día a día; ustedes son lo más valioso que me dio la vida. A mi compañera Angela, por ser siempre una amiga y compañera leal y la que me empuja a salir de mi zona de confort.

Cinthia

A mi padre Juan Medardo por ayudarme a encontrar mi camino permitiendo que la vida sea mi mejor maestra; A mi madre María Isabel por ser mi amiga leal y apoyo incondicional; A mi esposo Haroldo e hijas Amira y Olivia, que son el eje de mi universo. A mi compañera y amiga Cinthia, que no dudo que juntas o separadas, seremos las mejores abogadas.

Angela

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Con Resolución Decanal N° 253 del 05 de junio de 2023, la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP designa como Jurado Evaluador y Dictaminador de la Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional a los Señores:

- Mag. Thamer Lopez Macedo Presidente
- Mag. Nestor Armando Fernandez Hernandez Miembro

Como Asesor: **Mag. Miguel Angel Villa Vega**

En la ciudad de Iquitos, siendo las 08:30 horas del día **Viernes 09 de junio del 2023** en las instalaciones de la UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP, se constituyó el Jurado para escuchar la sustentación y defensa del Trabajo de Suficiencia Profesional – Análisis de Método del Caso: **“ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION PERUANA – PLENO SENTENCIA 172/2022 RECAIDA EN EL EXPEDIENTE 02743-2021-PA/TC”**.

Presentado por las sustentantes:

**ANGELA DELFINA GOMEZ SIMONS
CINTHIA NATALIA BABILONIA RUIZ**

Como requisito para optar el título profesional de: **Abogada**

Luego de escuchar la sustentación y formuladas las preguntas, las mismas que fueron respondidas de forma: *Satisfactoria*

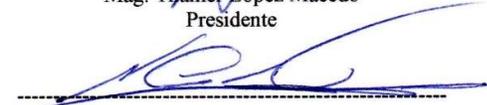
El jurado después de la deliberación en privado llegó a la siguiente conclusión:

La Sustentación es:

Aprobado por Unanimidad

En fe de lo cual los miembros del jurado firman el acta.


Mag. Thamer Lopez Macedo
Presidente


Mag. Nestor Armando Fernandez Hernandez
Miembro

CALIFICACIÓN:	Aprobado (a) Excelencia	: 19 – 20
	Aprobado (a) Unanimidad	: 16– 18
	Aprobado (a) Mayoría	: 13 – 15
	Desaprobado (a)	: 00 – 12

Contáctanos:

Iquitos – Perú
065 - 26 1088 / 065 - 26 2240
Av. Abelardo Quiñones Km. 2.5

Filial Tarapoto – Perú
42 – 58 5638 / 42 – 58 5640
Leoncio Prado 1070 / Martines de Compagñon 933

Universidad Científica del Perú
www.ucp.edu.pe

“Año de la Unidad, la paz y el desarrollo”

**CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP**

El presidente del Comité de Ética de la Universidad Científica del Perú - UCP

Hace constar que:

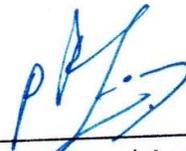
El Trabajo de Suficiencia Profesional titulado:

**“ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN
PERUANA - PLENO SENTENCIA 172/2022 RECAIDA EN EL
EXPEDIENTE 02743-2021-PA/TC”**

De las alumnas: **CINTHIA NATALIA BABILONIA RUIZ Y ANGELA DELFINA GOMEZ SIMONS**, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pasó satisfactoriamente la revisión por el Software Antiplagio, con un porcentaje de **9% de similitud**.

Se expide la presente, a solicitud de la parte interesada para los fines que estime conveniente.

San Juan, 25 de Mayo del 2023.



Dr. César J. Ramal Asayag
Presidente del Comité de Ética – UCP

CIRA/ri-a
183-2023



Document Information

Analyzed document	ucp_derecho_2023_TSP_angelagomez_cinthetaabilonia_v2.pdf (D168467923)
Submitted	5/25/2023 8:39:00 PM
Submitted by	Comisión Antiplagio
Submitter email	revision.antiplagio@ucp.edu.pe
Similarity	9%
Analysis address	revision.antiplagio.ucp@analysis.arkund.com

Sources included in the report

SA	Universidad Científica del Perú / UCP_DERECHO_2021_TSP_ANDREANAJAR_CAROLGARCIA_V1.pdf Document UCP_DERECHO_2021_TSP_ANDREANAJAR_CAROLGARCIA_V1.pdf (D110702482) Submitted by: revision.antiplagio@ucp.edu.pe Receiver: revision.antiplagio.ucp@analysis.arkund.com	 33
W	URL: https://www.gob.pe/361-matrimonio-civil Fetched: 5/25/2023 8:39:00 PM	 3
SA	b24f7f271bcd0c5958b22b8387b032bb6b6adf8e.html Document b24f7f271bcd0c5958b22b8387b032bb6b6adf8e.html (D143641748)	 2
W	URL: https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/7752/Varsi_Enrique_matrimonio-m... Fetched: 5/25/2023 8:42:00 PM	 2

Entire Document

1	46% MATCHING BLOCK 1/40	SA UCP_DERECHO_2021_TSP_ANDREANAJAR_CAROLGARCIA_V... (D110702482)
<p>UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL MÉTODO DE CASO JURÍDICO "ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA - PLENO SENTENCIA 172/2022 RECAIDA EN EL EXPEDIENTE 02743-2021-PA/TC". PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO AUTORAS:</p> <p>Bachiller Cinthia Natalia BABILONIA RUIZ Bachiller Angela Delfina GOMEZ SIMONS ASESOR: Mag. Miguel Angel VILLA VEGA San Juan Bautista – Loreto – Maynas - Perú 2022</p> <p>2 PAGINA DE PROBACIÓN Trabajo de suficiencia profesional "ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA - PLENO SENTENCIA 172/2022 RECAIDA EN EL EXPEDIENTE 02743-2021-PA/TC", sustentado en acto público el día _____ del 2023, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente: _____ Presidente del Jurado _____ Miembro del Jurado _____ Miembro el Jurado _____ Asesor</p>		
3		

ÍNDICE DE CONTENIDO

Pág.

PÁGINA DE APROBACIÓN	ii
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
ACTA DE SUSTENTACIÓN	v
CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD	vi
ÍNDICE DE CONTENIDO	viii
RESUMEN.....	x
ABSTRACT	xi
CAPITULO I: INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO.....	4
2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO	4
2.1.1. ANTECEDENTES INTERNACIONALES.....	4
2.1.2. ANTECEDENTES NACIONALES.....	5
2.2 BASES TEÓRICAS	8
2.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL.....	8
2.2.1.1 Teorías en contra del matrimonio homosexual.....	11
2.2.1.2 Teorías a favor del matrimonio homosexual.....	12
2.2.2 LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO	13
2.2.2.1. La Familia Como Célula de la Sociedad	13
2.2.2.2. Teoría Institucionalista del Matrimonio.....	17
2.2.2.3. Teoría Contractualista del Matrimonio	19
2.2.2.4 Concubinato y el Matrimonio Igualitario	22
2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	33
2.4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	35
2.5. FORMULACIÓN DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	36
2.5.1 Problema General:	36
2.5.2. Problemas Específicos:.....	36
2.6. OBJETIVO.....	36
2.6.1. Objetivo General:	36
2.6.2. Objetivos Específicos:	36
2.7. HIPÓTESIS	36
2.8. VARIABLES	37
2.8.1. Variable1:.....	37

2.8.2. Variable2:.....	37
CAPITULO III: METODOLOGÍA	38
3.2 MUESTRA.....	38
3.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	38
3.4 PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	38
3.5 VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.....	39
3.6 PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.....	39
CAPÍTULO IV: RESULTADOS	41
CAPITULO V: DISCUSIÓN.....	44
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES	50
CAPÍTULO VII: RECOMENDACIONES	53
CAPÍTULO VIII: PROPUESTA NORMATIVA – INICIATIVA LEGISLATIVA	55
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58
ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	63
ANEXO 2: SENTENCIA.....	64
ANEXO 3: DIAPOSITIVAS	146

**“ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN
PERUANA - PLENO SENTENCIA 172/2022 RECAÍDA EN EL
EXPEDIENTE 02743-2021-PA/TC”**

AUTORAS: BACH. CINTHIA NATALIA BABILONIA RUIZ
BACH. ANGELA DELFINA GÓMEZ SIMONS

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo fue determinar los fundamentos del matrimonio en el Perú – 2022, abordando el estudio de tipo básico a través de un nivel descriptivo, no experimental y transversal, utilizando el análisis documental para examinar la Sentencia 172/2022, emitida por el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 02743-2021-PA/TC, que declaró improcedente el recurso de agravio constitucional en la demanda de amparo de Andree Martinot Serván y Diego Urbina Fletcher para que puedan inscribir su matrimonio en Reniec, concluyendo que más allá del sentido de procreación del matrimonio, es cierto que la unión entre un hombre y una mujer tiene una relación directa con la subsistencia de la especie, si bien se puede aceptar otro tipo de uniones, estas no deben tener las características únicas del matrimonio, que el Tribunal Constitucional ha recogido en la Sentencia materia de estudio, reconociendo la vigencia y legitimidad del artículo 234 del Código Civil, a pesar de las interpretaciones de diversos instrumentos internacionales que parecen apuntar hacia la validez del matrimonio igualitario, pero que en nuestro ordenamiento jurídico no prevalecen sobre lo que manda la Constitución, y que sirve como fundamento para la concepción de matrimonio únicamente heterosexual que tiene nuestro Código Civil.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio, familia, matrimonio igualitario, derecho a la igualdad, derecho a la no discriminación.

**"DOCTRINARY ANALYSIS OF MARRIAGE IN PERUVIAN
LEGISLATION - FULL JUDGMENT 172/2022 RECALLED IN FILE
02743-2021-PA/TC"**

AUTHORS: BACH. CINTHIA NATALIA BABILONIA RUIZ
BACH. ANGELA DELFINA GOMEZ SIMONS

ABSTRACT

The objective of this work was to determine the foundations of marriage in Peru - 2022, addressing the basic type study through a descriptive, non-experimental and cross-sectional level, using documentary analysis to examine Judgment 172/2022, issued by the Constitutional Court, in file No. 02743-2021-PA/TC, which declared the appeal for constitutional grievance inadmissible in the amparo lawsuit filed by Andree Martinot Serván and Diego Urbina Fletcher so that they can register their marriage in Reniec, concluding that beyond From the procreative meaning of marriage, it is true that the union between a man and a woman has a direct relationship with the subsistence of the species, although other types of unions can be accepted, they should not have the unique characteristics of marriage, which The Constitutional Court has included in the Judgment matter of study, recognizing the validity and legitimacy of article 234 of the Civil Code, despite the interpretations of various international instruments that seem to point towards the validity of equal marriage, but that in our legal system do not prevail over what is mandated by the Constitution, and which serves as the foundation for the conception of only heterosexual marriage that our Civil Code has.

KEY WORDS: Marriage, family, equal marriage, right to equality, right to non-discrimination.

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

El matrimonio igualitario o matrimonio entre personas del mismo sexo, es un tema que no es totalmente aceptado por la sociedad, toda vez que, en el mundo occidental, éste se encuentra fuertemente influenciado por la tradición cristiana y su finalidad de procreación y perpetuación de la especie humana, que ha dado lugar a que el matrimonio religioso al igual que el civil, sea el realizado entre un hombre y una mujer, con todos los efectos legales que ello implica.

Durante el presente siglo, esta percepción ha ido cambiando, dando lugar a que internacionalmente, diversos países vayan incorporando el matrimonio homosexual dentro de sus legislaciones, al respecto Soriano (2011) menciona el caso de Holanda (desde 2001), Bélgica (desde 2003), España y Canadá (desde 2005), Sudáfrica (desde 2006), Noruega y Suecia (desde 2009), Portugal e Islandia (desde 2010), y varias jurisdicciones de Estados Unidos: Massachusetts (desde 2004), Connecticut (desde 2008), Iowa (desde 2009), Vermont (desde 2009), New Hampshire (desde 2010) y Washington, D.C. (desde 2010); esta nueva percepción del matrimonio homosexual, también se va implantando en Latinoamérica, en donde México y Argentina (desde 2010), Brasil y Uruguay (desde 2013), Colombia (desde 2016), Ecuador (desde 2019), Costa Rica (desde 2020) y Chile (desde 2021), ya han implantado en su legislación, como muchos otros países del mundo, la posibilidad del matrimonio homosexual (CNN, 2022).

En el Perú, el Art. 4° de la Constitución Política (1993), establece que “La comunidad y el Estado protegen (...) a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. En ese sentido, un precedente importante lo representa la Sentencia del Tribunal Constitucional (676/2020) recaída en el expediente N° 01739/2018-PA/TC, ante la demanda del ciudadano Oscar Ugarteche Galarza, declarada improcedente por 4 votos contra 3,

que si consideraban importante brindar un reconocimiento en nuestro país al matrimonio igualitario y concederle el derecho de inscribirlo como casado ante RENIEC. El fundamento de la mayoría para declarar improcedente la demanda, se debió a que el matrimonio es la palabra empleada para designar específicamente la unión estable entre un hombre y una mujer, y que ello no constituye discriminación, pues el fin supremo del matrimonio es la concepción, sugiriendo además que el reconocimiento del matrimonio de personas homosexuales, podría regularse como una unión civil y no como un matrimonio propiamente, pues contraviene el orden público.

En esa oportunidad los votos singulares que favorecían el matrimonio igualitario, lo fundamentaban básicamente al considerar 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; 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.

Esas posturas se han mantenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional (172/2022) recaída en el expediente N° 2743-2021-PA/FC, en la cual los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, afirman que ni la Constitución Peruana, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen, en ningún extremo, la noción de matrimonio del Código Civil (1984), que establece en su Art. 234° que “el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer”.

Esta situación, es de gran controversia jurídica y nos lleva a

planteamos la interrogante general siguiente: ¿Cuáles son los fundamentos del matrimonio en el Perú - 2022?, lo cual analizaremos desde una doble óptica, con nuestros problemas específicos cuyas interrogantes son ¿Cuáles son los fundamentos sociales del matrimonio en el Perú - 2022? y ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos del matrimonio en el Perú - 2022?

El tema de investigación se encuentra plenamente justificado, pues existe una tendencia internacional en la actualidad a reconocer el matrimonio de homosexuales, conocido como matrimonio igualitario, y cuyo sustento se encuentra expresado en las investigaciones de Alvites (2018), Cabello (2018), Barrientos & Gonzáles (2019) Ríos- Atencio (2020) y Lasso-Salgado (2021), quienes coinciden en que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, atenta su derecho a la dignidad que tienen como seres humanos, así como su derecho a la igualdad y la no discriminación.

Esa tendencia, parece desconocer importantes aspectos sociales, culturales y jurídicos, vigentes en la gran mayoría de la sociedad peruana, que respetando los derechos como personas humanas que tiene la comunidad LGBTI, requiere tener claro los parámetros para adecuar diversidad de instituciones jurídicas, ante ello, el objetivo general de la presente investigación, es determinar los fundamentos del matrimonio en el Perú - 2022, lo cual será posible establecer a partir de la identificación de aspectos sociales, culturales y jurídicos existentes en el Perú, lo que permita redactar los objetivos específicos siguientes: Identificar los fundamentos sociales del matrimonio en el Perú - 2022, e Identificar los fundamentos jurídicos del matrimonio en el Perú - 2022.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

Al efectuar la revisión de los antecedentes de investigaciones, hemos encontrado que existen estudios a nivel internacional y nacional los cuales están ordenados cronológicamente, del más reciente al más antiguo, como detallamos a continuación:

2.1.1. ANTECEDENTES INTERNACIONALES

Giovanni Adrián Lasso-Salgado (2021) en su trabajo de investigación titulado “Análisis jurídico del matrimonio homosexual: aplicación del espíritu constitucional colombiano en la comunidad LGBTI”, publicado en la Revista Saberes Jurídicos - Colombia, señala que “Colombia presenta varios limitantes al matrimonio homosexual, vulnerando el desarrollo y la conformación de las familias LGBTI. Quienes se incluyen en esta población únicamente logran una precaria protección a sus derechos a través de breves interpretaciones jurisprudenciales, las cuales, más allá de abogar por esta comunidad, exigen una ley que reglamente estas uniones. Este escrito tiene la finalidad de identificar los obstáculos de las uniones homoparentales, teniendo en cuenta las interpretaciones a la Constitución, los gigantes vacíos normativos, los agentes intervinientes y los factores políticos que pueden afectar el normal desarrollo de una regulación necesaria”.

Jorge Albornoz Barrientos & Felipe González Gonzáles (2019) en su trabajo de investigación titulado “Argumentos Doctrinarios y Jurisprudenciales sobre el Matrimonio Homosexual en Chile”, realizada en la Universidad de Chile, concluye que “No es sostenible jurídicamente que la finalidad del matrimonio sea procrear, en tanto que parejas que no deseen o no puedan

hacerlo, de todas formas pueden libremente celebrar matrimonios con efectos jurídicos duraderos, y en caso de calificar la procreación como un fin del matrimonio, no puede calificarse como una finalidad esencial. Por otro lado, la procreación no puede sostenerse como un fin constitucionalmente imperioso, en unos Estados porque su Constitución no hace referencia alguna a dicho fin (como en Chile), y en otros porque, aun cuando se hace, la interpretación de dicha referencia no puede tenerse como excluyente de matrimonios entre parejas del mismo sexo (como en Colombia)”.

María Alejandra Duarte-Pulido (2018) en su tesis titulada “Jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al matrimonio igualitario y la unión de hecho de parejas del mismo sexo en Colombia durante la última década”, realizada en la Universidad Católica de Colombia, concluye que “Actualmente, el ordenamiento jurídico colombiano autoriza a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil, dotándolo de los mismos requisitos, efectos y formas de disolución, del que tradicionalmente regulaba a las parejas heterosexuales. Todo ello en el marco de conformar una familia derivada de un vínculo jurídico”.

2.1.2. ANTECEDENTES NACIONALES

Abensur Zambrano, Antonieta Lucía (Lima, 13 de agosto de 2020), en su tesis de grado titulado “El derecho constitucional a la igualdad y su influencia en el matrimonio igualitario en el Sistema Jurídico Peruano”, realizada en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, concluyendo que el Estado Peruano debe regular el matrimonio igualitario dentro de su ordenamiento jurídico. De esta forma, se estaría respetando el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación, así como está establecido en los tratados internacionales sobre materia de derechos humanos de los que el

Perú es parte.

Luis Alberto Mendoza Tineo (2020), en su tesis de maestría titulada "*La afectación de la familia, ante la posible legalización del Matrimonio entre personas del mismo sexo*", realizada en la Universidad Nacional Federico Villarreal, concluye que "Es deber del estado, velar por la tutela de los derechos de la sociedad, así como tutela a la propia sociedad frente a posibles afectaciones, teniendo en cuenta que la familia, es la institución más importante que constituye a la sociedad propiamente dicha".

William Alberto Hernández Pineda (2019), en su tesis de doctorado titulada "*Motivos determinantes para la desaprobación del matrimonio homosexual en el Perú*", realizada en la Universidad Nacional de Trujillo, concluye que "La Constitución y el Código Civil no incurren en discriminación al permitir contraer matrimonio únicamente a personas de sexo distinto, porque a través del principio de igualdad se permite tratar de manera distinta lo que se considera diferente, configurándose así que las parejas del mismo sexo son consideradas distintas a las de diferente sexo", agrega además que "los factores determinantes para desaprobación el matrimonio homosexual en el Perú se centran en que dicha unión no podrá cumplir funciones de familia; su inadmisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico no debe ser considerado como discriminación, pues no es atentatoria a nuestra Constitución ni al Código Civil, debiendo protegerse por ende el carácter reproductivo del matrimonio".

Francisco García Rivera (2017), en su tesis de doctorado titulado "El matrimonio Civil de los/as homosexuales y la vulneración del respeto pleno de los derechos humanos en el Perú, año 2016", realizada en la Universidad Privada de Tacna, concluye que "Los Fundamentos Jurídicos de quienes apoyan la constitucionalidad del

matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú son los siguientes:

- A. Código Civil. Art. 234.- Noción del Matrimonio: El matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre 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. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

- B. Constitución Política del Perú. Art. 5°. - La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”

Frente a estos argumentos jurídicos que no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo y que contradicen aquellos que sirven de fundamento constitucional y jurídicos para legalizar el matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú, se concluye que estamos frente a una aparente contradicción entre normas constitucionales y jurídicas, y por ello se debe presentar una propuesta de ley que modifique el artículo 5° de la Constitución Política del Perú y el artículo N° 234 del Código Civil respecto al matrimonio civil en el Perú.

Angela María Mauricio Rodríguez (2017) en su tesis titulada *"Análisis del matrimonio homosexual celebrado en el extranjero y su Reconocimiento en el Perú en contraposición con el principio de legalidad y discrecionalidad: a propósito del expediente N°22863 – durante el periodo 2012 – 2017"*, realizada en la Universidad Señor de Sipán - Chiclayo, concluye que "El Caso Oscar Ugarteche al ser el primer matrimonio inscrito en la RENIEC de nuestro país se ha convertido en un precedente jurisprudencial, toda vez que las

parejas homosexuales acudirán a un país extranjero en donde es reconocido el matrimonio homosexual para realizar su matrimonio y retornaran al Perú a requerir la inscripción de su matrimonio en la RENIEC”.

2.2 BASES TEÓRICAS

El presente trabajo busca hacer un análisis doctrinario desde una triple perspectiva, para ello, vamos a reseñar en primer lugar los antecedentes históricos en torno de las uniones homosexuales, para luego referir algunas teorías en torno a esa concepción, para en un segundo momento efectuar un análisis socio-cultural y jurídico, de lo que es la familia y el matrimonio en nuestro país.

2.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Remontándonos hasta la antigua Grecia, es preciso señalar que en dicha sociedad fue aceptada la homosexualidad.

En Roma, en la Europa Clásica, se toleraban las relaciones entre personas del igual sexo, sin embargo, no existe forma de probar el reconocimiento jurídico de las mismas como un matrimonio.

Ya en los siglos XIX e inicios del siglo XX, no se han encontrado rastros de uniones entre personas del mismo sexo que sean equiparables al matrimonio heterosexual.

En la era precolombina, antes del inicio de la invasión europea hacia América, los indígenas y naturales de este lado del mundo profesaban respeto y tolerancia por las personas de orientación homosexual.

En Centroamérica, en algunas islas del Caribe e incluso en Norteamérica, los homosexuales eran con frecuencia considerados seres particularmente especiales, místicos, mágicos, a los que se atribuían poderes sobrenaturales, llegando a significar símbolo de buen adagio y suerte.

Es a partir de la Europa Medieval en adelante, que las relaciones homosexuales comienzan a ser mal vistas. Ya en el siglo XIX algunos líderes religiosos conceptúan a la homosexualidad llamándola enfermedad

En la Historia de la Sexualidad Foucault se remonta a los inicios de la tradición cristiana para identificar en esta etapa la asociación entre sexo y pecado.

Sin embargo, el decurso de la historia demostraría que no existen aspectos de patología alguna en los homosexuales, es así que la Asociación Psiquiátrica de los Estados Unidos de Norte América, en el año de 1973 eliminó la homosexualidad de su lista de enfermedades mentales y la Organización Mundial de la Salud, en el año 1980 retiró a la misma del Manual de Clasificación de las Enfermedades Mentales.

Tras la revolución sexual en el siglo XX, es que el concepto tradicional de la institución del matrimonio inicia su cambio propiciado por algunos grupos sociales que propugnaba la libertad sexual y la necesidad de un contrato jurídico que representase la relación de convivencia más basada en los afectos que en el aspecto biológico, ello con la finalidad de efectivizar un proyecto de vida en común con respeto de los derechos en equidad e igualdad.

Como hemos podido resumir, las uniones homosexuales son

de antigua data, pero el intento de que las mismas tengan reconocimiento universal como institución, surge recién a fines del siglo pasado.

En el año de 1998 es Holanda el primer país que registra a una pareja homosexual, seguido por Bélgica que hizo lo mismo.

En Norte América, Canadá toma la posta del reconocimiento de las parejas homosexuales en el año 2002.

En Estados Unidos de Norte América, tras un fallo judicial de la Corte de Massachusetts el matrimonio homosexual fue aprobado en el año 2004. Le sobrevinieron en aprobación en Connecticut en el año 2008, en Iowa en el año 2009, en el Estado de Vermont que fue aprobado por vía legislativa. En Nuevo Hampshire y Washington DC en el año 2010; en California en 2008 la Corte Suprema del estado declaró inconstitucional la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo y legalizó el matrimonio homosexual en dicho estado. Esta decisión fue revertida cinco meses más tarde por un referéndum el 4 de noviembre de 2008, a través de la llamada Proposición 8 que enmendó la Constitución con el fin de que el matrimonio sólo fuera entre un hombre y una mujer. Permaneciendo legales los 18.000 matrimonios entre personas del mismo sexo que se habían oficializado hasta ese momento.

Si hablamos de normas supranacionales tenemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 16: Los hombres y mujeres tienen derecho a casarse y fundar una familia. 2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 23.2: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. 3. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Art. 12: El hombre y la mujer tienen

derecho a casarse y fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este Derecho. De la lectura de las mismas podemos advertir que en ninguna de las citadas normas se hace mención que el derecho a contraer matrimonio sea exclusivamente entre un hombre y una mujer, de lo que se colige que es factible interpretar que el matrimonio pueda ser tanto heterosexual como homosexual, y si solo nos refiriéramos a la existencia de un matrimonio entre personas de distinto sexo sería ignorar que la sociedad está en constante evolución y que los conceptos evolucionan conjuntamente con la misma.

2.2.1.1 Teorías en contra del matrimonio homosexual

- **Interpretación semántica como argumento de oposición**

Los opositores del matrimonio homosexual señalan que la unión de un hombre y una mujer es la única definición de matrimonio, teniendo, argumentan que éste es la base para la procreación, sin embargo, este califica al matrimonio como un medio procreativo y tradicionalista. Bajo este argumento las parejas sin hijos o cuyos hijos los pre mueren no serían ya un matrimonio, igualmente estaría proscrito el matrimonio entre ancianos o entre personas estériles. Tiene su principal soporte en la institucionalización de la heterosexualidad.

- **La heteronormatividad como esencia protectora de la institución del matrimonio.**

Por heteronormatividad se conoce a las construcciones jurídicas que definen a la institución del matrimonio como una esencialmente heterosexual, la misma que la hace parecer como coherente y privilegiada, englobando a los llamados principios y valores morales, éticos y religiosos. Desde esta perspectiva la familia de origen patriarcal, nace, aparece para cumplir dos funciones en la sociedad: La de

fomentar la fidelidad de los cónyuges y cumplir con la procreación para perpetuar la especie.

Bajo esta perspectiva la familia es considerada una unión heterosexual cuya finalidad es la procreación. Puede adquirir diferentes formas reconocidas por el Derecho y a partir de ella se establecen los vínculos de parentesco, se transmite la herencia, se crean derechos y obligaciones etc. En la familia se distribuyen roles de género considerados como importantes no sólo para su manutención, sino también para la propia preservación de la organización social

- **Oposición desde la perspectiva del esencialismo sexual**

La variante esencialista sostiene que el matrimonio es esencialmente una unión entre dos personas de diferente sexo. Para justificar esta afirmación, la variante esencialista ofrece, normalmente, un criterio funcional: solo mediante la unión de hombre y mujer puede llegarse a la procreación.

Señala que el ser humano en su existencia es naturalmente inmutable, es decir su estructura psíquica y física son imposibles de separar. Desde esta perspectiva o bien se nace varón o mujer, no admite y considera antinatural y patológico lo que es considerado como sentir distinto a lo biológicamente visible. Su principal premisa se basa en la genitalidad considerándola determinante para asumir una conducta sexual.

2.2.1.2 Teorías a favor del matrimonio homosexual

- **El constructivismo sexual**

Podemos considerar la respuesta al esencialismo sexual, considera que el ser humano construye su

sexualidad como producto de circunstancias afectivas, sociales y culturales, que se aprenden a través del proceso de endoculturación, señala que el ser humano nace sin instintos fijos.

- La hegemonía del derecho a la igualdad y por ende la no discriminación por razones de sexo.

Tiene como finalidad demostrar la preponderancia del argumento afectivo sobre el heteronormativo y que las construcciones legales deben ajustarse a los cambios sociales en salvaguarda y defensa de los derechos humanos.

Que además existe un conflicto entre el Derecho a la Igualdad y Principio a la no Discriminación, con el acceso al matrimonio a los homosexuales, restringiéndose este, por la heteronormatividad, solo al celebrado entre personas de distinto sexo, colisionando el propio texto constitucional con el derecho a la dignidad de los mismos, por lo que urge la reforma constitucional.

2.2.2 LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

En esta sección, pretendemos hacer un análisis de los fundamentos que sustentan el matrimonio en el Perú, los que están bastante interrelacionados al concepto de núcleo familiar, buscando presentar desde el ámbito teórico, alternativas con respeto a los derechos de la comunidad LGTBI.

2.2.2.1. La Familia Como Célula de la Sociedad

Los fundamentos sociales descansan sobre este viejo adagio “La familia es la célula básica de la sociedad”; ya que en ella se forman y relacionan inicialmente los seres humanos,

estableciéndose su comportamiento y decisiones, es, además, el espacio donde el niño y la niña desarrollan su inteligencia emocional ofreciendo estabilidad a cada uno de sus miembros. (Lazo, 2008)

En ese sentido, hay que tener en cuenta que, la asociación básica de todos los grupos sociales es la familia, sin familia no hay sociedad y sin familia -o con familias desmembradas- el individuo queda aislado frente al poder, por ello, es un patrimonio que todo gobierno debería tratar de preservar y acrecentar; sin embargo, muchas veces se ve a la familia como una especie de amenaza, y se busca debilitarla pensando que de esa manera se obtendrá una mayor fidelidad de sus miembros, cuando en realidad se genera desequilibrio en la sociedad. Es importante reconocer el valor social de la familia, su preexistencia como modelo de organización natural y primario y su función social cooperando con ellas para que puedan cumplir plenamente su rol sin tratar de sustituirlas o deformarlas.

Bajo ese orden de ideas, debemos efectuar el análisis desde la óptica de la teoría del reconocimiento, que singularmente, se utiliza como sustento para el matrimonio igualitario, pero dentro de su discurso, sirve como fundamento para la familia como célula básica de la sociedad. Como punto de partida, esta teoría se basa en la idea de que una persona solo puede entenderse y desarrollarse como tal a través de su interacción con otras personas y el pleno desarrollo de su personalidad dependerá de su reconocimiento como un agente autónomo y con la adopción de una actitud que se adecúe a las demandas normativas de este reconocimiento. Dicho de otro modo, al conferir reconocimiento, una persona valora positivamente a un otro de tal manera que acepta que ese otro es también capaz de conferir reconocimiento sobre ella y la trata de

acuerdo a ese estatus. Por supuesto que las demandas y las consecuencias de este tipo de concepción intersubjetiva de la persona aplican también a las relaciones de la persona con la totalidad de la sociedad donde está inmersa y con el Estado.

Asociadas a la teoría general de reconocimiento ha surgido una serie de demandas políticas y teorías que pueden denominarse como las políticas del reconocimiento. Estas pueden ser descritas como un conjunto de demandas sociales que buscan transformar la forma en que nuestra sociedad administra y ordena el reconocimiento. Su preocupación por la relación entre la noción de identidad personal y la diferencia de identidades, brindada por elementos como el lenguaje, la etnicidad, la religión, la riqueza, la ocupación, o la sexualidad, es acompañada por una segunda preocupación por la igualdad y la inclusión social de aquellos que son identificados como diferentes.

Tanto el reconocimiento de la igualdad como el reconocimiento de la diferencia son fundamentales para el desarrollo de la personalidad y para mantener una actitud positiva respecto de nosotros mismos. Como referíamos, esta teoría nos muestra con toda claridad que el derecho a la igualdad no existiría si es que no se reconoce también las diferencias, llevándolo al plano que nos ocupa, la unión heterosexual es diferente a la unión homosexual, tanto desde el punto de vista biológico, cultural, emocional y de género, y ese sentido, puede haber una familia en base a una pareja o matrimonio heterosexual, cuya función social es históricamente reconocida en la sociedad occidental, y puede haber una familia es base a una pareja o matrimonio homosexual, pero cuya función social, no será la misma que la primera, pues no son iguales aunque ante argumentos de no discriminación se pretenda hacerlos parecer como tales.

Esta función social, gira en torno a la labor de crianza de los hijos, lo cual incluye aspectos de salud, educación, recreación y otros dirigidos a cubrir sus necesidades básicas, pero también tiene un importante rol en la formación de valores, los cuales se dan fundamentalmente con el ejemplo, y ante esta situación la familia heterosexual es diferente a la homosexual, y no serán los mismos valores los que transmitan una y otra. En la actualidad es común decir que se han perdido los valores, y muy pocas personas se dan cuenta que ello se debe al debilitamiento de las familias. La crisis de valores que se vive en la actualidad se manifiesta en todos los aspectos de la vida humana: el modo de hablar, de relacionarse, de vestirse; la forma en que se quiere acumular todo, ya sean posesiones materiales, información, o hasta gente; y el ambiente laboral. Mientras más posesiones tiene el ser humano, más vacío se siente, pues el consumismo exagerado lo aleja de los valores y principios morales que son la base de su existencia. La problemática que ha originado esta crisis de valores proviene de la infancia, ya que en esta etapa es cuando se forjan muchos de los valores que dirigirán la vida de una persona, y he allí, el papel fundamental de la familia para la sociedad. (Brizuela et. al., 2021).

Debemos tener presente que el valor nace y se desarrolla cuando cada uno de sus miembros asume con responsabilidad el papel que le toca desempeñar en la familia, procurando el bienestar, el desarrollo y la felicidad de todos; es por ello, que la función social de la familia es la responsabilidad de promover la educación y el buen comportamiento ante el medio social, es decir, educar a sus miembros bajo valores morales y sociales, esenciales para el proceso de socialización del niño. Un hijo adoptivo puede ser óptimamente educado en valores dentro de una familia homosexual, pero será la excepción de la regla, pues implica aceptar aspectos reñidos con la naturaleza humana y la

facultad de procrear, bajo el argumento de la libertad de decidir sobre la sexualidad; pero debemos reconocer que, en la familia heterosexual preparada biológicamente para dirigir los valores de una persona conforme a su naturaleza de varón y mujer, muchas veces se desvirtúan otros aspectos muy importantes para la formación del niño o niña.

2.2.2.2. Teoría Institucionalista del Matrimonio

Los fundamentos culturales del matrimonio radican en la naturaleza misma de dicha institución jurídica, la cual se ha formado históricamente bajo una tradición cristiana pero fundamentalmente católica en nuestro país, conceptualizada como el matrimonio heterosexual, institución natural de la formación de la familia.

Esa perspectiva, desciende en el Perú de una tradición cultural traída por los españoles, pero que no es divergente con la tradición cultural de las antiguas sociedades peruanas, que concebían a la familia como la unión de un hombre y una mujer, como se evidencia en la diversidad de huacos eróticos principalmente existentes de las culturas moche y chimú, más no admitían por lo general el homosexualismo, y de aceptarlo, no como medio para formar una familia.

La institución del matrimonio no es más que la unión natural disciplinada y consagrada en el estado social como unión legítima, pero consagrada y disciplinada por vía de autoridad, no por vía de contrato.

Si la característica más sobresaliente de la institución es la idea de obra a realizar en un grupo social, el papel de la voluntad, en esta concepción, está restringido a la "adhesión a un hecho" que consiste en una adhesión dada únicamente por la voluntad de continuar con un proceso institucional iniciado.

Una vez dada la adhesión, la voluntad es impotente para modificar los efectos de la institución, los que se producen automáticamente.

La unión conyugal está justificada por el hecho social de la familia fundada, siendo esta una institución -la primera de las instituciones- y el matrimonio un acto de adhesión a esa institución.

El matrimonio es, en efecto, un acuerdo de voluntades productor de obligaciones. Es un contrato en la forma y en su desarrollo. También lo es si se le entiende como un contrato-condición o como el consentimiento bilateral de un hombre y de una mujer que desean tener el estatuto legal de casados.

El desarrollo es contractual; pero el contenido sobrepasa todas las posibilidades del contrato. O sea, en la forma puede ser un contrato, pero en el fondo el matrimonio es un acto de institución, ya que da origen a "la familia".

Existe en el matrimonio la idea directriz en consecución de un bien común. La idea de obra a realizar es en el matrimonio la intención precisa de constituir una familia, satisfaciendo, por otra parte, una aspiración natural del hombre. El matrimonio es deseado por el hombre en razón de inclinaciones de diverso orden, deseo sexual, afecto, cariño, unión espiritual, perpetuidad en la generación, etc.

Esta obra común por realizar sólo tiene un cauce único y su natural desenvolvimiento en el matrimonio. No existe ninguna otra unión de los sexos que llene esta aspiración, que la haga realizable y posible. Es el matrimonio y sólo el matrimonio el único que realiza esta plena idea de la institución.

Reúne la familia los elementos esenciales de la institución, a saber, la autoridad y la continuidad. Respecto de la primera no cabe la menor duda; no hay legislación que no reconozca, dentro de ella, la autoridad paterna. En cuanto a la continuidad, se cree encontrarla en la sucesión de las generaciones ligadas a un nombre, a un patrimonio, es decir, en primer lugar, en los hijos. En realidad, ella no radica sólo en la descendencia, sino que principalmente, a nuestro juicio, en la estabilidad del vínculo matrimonial, es decir, en la indisolubilidad de dicho vínculo.

Toda la legislación positiva sobre el matrimonio es una constante excepción a las características y noción misma de los contratos, mientras que es una confirmación, también constante, de que ella cumple con todos y cada uno de los elementos básicos de la institución.

Junto con explicar satisfactoriamente todos los problemas que la naturaleza jurídica del matrimonio presenta, la teoría institucional otorga a la unión de los cónyuges la importancia que ella tiene en el desenvolvimiento de la gran familia humana, tantas veces desmembrada y continuamente caída.

Significa la aceptación de la teoría institucional, como solución jurídica de la naturaleza de la unión conyugal, no solamente una aurora en este arduo problema, sino también la luz brillante de una mejor organización social y familiar.

2.2.2.3. Teoría Contractualista del Matrimonio

Como reacción a la antigua costumbre de concertar los matrimonios por la sola voluntad de los parientes, especialmente de los padres, con prescindencia casi absoluta de la voluntad de los novios o esposos y como reacción también al carácter

religioso y sacramental que al matrimonio asignó la Iglesia, se produjo en los espíritus liberales del siglo XVIII la creación de la teoría del matrimonio-contrato.

Fundamentalmente se sostiene que el matrimonio es un contrato porque nace del acuerdo de voluntades, de tal modo que, si dicho acuerdo no existe o está viciado, el matrimonio-contrato no nace a la vida del derecho.

De ese acuerdo de voluntades se derivan innumerables derechos y obligaciones que, aunque la mayoría, si no todos, están determinados por la ley, esta no hace más que consignar la presunta voluntad de los contrayentes e imponer esos derechos y obligaciones.

Si el contrato no es más que el acuerdo de voluntades producto de obligaciones, no hay duda alguna de que el matrimonio reúne los caracteres esenciales de los contratos patrimoniales, aunque se diferencie estos en algunos aspectos.

Hoy día se ha hecho caudal de la importancia que el consentimiento juega en el nacimiento del matrimonio para sostener la posibilidad de su disolución también por un simple acuerdo de las partes y llegar así al divorcio de común acuerdo.

En esta teoría se plantea que es un contrato de derecho privado; sin embargo, hoy en día, son menos los que ven en la institución matrimonial un puro contrato de derecho privado, regido íntegramente por la voluntad de las partes, tanto en sus efectos, cuanto en su disolución. La única limitación de este contrato, exclusivamente de derecho privado, radicaría en la necesidad de que fuera celebrado por personas de sexo diferente. Ni siquiera operaría, en un terreno especulativo, la restricción derivada del número de personas que podrían

celebrarlo.

Sin embargo, sólo la voluntad humana es suficiente para disolver la unión sexual, ello está significando que este matrimonio no tiene nada de matrimonio, cuya característica es su estabilidad, la permanencia en la unión, no sólo necesaria para completar la vida de un hombre y de una mujer, sino para hacer posible el fin primordial que guía a los esposos a contraer nupcias, la procreación y su necesaria y natural consecuencia, la educación de los hijos, tanto espiritual como material.

Esta doctrina exagera la importancia o papel que debe desempeñar la voluntad humana en el matrimonio, llegando hasta desconocer las más mínimas nociones del derecho natural o, si se quiere, de la intervención que el Estado debe tener en la celebración de los matrimonios. Ella no sólo atenta contra nuestra propia naturaleza, contra una de las bases en que descansa el orden social y contra el propósito de toda civilización humana de hacer que cada colectividad llegue a ser más feliz, sino que, además, no presenta fundamento jurídico serio.

Para otros autores el matrimonio es un contrato de derecho público, ya que parten de una nueva división de los contratos: de derecho público y de derecho privado. Los primeros serían aquellos que versan sobre los intereses generales de un Estado o de una colectividad, como los tratados internacionales, la nacionalización, el matrimonio, la adopción, la expropiación por causa de utilidad pública, etc.

Los contratos de derecho privado serían los que reglan los intereses puramente privados de los particulares. En general, todos los de carácter patrimonial. La división la hacen los autores para llegar a un fin determinado: justificar la intervención del

Estado en los contratos de derecho público, intervención que no cabría o sería de otra especie en los de derecho privado.

Un tercer grupo de autores contractuales piensa que el matrimonio es un contrato de derecho natural. El matrimonio es un contrato de un género particular. Es un contrato natural. El consentimiento requerido para su formación no puede ser suplido. Los derechos que de él nacen son inmutables y sus efectos esenciales no dependen de la voluntad arbitraria de las partes. Es, en fin, perpetuo. Todo esto resulta del solo derecho natural. Empero, esta doctrina es de una vaguedad inmensa al decir solamente que el "matrimonio es contrato natural", sin dar mayores explicaciones acerca de su contenido.

2.2.2.4 Concubinato y el Matrimonio Igualitario

No se han puesto de acuerdo los juristas en una terminología universalmente aceptada para designar la situación en que se encuentran dos personas de sexo diferente que viven como si fueran marido y mujer.

Etimológicamente concubinato viene de cum cubare, esto es, comunidad de lecho, dándole una importancia conceptual a las relaciones sexuales. Para Escriche, el vocablo tiene dos acepciones: por la primera es la mujer que vive y cohabita con algún hombre, siendo ambos libres y solteros y pudiendo contraer entre sí el legítimo matrimonio y, por la segunda, llama concubina a cualquier mujer que hace vida marital con un hombre que no es su marido, cualquiera que sea el estado de ambos. El Diccionario Larousse lo define como "el estado de un hombre y de una mujer que viven juntos maritalmente, sin estar casados", agregando "que no debe confundirse a la concubina con la cortesana, ni menos con la que se llama ordinariamente querida.

Quien dice querida, continúa, "dice capricho, pasión, amor de placer y, a menudo, amor propio o vanidad; la concubina es otra cosa, es la mujer sin título, es el matrimonio sin la sanción de la ley". Otros autores, especialmente franceses, prefieren usar los términos de familia natural para designar el complejo humano formado por los concubinos y sus hijos; o la menos frecuente de familia fuera de la ley. Algunos designan dicho complejo como familia.

En nuestro país el Código Civil se pronuncia derechamente por la expresión concubinato, pero leyes posteriores emplean la expresión conviviente, la cual, según el Diccionario de la Real Academia, viene de convivir y esta, a su vez, significa "vivir en compañía de otros u otras, cohabitar", de donde se desprende que el vocablo conviviente es más amplio que el de concubinato, debiéndose reconocer que el primero es el más usado en nuestra colectividad, quién sabe si porque resulta más suave o menos duro que el de concubinato.

Preferimos usar la expresión concubinato, de significado inequívoco en nuestro idioma, apartándonos de la moderna terminología de unión libre, por envolver una íntima contradicción; cierto que los interesados pueden querer efectivamente unirse a su arbitrio para separarse cuando a bien lo tengan.

Surge una duda: ¿debe excluirse el caso en que uno de los concubinos se encuentre ligado por el matrimonio con otra persona, por tratarse de una figura expresamente contenida por la ley, como es el adulterio? La doctrina no hace la suficiente distinción.

Ha de advertirse que varios de los que consignan conceptos amplios del concubinato, reconocen que ellos no son útiles y

nuevamente empiezan a delinear diversas situaciones y a realizar distinguos y distinguos, como, por ejemplo, aquel que se hace entre unión libre o concubinato y stuprum, designando este último las uniones pasajeras entre dos amantes.

El mantenimiento reiterado de relaciones sexuales fuera de matrimonio, entre personas de distinto sexo y con carácter voluntario, podría ser un concepto de concubinato.

En cuanto al significado de la expresión concubinato notorio, la jurisprudencia de Francia ha tenido serias dificultades para interpretar la noción de concubinato notorio; desde luego, se trata de relaciones sexuales dotadas de cierta habitualidad, pero el Tribunal de Casación ha optado por una actitud intermedia al no exigir, de una parte, la existencia de vida marital ni comunidad de vida y al denegar, por otra, el carácter de unión concubinaria a las relaciones pasajeras, exigiendo la estabilidad de las mismas que también requieren la existencia de notoriedad en cuanto que los interesados deben ser considerados como amantes dentro de un círculo más o menos amplio de parientes, amigos y vecinos. Por otra parte, la doctrina francesa, frente a la reforma, se planteó una serie de interrogantes. ¿Qué debe entenderse por concubinato notorio? ¿Habría que considerar al concubinato como un estado civil análogo al de casado? ¿Se deriva del precepto legal una presunción de paternidad similar a la que nace del matrimonio?

Savatier se pregunta ¿qué es la unión libre?, continuando, la ausencia de matrimonio para la pareja humana, pero si tal respuesta era plenamente exacta cuando el matrimonio era indisoluble, hay que reconocer que a cada progreso del divorcio se atenúan las diferencias entre el matrimonio y la unión libre; a medida que el vínculo matrimonial se hace más frágil, puede decirse que cambia su naturaleza, y cuando se llega a la libre

repudiación unilateral ya no hay matrimonio en el sentido usual y jurídico de la palabra, sino algo diferente, lo que en lenguaje elevado se denomina unión libre y, con palabras menos nobles, concubinato.

Los modernos civilistas franceses han adquirido plena conciencia del fenómeno del concubinato, se constata su existencia en la sociedad actual y se admite que ello puede originar complejos problemas jurídicos, pero nadie propugna la introducción de otra unión al lado del matrimonio, el reconocimiento de un matrimonio consensual o sin formalidades en posición subalterna o subordinada al legal.

El concubinato no da nacimiento a una familia, a pesar de que da origen, con respecto a los hijos, a la consanguinidad ilegítima y así mismo a la afinidad ilegítima, calificándose en esta última las líneas y grados de la misma manera que en la afinidad legítima.

El concubinato, aun en estado de notoriedad y estabilidad, no puede ostentar la jefatura familiar, ni ninguna clase de autoridad jerárquica. El aspecto más interesante de las relaciones concubinarias, desde el punto de vista económico, es el relativo a las liberalidades. Para su debida comprensión hay que acudir a los precedentes franceses toda vez que en ellos encontramos rica experiencia y una evolución interesante que precisa un recuerdo y un breve comentario.

El Derecho no puede desentenderse de los hijos que puedan procrear los concubinos, surgiendo aquí, en primer término, el arduo problema de política jurídica acerca de la llamada familia natural. En efecto, las relaciones fuera de matrimonio producen efectos jurídicos, en especial cuando de ellas nacen hijos, por lo

que es preciso preocuparse de dichos efectos.

Se enfrentan dos intereses contradictorios, pues, por un lado, está la consideración del hijo no culpable que lo llevaría a una asimilación plena con su hermano, el hijo legítimo, idéntico el deber de los padres, cualesquiera que sean las circunstancias del nacimiento de los hijos y, por el otro, se precisa reflexionar acerca de la institución matrimonial y los intereses generales de la colectividad, ligados a los de la familia, la cual estaría seriamente comprometida con aquella asimilación. ¿Será posible encontrar alguna solución? Y para ello, ¿no habría que hacer un gran distinguo? Si se mira el problema desde el punto de vista del hijo, parece que debería la ley ser generoso con él, sea en relación con su derecho alimenticio, con el derecho sucesorio, con el derecho al nombre y, en general, con la vida y subsistencia del hijo; pero ello no permitiría que ese hijo entrara en la familia del progenitor, si este tiene alguna, y no tendría relación jurídica con dicha familia. De más está advertir que el problema de la familia natural no se agota en el concubinato, ya que los hijos pueden haber nacido de relaciones puramente accidentales o pasajeras, de padres ajenos totalmente a cualquier idea de unión estable y permanente.

Vuelve a producirse la contradicción inseparable del concubinato cuando se le trata, de alguna forma, como institución jurídica. Sí se está de acuerdo en que en la unión libre no existe deber de fidelidad ni tampoco de cohabitación, pero se actúa y se legisla como si de hecho tales obligaciones existiesen, ya que se presumen hijos nacidos de una mujer, cuyo parto e identidad del mismo se han comprobado, y del hombre que con ella vive en concubinato notorio. La fidelidad con que la ley cuenta en este caso puede haber faltado en cualquier momento e incluso es incontrolable.

Para efectos de nuestro trabajo, relacionar el concubinato con el matrimonio igualitario tiene gran importancia, ya que si bien, no admitimos la regulación del matrimonio de personas del mismo sexo en la misma forma del matrimonio heterosexual, si estamos de acuerdo con el reconocimiento de una serie de aspectos patrimoniales en forma semejante a como se da en la convivencia legal, pacífica y pública de un hombre y una mujer.

En ese sentido, debemos examinar algunos aspectos sobre el matrimonio igualitario, que descansa primordialmente en los derechos fundamentales de la dignidad humana, así como a la igualdad y la no discriminación, y con esa base explicar las causas que nos van a permitir establecer que la prohibición del matrimonio de personas del mismo sexo, vulnera dichos derechos de la persona humana.

Respecto a la dignidad humana, este derecho fundamental tiene sus primeros orígenes en la cultura occidental en la doctrina del cristianismo, según la cual todo ser humano es creado a imagen y semejanza de Dios, manteniéndose íntimamente relacionada esta creencia, con el ejercicio de la libertad y de la responsabilidad de que gozamos los seres humanos. Es recién con el humanismo renacentista que se comprendió la dignidad como un concepto legal y pasó a formar parte de una filosofía racional, explicable a través de argumentos lógicos. Esta línea de pensamiento inspiró posteriormente los ideales de la Ilustración, siendo fundamental en la Revolución Francesa y la primera declaración de los derechos humanos.

El Art. 1° de la Constitución peruana (1993), nos dice que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; la que se encuentra de manera semejante en instrumentos internacionales de Derechos

Humanos, como por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y la Declaración Americana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, adoptada por la Organización de Estados Americanos y ratificada por el Perú el 12 de julio de 1978.

Nuestra Carta Magna, ha sido motivo de profundo tratamiento por el Tribunal Constitucional peruano, que ha desarrollado una vasta doctrina sobre la dignidad humana, señalando en el primer fundamento de la Sentencia recaída en el Exp. N° 318-96-HT/TC, que constituye fuente de los derechos inherentes al hombre, sobre el particular citamos que:

“La persona humana por su dignidad tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, (..); se hallan protegidos inclusive, a través de Tratados Internacionales que obligan al Perú, porque en ellos se funda la legitimidad moral de toda autoridad”. (TC, 1996)

Asimismo, en el fundamento 16 de la Sentencia del Exp. N° 2016- 2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional puntualiza que: “Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo (...), pues en el Estado Social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas”

Esta relación entre dignidad y respeto a la persona humana,

nos la pone de énfasis el maestro nacional Fernández Sessarego, al decirnos “El fin supremo está constituido por la persona en sí misma, en base a su inherente dignidad. De ahí que, como consecuencia de ello (...) todos están obligados a respetarla y protegerla”. (2006, p. 46)

A decir de Torres (2015), la dignidad humana es la Σ de vida + libertad + justicia + paz + honor. Se plasma en las decisiones políticas de la familia, de las instituciones sociales y del Estado para internalizar en la conciencia de los gobernantes y gobernados que la dignidad humana es un valor acumulado, “sagrado”, universal, fundado en el patrimonio racional común y es inspiradora de los derechos humanos, valor fuente de todos los valores sociales, fundamento último del orden jurídico, de la filosofía, sociología y de la sociedad.

En cuanto al derecho a la igualdad y la no discriminación, el Inc. 2° del Art. 2 de la Constitución Política (1993) dice que: “Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. En este sentido, la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969) nos dice en el Art. 24 que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”, y la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (2013), es más específica, al precisar que la discriminación se da también por temas de sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género.

Esta Convención también menciona a la discriminación indirecta, señalándola como aquella que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una

práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico; es justamente dentro de este ámbito de discriminación, que encontramos al matrimonio igualitario u homosexual.

Como ya mencionamos, el matrimonio igualitario ha sido motivo de gran controversia jurídica, la cual se ha vuelto visible en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 02743-2021-PA/TC, dentro de la cual existen posiciones a favor y en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo, donde los magistrados Ferrero Costa, Sardón De Taboada, Miranda Canales y Blume Fortini, solicitan que se declare improcedente la demanda, al amparo de que el Art. 234 del Código Civil establece que el por los fundamentos que se expone a continuación: matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, haciendo expresa defensa del matrimonio heterosexual, imbuido fuertemente en nuestra tradicional cultura católica, de la cual surge esa norma que data de hace 48 años, frente a la idea del matrimonio homosexual, defendida por los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña, quienes aprecian la preeminencia de las normas de rango constitucional, la cual no hace distinción al respecto, y por el contrario proclama que la comunidad y el estado promueve el matrimonio y deja al legislador la tarea de regular el contenido de esta institución.

Es evidente en el presente siglo, que los ordenamientos jurídicos y diversa jurisprudencia, tienden a defender en todos los campos el respeto irrestricto de los derechos humanos, lo cual da lugar a modificaciones legislativas de normas que fueron emitidas bajo contextos culturales distintos. En ese sentido, se refiere Duarte-Pulido (2018) quien señala que la homosexualidad es una conducta que ha estado presente durante gran parte de la historia humana, pero es recién hace algunas décadas que dejó

de ser una conducta tipificada como delito, y en los últimos años, es que se ha venido incluyendo normas que no sean un obstáculo para el adecuado uso de los derechos de los ciudadanos, particularmente de las minorías, como es el caso del derecho de las parejas del mismo sexo (o parejas con orientación sexual diversa) a contraer matrimonio.

Uno de los grupos minoritarios en Perú, que ha sido objeto de la mayor violencia y discriminación, es la comunidad LGTBI (Lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales), y como lo refiere Javier De Belaúnde (2021) Perú se ubica como uno de los países más homofóbicos de Sudamérica, solo mejor que Paraguay, manifestándose la discriminación en tres dimensiones: castigo, intolerancia y derechos negados. Diversas organizaciones de la comunidad LGTBI en el mundo, han realizado una ardua labor, para lograr que en diversos países, luego de largos años de controversia jurídica, hayan logrado el reconocimiento a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, con todos los efectos jurídicos que ello significa, ya que los hace aptos para tener hijos y formar una familia, la cual puede registrarse no solamente en el registro de identidad, sino ser considerada formalmente en toda institución educativa, laboral, de salud, seguridad social, recreativa y deportiva sin ningún tipo de distingo por la naturaleza del matrimonio homosexual y familiagenerada a partir de él.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también ha dado el punto de partida para el reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestra región, la jurisprudencia base ha sido el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, en el cual la Corte reconoció que el modelo heterosexual de familia no era el único reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos, señalando que la orientación sexual y la identidad de género eran categorías

protegidas y 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”. (De Belaúnde, 2021).

En el Perú, un caso emblemático como un primer reconocimiento al matrimonio homosexual, es la Sentencia del Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Oscar Ugarteche Galarza contra el RENIEC, a fin de que se reconozca e inscriba su matrimonio celebrado en México, con su esposo Fidel Aroche Reyes. (Rodríguez, 2017)

Como podemos apreciar, es clara la tendencia legislativa y jurisprudencial que se está dando en el mundo occidental, respecto a los derechos de las personas con diferentes preferencias sexuales, por ello, tenemos que recordar que cualquier país que pretende ser democrático y guardián de los derechos humanos, no debe ni puede concertarse en la discriminación arbitraria por razón de sexo u orientación sexual, la cual afecta gravemente el derecho a la dignidad humana del publico LGTBI. (Varsi, 2010)

Cabe señalar que dicha discriminación que sufren los homosexuales se asemeja a la discriminación sufrida a causa del racismo que estuvo vigente por siglos, ya que al igual que la homofobia, implica el rechazo y la exclusión de personas humanas. El Derecho debe reconocer toda realidad a pesar que sobrepase los límites tradicionales, el matrimonio igualitario se concreta en el logro del reconocimiento de vínculos modernos como el matrimonio homosexual, otorgándole el mismo estatus y valor que a las relaciones heterosexuales, hacer lo contrario a ello es inconstitucional, pues el matrimonio es para todos.

2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

A continuación, procedemos a desarrollar los conceptos de los principales términos jurídicos, relevantes en el presente tema de investigación, los cuales han sido ordenados alfabéticamente, como detallamos a continuación:

1. **El Derecho Constitucional:** Es la rama del derecho encargado del estudio del Estado, las formas de gobierno, y los elementos del mismo. Para la presente investigación, del estudio de la Constitución Política desde la perspectiva de los Derechos de la Persona: A la Igualdad y No Discriminación, así como las formas de Constitución Familiar reguladas en sus artículos 4° y 5° del texto constitucional.
2. **El Derecho de Familia:** Rama del Derecho Civil que estudia las formas de constitución de la misma, así como los derechos y deberes que la asisten; en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran plasmadas en la Constitución Política del Perú y en el Libro III del Código Civil.
3. **La homosexualidad:** Opción sexual distinta a la biológica, en la cual el ser siendo de condición masculina o femenina inclina sus afectos hacia su mismo sexo.
4. **Heterosexualidad:** Es un modelo de organización económico y social, así como un estilo de vida que se organiza alrededor del matrimonio entre varón y mujer con fines reproductivos.
5. **Heteronormatividad:** Conformada por un conjunto de estructuras sociales, modelos de comprensión y orientación práctica que hacen aparecer la heterosexualidad no solo como sino también como privilegiada. Se trata pues de un

conglomerado de principios morales, religiosos y legales que es el resultado de un juego de poder entre diferentes sectores sociales y actores políticos en torno a relaciones de producción, ideologías y factores culturales.

6. **Derecho a la Igualdad:** Derecho que propugna que todos los seres humanos somos similares entre sí, por la sola condición de seres humanos.
7. **Principio a la no Discriminación:** Señala que al ser todos los hombres iguales, no puede realizarse distinción entre los mismos por condiciones particulares; para la presente investigación, el sexo (opción sexual).
8. **Matrimonio:** Unión de dos personas para hacer vida en común, a quienes les asisten derechos y deberes que se encuentran señalados en la normatividad en la materia. Para la presente investigación se estudiará el matrimonio desde la perspectiva de la heteronormatividad en el Perú y el matrimonio en la historia hasta la jurisprudencia internacional y la necesidad de la reforma de su concepto en el texto constitucional.
9. **Familia:** En el Perú es una construcción heteronormativa, mediante la cual esta se encuentra conformada por un varón y una mujer libres de impedimento para hacer una vida en común, los cuales tienen una comunidad de bienes (sociedad de gananciales). Para la presente investigación se tomará en cuenta lo señalado.
10. **Esencialismo Sexual:** Este se sustenta en un enfoque que sostiene la existencia de una dimensión inmutable y natural en la estructura psíquica del ser humano que es susceptible de descubrirse y aislarse.

11. Constructivismo Sexual: Según esta posición, el hecho de que el ser humano nazca sin instintos fijos y deba aprender a actuar, sentir y pensar a través del proceso de endoculturación, hace que el producto no sea la expresión de una naturaleza humana universal sino de la manera en que esa cultura particular los moldeó como humanos”.

2.4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la Constitución art.5 nos dice que *“el concubinato es la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.”*, igualmente en el código civil art. 234 establece que el matrimonio es *“la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”*.

Sin embargo, en la constitución el matrimonio es descrito como *“la unión de dos personas que se realiza voluntariamente ante la ley con el fin de hacer vida común”*.

Ante los cambios estructurales a nivel internacional donde permite el matrimonio igualitario, consideramos que este artículo y siguientes, deben ser modificados en el código civil. La constitución no precisa el sexo de las personas que deben contraer matrimonio, sin embargo, el código civil si. Teniendo como resultado muchas parejas perjudicadas y discriminadas.

2.5. FORMULACIÓN DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.5.1 Problema General:

¿Cuáles son los fundamentos del matrimonio en el Perú - 2022?

2.5.2. Problemas Específicos:

- ¿Cuáles son los fundamentos sociales del matrimonio en el Perú - 2022?
- ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos del matrimonio en el Perú - 2022?

2.6. OBJETIVO

2.6.1. Objetivo General:

- Determinar los fundamentos del matrimonio en el Perú - 2022

2.6.2. Objetivos Específicos:

- Identificar los fundamentos sociales del matrimonio en el Perú - 2022.
- Identificar los fundamentos jurídicos del matrimonio en el Perú - 2022

2.7. HIPÓTESIS

Los fundamentos del matrimonio en el Perú son sociales, culturales y jurídicos, fundados en el derecho natural y la no violación de derechos fundamentales, por la primacía de la Constitución Política del Perú en nuestro ordenamiento jurídico. Se

puede modificar la norma.

2.8. VARIABLES

2.8.1. Variable1:

Fundamentos del matrimonio.

2.8.2. Variable2:

Expediente 02743-2021-PA/TC

CAPITULO III: METODOLOGÍA

3.1 TIPO Y DISEÑO

El tipo de la presente investigación es básica y su enfoque se enmarca en el nivel de investigación **DESCRIPTIVA Y NO EXPERIMENTAL**, toda vez que no se realiza manipulación de variables.

3.2 MUESTRA

La muestra de estudio está constituida por la Sentencia 172/2022, emitida por los Magistrados integrantes del Tribunal Constitucional en el recurso de agravio constitucional del Proceso de Amparo N° 02743-2021-PA/TC, sobre análisis doctrinario del matrimonio en la legislación peruana.

3.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

En el presente trabajo de investigación se utilizará la técnica del análisis documental obtendremos la información sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2022, aplicando como instrumento a la ficha de recolección de datos.

3.4 PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para la recolección de datos se realizaron las siguientes actividades:

1. Se analizó la Sentencia 172/2022, emitida por el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 02743-2021-PA/TC, en que se declaró improcedente la demanda de Andree Martinot Serván y Diego Urbina Fletcher.

2. Como dicha Sentencia fue emitida en mayoría, se analizó los votos singulares de los diferentes magistrados, con posiciones a favor y en contra del matrimonio igualitario.
3. Posteriormente se procedió a extraer los fundamentos de las sentencias y votos singulares emitidas por los magistrados del Tribunal Constitucional.
4. Las recolecciones de datos fueron realizadas por los autores del método de caso.
5. La información fue procesada haciendo uso de la Constitución Política del Perú vigente (1993), Convenciones y Tratados Internacionales, Código Procesal Civil, y otras Sentencias sobre la materia, en especial la Sentencia del Tribunal Constitucional (676/2020) recaída en el expediente N° 01739/2018-PA/TC, ante la demanda del ciudadano Oscar Ugarteche Galarza.

3.5 VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, pues se tratan de la Constitución Política del Perú, Sentencias Constitucionales, jurisprudencias y la Ley. Además, estos están exentos de mediciones al ser una investigación de tipo descriptivo respecto de la Sentencia 172/2022, emitida por el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 02743-2021-PA/TC.

3.6 PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA

En el análisis de la información extraída del caso investigado, se hizo cumpliendo el procedimiento antes indicado, ciñéndonos a

revisar estrictamente la sentencia casatoria que se tomó como muestra, respetando los derechos de autor, citando textual o para fraseadamente a los distintos autores. Asimismo, se realizó la investigación de acuerdo a las normas sobre investigación de la UCP, expresadas en los Reglamentos sobre la materia.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

La Sentencia 172/2022, emitida por el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 02743-2021-PA/TC del cinco de abril de dos mil veintidós, declaró improcedente el Recurso de Casación interpuesto por Andree Martinot Serván y Diego Urbina Fletcher, quienes demandaron vía amparo a la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), con emplazamiento de su procurador público. Solicita, que, tutelando sus derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, se ordene la inscripción en el RENIEC de su matrimonio con Diego Alonso Urbina Fletcher, con los derechos y deberes que la ley franquea; y que, por ende, se inaplique al caso concreto lo dispuesto por el artículo 234 del Código Civil, que solo reconoce el matrimonio entre parejas heterosexuales (hombre y mujer).

El fundamento para su demanda, se circunscribe al no reconocimiento del matrimonio igualitario. Alega que la referida norma impide la inscripción de su matrimonio, que celebró en el extranjero (ciudad de Nueva York. estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América), por el solo hecho de ser una unión afectiva estable entre dos personas del mismo sexo, resultando así inconstitucional e inconvencional a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 5 de la Constitución se refiere al concubinato en los términos siguientes: La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable; fijando de esa manera, los parámetros para el matrimonio de hecho, que no es lo mismo que el matrimonio igualitario.

Un análisis de los artículos 4 y 5 de la Constitución, hace

evidente que ella contiene y protege la misma noción de matrimonio, la cual es definida en el Código Civil como 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.

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, sin hacer distinción si es heterosexual u homosexual, y ya la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocía que 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.

Además, es de tener en consideración los derechos fundamentales de las personas a la igualdad, no discriminación y dignidad; sin embargo, pese a esos argumentos cinco de los magistrados decidieron en mayoría, dar prioridad a la Constitución y Código Civil, indicando que 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, que permita modificar el artículo 234 del Código Civil formulado conforme a la concepción del matrimonio que tiene la Constitución, lo cual los llevó a declarar improcedente la pretensión de que se inscriba en el Perú el matrimonio celebrado en el extranjero de los recurrentes..

Si bien existieron votos en contra a esa decisión, formulada por los magistrados Ledesma Narváez y Espinoza-Saldaña Barrera, quienes opinaron porque se declare fundada la demanda de amparo, priorizando

los derechos fundamentales de las personas tal como ya se había expuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional (676/2020) recaída en el expediente N° 01739/2018-PA/TC, ante la demanda del ciudadano Oscar Ugarteche Galarza, que fue declarada improcedente con 4 votos a favor y 3 en contra.

CAPITULO V: DISCUSIÓN

Toda persona, sin distinción de su opción o preferencias sexuales, goza de los derechos fundamentales a la dignidad humana, así como a la igualdad y la no discriminación, ello nos permitiría establecer que la prohibición del matrimonio de personas del mismo sexo, vulnera dichos derechos de las personas.

Respecto a la dignidad humana, este derecho fundamental tiene sus primeros orígenes en la cultura occidental en la doctrina del cristianismo, según la cual todo ser humano es creado a imagen y semejanza de Dios, manteniéndose íntimamente relacionada esta creencia, con el ejercicio de la libertad y de la responsabilidad de que gozamos los seres humanos. Es recién con el humanismo renacentista que se comprendió la dignidad como un concepto legal y pasó a formar parte de una filosofía racional, explicable a través de argumentos lógicos. Esta línea de pensamiento inspiró posteriormente los ideales de la Ilustración, siendo fundamental en la Revolución Francesa y la primera declaración de los derechos humanos.

El Art. 1° de la Constitución peruana (1993), nos dice que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; la que se encuentra de manera semejante en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y la Declaración Americana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, adoptada por la Organización de Estados Americanos y ratificada por el Perú el 12 de julio de 1978.

Nuestra Carta Magna, ha sido motivo de profundo tratamiento por el Tribunal Constitucional peruano, que ha desarrollado una vasta doctrina

sobre la dignidad humana, señalando en el primer fundamento de la Sentencia recaída en el Exp. N° 318-96-HT/TC, que constituye fuente de los derechos inherentes al hombre, sobre el particular citamos que:

“La persona humana por su dignidad tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, (...); se hallan protegidos inclusive, a través de Tratados Internacionales que obligan al Perú, porque en ellos se funda la legitimidad moral de toda autoridad”. (TC, 1996)

Asimismo, en el fundamento 16 de la Sentencia del Exp. N° 2016-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional puntualiza que: “Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo (...), pues en el Estado Social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas”

Esta relación entre dignidad y respeto a la persona humana, nos la pone de énfasis el maestro nacional Fernández Sessarego, al decirnos “El fin supremo está constituido por la persona en sí misma, en base a su inherente dignidad. De ahí que, como consecuencia de ello (...) todos están obligados a respetarla y protegerla”. (2006, p. 46)

A decir de Torres (2015), la dignidad humana es la Σ de vida + libertad + justicia + paz + honor. Se plasma en las decisiones políticas de la familia, de las instituciones sociales y del Estado para internalizar en la conciencia de los gobernantes y gobernados que la dignidad humana es un valor acumulado, “sagrado”, universal, fundado en el patrimonio racional común y es inspiradora de los derechos humanos, valor fuente de todos los valores sociales, fundamento último del orden jurídico, de la filosofía, sociología y de la sociedad.

En cuanto al derecho a la igualdad y la no discriminación, el Inc. 2° del Art. 2 de la Constitución Política (1993) dice que: “Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. En este sentido, la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969) nos dice en el Art. 24 que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”, y la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (2013), es más específica, al precisar que la discriminación se da también por temas de sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género.

Esta Convención también menciona a la discriminación indirecta, señalándola como aquella que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico; es justamente dentro de este ámbito de discriminación, que encontramos al matrimonio igualitario u homosexual.

Como ya mencionamos, el matrimonio igualitario ha sido motivo de gran controversia jurídica, la cual se ha vuelto visible en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 02743-2021-PA/TC, dentro de la cual existen posiciones a favor y en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo, donde los magistrados Ferrero Costa, Sardón De Taboada, Miranda Canales y Blume Fortini, solicitan que se declare improcedente la demanda, al amparo de que el Art. 234 del Código Civil establece que el por los fundamentos que se expone a continuación: matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, haciendo expresa defensa del matrimonio heterosexual, imbuido fuertemente en nuestra tradicional cultura católica, de la cual surge esa norma que data de hace 48 años, frente a la idea del matrimonio homosexual, defendida por los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña, quienes aprecian la preeminencia de las normas de

rango constitucional, la cual no hace distinción al respecto, y por el contrario proclama que la comunidad y el estado promueve el matrimonio y deja al legislador la tarea de regular el contenido de esta institución.

Es evidente en el presente siglo, que los ordenamientos jurídicos y diversa jurisprudencia, tienden a defender en todos los campos el respeto irrestricto de los derechos humanos, lo cual da lugar a modificaciones legislativas de normas que fueron emitidas bajo contextos culturales distintos. En ese sentido, se refiere Duarte-Pulido (2018) quien señala que la homosexualidad es una conducta que ha estado presente durante gran parte de la historia humana, pero es recién hace algunas décadas que dejó de ser una conducta tipificada como delito, y en los últimos años, es que se ha venido incluyendo normas que no sean un obstáculo para el adecuado uso de los derechos de los ciudadanos, particularmente de las minorías, como es el caso del derecho de las parejas del mismo sexo (o parejas con orientación sexual diversa) a contraer matrimonio.

Uno de los grupos minoritarios en Perú, que ha sido objeto de la mayor violencia y discriminación, es la comunidad LGTBI (Lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales), y como lo refiere Javier De Belaúnde (2021) Perú se ubica como uno de los países más homofóbicos de Sudamérica, solo mejor que Paraguay, manifestándose la discriminación en tres dimensiones: castigo, intolerancia y derechos negados. Diversas organizaciones de la comunidad LGTBI en el mundo, han realizado una ardua labor, para lograr que en diversos países, luego de largos años de controversia jurídica, hayan logrado el reconocimiento a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, con todos los efectos jurídicos que ello significa, ya que los hace aptos para tener hijos y formar una familia, la cual puede registrarse no solamente en el registro de identidad, sino ser considerada formalmente en toda institución educativa, laboral, de salud, seguridad social, recreativa y deportiva sin ningún tipo de distinción por la naturaleza del matrimonio homosexual y familia generada a partir de él.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también ha dado el punto de partida para el reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestra región, la jurisprudencia base ha sido el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, en el cual la Corte reconoció que el modelo heterosexual de familia no era el único reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos, señalando que la orientación sexual y la identidad de género eran categorías protegidas y 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”. (De Belaúnde, 2021).

En el Perú, un caso emblemático como un primer reconocimiento al matrimonio homosexual, es la Sentencia del Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Oscar Ugarteche Galarza contra el RENIEC, a fin de que se reconozca e inscriba su matrimonio celebrado en México, con su esposo Fidel Aroche Reyes. (Rodríguez, 2017); sin embargo, en las instancias posteriores se le denegó tal derecho.

Estos fundamentos aluden finalmente a la tendencia legislativa y jurisprudencial que se está dando en el mundo occidental, respecto a los derechos de las personas con diferentes preferencias sexuales, por ello, tenemos que recordar que cualquier país que pretende ser democrático y guardián de los derechos humanos, no debe ni puede concertarse en la discriminación arbitraria por razón de sexo u orientación sexual, la cual afecta gravemente el derecho a la dignidad humana del público LGBTI. (Varsi, 2010)

La discriminación que sufren los homosexuales se asemeja a la discriminación sufrida a causa del racismo que estuvo vigente por siglos, ya que al igual que la homofobia, implica el rechazo y la exclusión de personas humanas; por ello consideran que, el Derecho debe reconocer toda realidad a pesar que sobrepase los límites tradicionales, el

matrimonio igualitario se concreta en el logro del reconocimiento de vínculos modernos como el matrimonio homosexual, otorgándole el mismo estatus y valor que a las relaciones heterosexuales.

Frente a estos argumentos en pro y en contra, el Tribunal Constitucional al igual que el Congreso, aún defienden la vigencia del matrimonio heterosexual, bajo los parámetros de que sólo tiene validez la unión de un hombre y una mujer, la cual se da así, desde el derecho natural que ha creado por nacimiento dos sexos y que individualmente las personas son libres de sufrir transformaciones, pero con ciertos límites en aspectos que son fundamentales para el desarrollo y mantenimiento del orden en la sociedad peruana. Hay que considerar que esta posición, aunque pueda parecer anacrónica, tiene aún diverso apoyo conceptual, así vemos que Mendoza Tineo (2020), nos dice que el Estado tiene como obligación, el velar por la tutela de los derechos de la sociedad, teniendo en cuenta que la familia, es la institución más importante de la sociedad.

Respecto a la violación de derechos humanos, por esta decisión del Tribunal Constitucional, es interesante lo que nos refiere Hernández Pineda (2019), respecto a las normas contenidas en la Constitución y el Código Civil sobre el matrimonio, al decirnos que no incurren en discriminación al permitir contraer matrimonio únicamente a personas de sexo distinto, porque a través del principio de igualdad se permite tratar de manera distinta lo que se considera diferente, configurándose así que las parejas del mismo sexo son consideradas distintas a las de diferente sexo, bajo ese orden de ideas, al no permitir el matrimonio igualitario, no se estaría violando ningún derecho fundamental.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

1. Respecto a la pregunta relacionada con nuestro primer objetivo específico, referida a los fundamentos sociales del matrimonio en el Perú, concluimos que la sociedad peruana es fuertemente influenciada por la doctrina católica, que basándose en el derecho natural considera que por sus capacidades y diferencia física del macho y la hembra, el matrimonio sólo se puede concebir como heterosexual, es decir la unión entre un hombre y una mujer, que se encuentra fuertemente arraigado por la formación cultural de siglos que ha recibido nuestra sociedad, y que resulta fundamental para la formación de familias y la convivencia pacífica, bajo un respeto de los derechos fundamentales de todas las personas, entre las cuales no se encuentra el matrimonio, que es una institución con fines naturales de supervivencia de la especie humana.
2. En cuanto a la pregunta relacionada con nuestro segundo objetivo específico, referida a los fundamentos jurídicos del matrimonio en el Perú, concluimos que la norma contenida en el artículo 234 del Código Civil, se encuentra respaldada por lo preceptuado en los artículos 4 y 5 de la Constitución, no colisionando con nuestra norma de máxima jerarquía, conforme lo ha interpretado en mayoría el Tribunal Constitucional.
3. Como conclusión general, respecto a cuáles son los fundamentos del matrimonio en el Perú, podemos decir que más allá del sentido de procreación que algunos autores brindan al matrimonio, es cierto que la unión entre un hombre y una mujer tiene una relación directa con la subsistencia de la especie, mas no puede ser ese el único objetivo del matrimonio; al carecer de coherencia, si eso fuera así, otros tipos de uniones, como de ancianos, personas infértiles o algún impedimento para procrear, personas que no deseen tener hijos, etc. y si bien se puede aceptar otro tipo de uniones, estas no

deben tener las características únicas del matrimonio, que el Tribunal Constitucional ha recogido en la Sentencia materia de estudio, reconociendo la vigencia y legitimidad del artículo 234 del Código Civil, a pesar de las interpretaciones de diversos instrumentos internacionales que parecen apuntar hacia la validez del matrimonio igualitario, pero que en nuestro ordenamiento jurídico no prevalecen sobre lo que manda la Constitución, y que sirve como fundamento para la concepción de matrimonio únicamente heterosexual que tiene nuestro Código Civil, en un voto singular la magistrada Ledezma Narváez declaró FUNDADA la demanda, alegando la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado no solo en este caso materia de análisis, sino en una cantidad de personas que se les prohíbe poder contraer matrimonio civil.

4. Según el portal web: <https://www.gob.pe/361-matrimonio-civil> Nos dice que: “El matrimonio es la unión de dos personas que se realiza voluntariamente ante la ley con el fin de hacer vida común. Ambos cónyuges tienen iguales derechos, deberes, consideraciones, responsabilidades y autoridad en el hogar”.

Asimismo, si tiene hijos, todos estos tienen iguales derechos y los padres están obligados a darles sostenimiento, protección, educación y formación en igual medida, de acuerdo a su situación y posibilidades.

Y para contraer Matrimonio Civil debes acudir a la municipalidad distrital o provincial a la que corresponda tu domicilio o el de tu pareja. Los únicos pasos para casarse son los siguientes:

- Declarar la voluntad de casarse, oralmente o por escrito, ante el alcalde.
- Presentar los documentos solicitados.
- Contar con dos testigos mayores de edad.
- Pasar por un examen médico prenupcial.

- Publicar el edicto municipal que anuncia el matrimonio.
- Realizar el pago por el servicio de ceremonia. Existe algunas opciones para casarse en casos en particular:
- Cuando ambos contrayentes son peruanos, solteros y tienen 18 años o más se trata de un matrimonio civil mayores de edad.
- Cuando los contrayentes o uno de ellos no ha cumplido aun 18 años se trata de un matrimonio civil menores de edad.
- Si alguno de los contrayentes estuvo casado antes, puede hacerlo nuevamente en un matrimonio civil de divorciados o matrimonio civil de viudos.
- Si tu o tu pareja no son peruanos, revisa la información sobre matrimonio civil de extranjeros.
- Cuando no quieres casarte en una ceremonia privada y optas por el matrimonio civil comunitario.

Dependiendo de cual sea tu caso, hay requisitos o condiciones adicionales que debes tener en cuenta.

Al mismo tiempo existen IMPEDIMENTOS para contraer matrimonio. Entre estos están:

- Estar casada o casado.
- Ser un menor de edad que no ha cumplido aun los 16 años.
- Padecer una enfermedad crónica, contagiosa o transmisible por herencia.
- Padecer una enfermedad mental crónica, incluso si se tiene intervalos lúcidos.
- Tener una discapacidad (visual, auditiva o vocal) en un grado que impida expresar sin lugar a duda la voluntad de casarse. Si la persona puede expresar su voluntad de casarse por lenguaje de señas u otro medio, no hay impedimento.

La información y normas sobre el matrimonio civil está contenida en el Libro III, dedicado al Derecho de familia, del código civil peruano (Decreto Legislativo No. 295). Puedes revisar el Código Civil en la web del Ministerio de Justicia.

CAPÍTULO VII: RECOMENDACIONES

1. Como principal recomendación, es que se debe modificar el artículo 234° del Código Civil, para otorgar el reconocimiento al derecho humano a la igualdad, a la no discriminación y el derecho a la familia, para lo cual el artículo 234° **que dice:**

“Artículo 234.- Matrimonio e igualdad entre cónyuges

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. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”

2. Debe decir:

“Artículo 234.- Matrimonio e igualdad entre cónyuges

*El Matrimonio en la unión voluntariamente concertada entre **dos personas** aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. **Los cónyuges** tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”*

3. En mérito a lo anterior, el Colegio de Abogados de Loreto, podría organizar o establecer una discusión, charla o seminario respecto a la propuesta que planteamos de modificación del artículo 234° del Código Civil, para así tener una mejor llegada a la población estudiantil, como a los colegas, ya que consideramos que se debe reconocer el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo, de manera análoga a como se hace con parejas heterosexuales, no solo por cuestiones de formalizar ante la ley el proyecto de vida entre dos personas, sino que de esta manera se garantiza también el derecho que les corresponde a los cónyuges, como son los derechos patrimoniales, etc.

4. Como mencionamos en el párrafo precedente, nuestra segunda recomendación está dirigida también a proteger normativamente los derechos patrimoniales, ya que al no permitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, estos no podrían gozar de todos los derechos que se adquieren al celebrarse el acto del matrimonio, como por ejemplo el derecho a la sociedad ganancial, ya que esto no se encuentra prevista en los casos de unión de hecho, por lo que al modificarse el artículo 234° del Código Civil, se estaría reconociendo sus derechos.

5. Nuestra tercera recomendación, está dirigida a profundizar el conocimiento de que la supervivencia de la especie a través de la unión de hombres y mujeres que constituyen matrimonios y familias, es esencial y preponderante ante los intereses de las personas que impulsan el matrimonio igualitario, a través de la unión de personas del mismo sexo, para lo cual nuestra Universidad debe impulsar campañas de concientización y eventos culturales sobre la materia.

CAPÍTULO VIII: PROPUESTA NORMATIVA – INICIATIVA LEGISLATIVA

En ese sentido, de acuerdo a lo descrito en los capítulos anteriores, se determinó proponer una iniciativa legislativa en cuanto al artículo 234° del Código Civil Peruano; ello por cuanto, consideramos que toda persona libre, sin importar el sexo, que expresen su unión de manera voluntaria, tienen derecho a formalizar ante la ley su proyecto de vida y que los derechos y deberes que de allí nacen, sean protegidos y reconocidos, como lo es la sociedad de gananciales, es decir, los bienes y rentas que debe pertenecer por partes iguales a los cónyuges.

Teniendo en claro, que nosotras como autoras, hemos visto la necesidad en la protección y reconocimiento de este derecho, ya que hubo casos en nuestro país, ya sea de personas mediáticas o personas de nuestro entorno social, que se sintieron desprotegidos, vulnerados al no poder celebrar en su país el acto del Matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo que, al no encontrar respaldo en el Estado, consideran que se sienten discriminados y que no se cumple con lo estipulado en nuestra carta magna, en su artículo 2° inciso 2, que señala “Se prohíbe la discriminación por motivo de sexo”, lo cual se podría extender a la figura del matrimonio.

Siguiendo esa misma línea, en preciso mencionar que nosotras tenemos en cuenta y entendemos que nuestra sociedad conservadora no está preparada para este cambio; empero, no podemos ignorar la necesidad e importancia que tiene la modificación del artículo 234° del Código Civil para otorgarle derecho a estas personas que, por su orientación sexual, se han visto y sentido que el Estado los ha desprotegido e ignorado en sus derechos fundamentales como personas.

Dicho esto, hemos planteado que se reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que muchas parejas del mismo sexo al no

poder celebrar el acto del matrimonio, conviven por más de dos años de manera continua, sin que esto sea reconocido legalmente y llegado el momento de una separación, del fallecimiento de uno de ellos u otro motivo, no se le reconoce los derechos y deberes adquiridos dentro de la convivencia, que serían los bienes y rentas obtenidos dentro de la convivencia, lo cual pertenecerían a los cónyuges por partes iguales.

Por lo que, nos hemos enfocado en el reconocimiento del Matrimonio entre personas del mismo sexo, en base a ello, nuestra propuesta tiene como objeto modificar el artículo 234° del Libro III del Derecho de Familia, en la Sección Primera, en las Disposiciones Generales, el cual tiene el siguiente texto:

“Artículo 234°. – Matrimonio e igualdad entre cónyuges

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.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos y responsabilidades iguales.”

A lo que nosotras proponemos que debería decir:

“Artículo 234°. – Matrimonio e igualdad entre cónyuges

*El matrimonio es la unión voluntariamente concertada **entre dos personas** aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.*

***Los cónyuges** tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidad iguales”*

En ese sentido, la Ley N° 26300 - Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadana, regula los lineamientos para realizar una Iniciativa Legislativa Ciudadana.

Es así, que se tiene del Título I, el Capítulo I respecto a los Derechos de Participación y Control Ciudadano, el mismo que en su artículo 2°, señala que, dentro de los derechos de participación de los ciudadanos, tenemos al literal “b) *Iniciativa en la formación de leyes (...)*”

Siguiendo esa misma línea, del Título II, el Capítulo I de la Iniciativa Legislativa, se tiene en el artículo 11° que, “*La iniciativa legislativa de uno o más proyectos de ley, acompañada por las firmas comprobadas de no menos del cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral nacional recibe preferencia en el trámite del Congreso. El Congreso ordena su publicación en el diario oficial*”. Ello también, de conformidad con el artículo 41° del mismo cuerpo normativo, que señala que “*Si la iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, conforme a esta ley se podrá solicitar iniciación del procedimiento de Referéndum, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley*”; y, finalmente tenemos en el artículo 38° que, “*El referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10 por ciento del electorado nacional.*” Es preciso mencionar que en esta propuesta normativa pretendemos realizar una reforma parcial del artículo 326° del Código Civil.

Finalmente, precisamos que se tiene como principales requisitos los siguientes:

1. Solicitud cursada al JNE
2. Adhesión de un número de ciudadanos equivalente al 0.3% de la población electoral nacional (49,785). (Verificado RENIEC)
3. Texto del proyecto de iniciativa redactada en forma de proyecto articulado
4. Designación de dos representantes para la sustentación en las comisiones dictaminadoras del congreso.
5. Luego de ello, el JNE admite la iniciativa y la remite al Congreso de la República, posterior a ellos, prosigue el trámite de acuerdo al Reglamento del Congreso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvites, E. (2018). La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso. *Revista de Derecho PUCP*, (80), 361-390.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201801.010>
- Albornoz Barrientos, J., & González González, F. (2019). *Argumentos Doctrinarios y Jurisprudenciales sobre el Matrimonio Homosexual en Chile*. https://www.researchgate.net/profile/Jorge-Albornoz-Barrientos/publication/339300306_Argumentos_doctrinarios_y_jurisprudenciales_sobre_el_matrimonio_homosexual_en_Chile/links/5e52b55b458515072db790f5/Argumentos-doctrinarios-y-jurisprudenciales-sobre-el-matrimonio-homosexual-en-Chile.pdf
- Brizuela, G. B., González, C. M., González, Y. & Sánchez, D. L. (2021). La educación en valores desde la familia en el contexto actual. *MEDISAN*, 25(4), 982-1000.
http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1029-30192021000400982&lng=es&tlng=pt.
- Cabello, C. (2018). Para qué casarnos si ni siquiera tenemos casa: capitalización de la política gay en Chile. *Mora*, 24(1), 1-2.
http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-001X2018000100005
- CNN. (2022, 03 de junio). ¿En qué países es legal el matrimonio homosexual?, ¿Dónde fue legal primero? *CNN Español*. <https://cnnespanol.cnn.com/2022/06/03/paises-legal-personas-del-mismo-sexo-matrimonio-igualitario-union-civil-orix/>
- Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica. (2020). *Guía práctica para la formulación y ejecución de proyectos de investigación y desarrollo (I+D)*. Concytec. https://repositorio.concytec.gob.pe/bitstream/20.500.12390/2187/1/guia_practica_formulacion_y_ejecucion___proyectos_de_investigacion_y_desarrollo_experimental.pdf

- De Belaúnde, J. A. (2021, 25 de mayo). ¿Puedes ver el arcoíris? Lucha y resistencia al matrimonio igualitario en el Perú. *Revista Memoria PUCP*. (33). <https://idehpucp.pucp.edu.pe/revista-memoria/articulo/puedes-ver-el-arcoiris-lucha-y-resistencia-al-matrimonio-igualitario-en-el-peru/>
- Duarte-Pulido, M. A. (2018). *Jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al matrimonio igualitario y la unión de hecho de parejas del mismo sexo en Colombia durante la última década*. Universidad Católica de Colombia. <http://hdl.handle.net/10983/16183>
- Fernández-Sessarego, C., Gutiérrez, W., Varsi, E., et al (2006). *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. Gaceta Jurídica. Tomo I. Lima - Perú.
- Hernández-Sampieri, R., & Mendoza, C. P. (2018). *Metodología de la Investigación: Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. McGraw-Hill Interamericana Editores S.A.
- Lasso-Salgado, G. A. (2021). Análisis jurídico del matrimonio homosexual: aplicación del espíritu constitucional colombiano en la comunidad LGBTI. *Revista Saberes Jurídicos*, 1(1), 24-32. <https://revistas.unimagdalena.edu.co/index.php/saberesjuridicos/article/view/4377>
- Lazo de Hornung, A. (2008). El desarrollo de la Familia. *Evento efectuado en el Congreso de la República del Perú*. <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Prensa/heraldo.nsf/CNtitulares3/8ca158198e10325f052574c200563ab6/?OpenDocument#:~:text=%22La%20familia%20es%20la%20c%C3%A9lula,miembros%20%20sostuvo%20la%20Dra.>
- Marshal, P. (2018). Matrimonio entre personas del mismo sexo: una aproximación desde la política del reconocimiento. *Polis Revista Latinoamericana*, (49), 1-26. <https://journals.openedition.org/polis/15113>
- Organización de Estados Americanos (1969) *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*.

<https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/informes-publicaciones/1336690-convencion-americana-sobre-los-derechos-humanos>

Organización de Estados Americanos (2013) *Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia*. <http://oea.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-interamericana-toda-discriminacion-intolerancia.pdf>

Ríos, J. (2020). *Las familias homoparentales, el matrimonio igualitario y su falta de regulación en el ordenamiento jurídico peruano*. [Tesis de licenciatura, Universidad de San Martín de Porres] Repositorio Académico

USMP. <https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/2855081>

Rodríguez, R. (2017). Familia y matrimonio igualitario en el Perú. Una lectura dinámica de la constitución política de 1993. *Revista Persona y Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad UNIFE*.(06). 165-183.

https://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2017/LA%20FAMILIA%20Y%20EL%20MATRIMONIO%20IGUALITARIO%20EN%20EL%20PERU.pdf

Smith-Castro, Vanessa & Molina-Delgado, Mauricio. (2011). Actitudes hacia el matrimonio y la unión civil gay en Costa Rica: ¿religiosidad, homofobia, autoritarismo o desconocimiento?. *Revista Interamericana de Psicología/Interamerican Journal of Psychology*, 45(2),133-143.

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28422741004>

Soriano, E. (2011). El matrimonio homosexual en Europa. *Revista boliviana de derecho* (12), 204-216.

http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S207081572011000200010

Torres, C. (2015). *Fundamentos filosóficos de la dignidad humana y su incidencia en los derechos humanos*. [Tesis de Doctor, Universidad Nacional Mayor de San Marcos] Repositorio de Tesis de la

UNMSM.

<https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/4617>

Tribunal Constitucional. (2021). *Jurisprudencia Sistematizada sobre la Dignidad Humana*.

<https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sistematizacion-jurisprudencial/busqueda>

Tribunal Constitucional. (2022, 05 de abril). *Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2022*. Exp. N.º 02743-2021-PA/TC. 02743-2021-AA LALEY.pdf

Varsi, E. (2010). Matrimonio entre personas del mismo sexo. Universidad de Lima.

https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/7752/Varsi_Enrique_matrimonio-mismo-sexo.pdf

ESCUADERO SANCHEZ, Carlos & CORTEZ SUAREZ, Liliana (2018)

Técnicas y métodos cualitativos para la investigación científica. Universidad Técnica de Machala. Disponible en: <http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/14207/1/Cap.1-Introducci%C3%B3n%20a%20la%20investigaci%C3%B3n%20cient%C3%ADfica.pdf>

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto & MENDOZA TORRES, Christian (2018). *Metodología de la investigación: Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. México: McGraw-Hill Interamericana Editores.

OMEBA (1983) *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Argentina. Definición de Acto preparatorio: Tomo I

OSSORIO, Manuel. (1974). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta

PIMIENTA PRIETO, Julio. Herminio. & DE LA ORDEN HOZ, Arturo. (2012). *Metodología de la investigación*. Pearson Educación. <https://bit.ly/3G432N3>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2016) *Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española*. Disponible en: <http://dej.rae.es/#/entry->

id/E152500

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2017) *Diccionario de la Lengua Española*.

Disponible en: <http://dle.rae.es/>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020) *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. España*. Definición de acto preparatorio, disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/acto-preparatorio-del-iter-criminis>

WIKIPEDIA LA ENCICLOPEDIA LIBRE (2021) *Definición de iter criminis*.

Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Iter_criminis

ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: “ANALISIS DOCTRINARIO DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA - PLENO SENTENCIA 172/2022

RECAIDA EN EL EXPEDIENTE 02743-2021-PA/TC

PROBLEMA	OBJETIVOS	JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>Problema General: ¿Cuáles son los fundamentos del matrimonio en el Perú - 2022?</p> <p>Problemas Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuáles son los fundamentos sociales del matrimonio en el Perú - 2022? • ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos del matrimonio en el Perú - 2022? 	<p>Objetivo General:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Determinar los fundamentos del matrimonio en el Perú - 2022 <p>Objetivos Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Identificar los fundamentos sociales del matrimonio en el Perú - 2022. • Identificar los fundamentos jurídicos del matrimonio en el Perú - 2022. 	<p>Toda persona, sin distinción de su opción o preferencias sexuales, goza de los derechos fundamentales, siendo la dignidad humana, la propiedad, la igualdad y la no discriminación, parte de ello, se establece que la prohibición del matrimonio de personas del mismo sexo, vulnera dichos derechos de las personas que deciden compartir los mismos deberes de una unión legítima y, por ende, los derechos deben ser reconocidos por la legislación peruana.</p>	<p>Los fundamentos del matrimonio en el Perú son sociales, culturales y jurídicos, fundados en el derecho natural y la no violación de derechos fundamentales, por la primacía de la Constitución Política del Perú en nuestro ordenamiento jurídico.</p>	<p>Variable1: Fundamentos del matrimonio.</p> <p>Variable2: Expediente 02743-2021-PA/TC</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Sociales • Culturales • Jurídicos 	<p>Tipo de Investigación: Básica - Descriptiva</p> <p>Diseño de la Investigación: No experimental de tipo descriptivo transversal cuyo esquema es:</p> <p align="center">M → O</p> <p>Donde: M= Muestra O= Observaciones a la muestra.</p> <p>Población y Muestra:</p> <p>Recolección de Datos:</p> <p>Técnica: Análisis documental</p> <p>Instrumento: Ficha</p>

ANEXO 2: SENTENCIA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 172/2022

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC

LIMA

ANDREE ALONSSO MARTINOT

SERVÁN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de abril de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia; con los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales y Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Andree Alonso Martinot Serván y Diego Alonso Urbina Fletcher contra la resolución de folio 909, de 28 de mayo de 2021, expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos; y

ANTECEDENTES

Demanda

El 16 de diciembre de 2015, don Andree Alonso Martinot Serván interpuso demanda de amparo (folio 125) contra la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), con emplazamiento de su procurador público. Solicita que, tutelando sus derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, se ordene la inscripción en el Reniec de su matrimonio con Diego Alonso Urbina Fletcher, con los derechos y deberes que la ley franquea; y que, por ende, se inaplique al caso concreto lo dispuesto por el artículo 234 del Código Civil, que solo reconoce el matrimonio entre parejas heterosexuales (hombre y mujer). Alega que la referida norma impide la inscripción de su matrimonio, que celebró en el extranjero (ciudad de Nueva York, estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América), por el solo hecho de ser una unión afectiva estable entre dos personas del mismo sexo, resultando así inconstitucional e inconveniente a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Contestaciones de la demanda

El 15 de marzo de 2016, la procuradora pública del Reniec contestó la demanda (folio 179) expresando lo siguiente: a) no se ha iniciado la vía previa, es decir, no se ha iniciado algún procedimiento administrativo ante el Reniec requiriendo el registro del acta de matrimonio del demandante; sin embargo, el demandante supone que tal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LJMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

requerimiento será rechazado por tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo y no por otra causal; b) no está solicitando el restablecimiento de un derecho adquirido o reconocido (y, por tanto, que deba reponerse), sino, por el contrario, se pretende que por la vía de amparo se les reconozca un derecho que supuestamente les corresponde; e) no solo el artículo 234 del Código Civil impide la realización del matrimonio entre personas del mismo género, sino también la propia Constitución por cuanto, siendo el concubinato una figura concerniente al derecho de familia, como el matrimonio, resultaría ilógico señalar que la Constitución tan solo prohíbe el concubinato entre homosexuales y que no imposibilita el matrimonio homosexual porque no se consigna expresamente tal distinción por género en lo concerniente al matrimonio; d) a la luz de la documentación existente en el proceso y la ausencia de etapa probatoria en este tipo de acciones la jurisdicción constitucional se encuentra limitada para concluir si existió buena fe para la celebración del acto matrimonial y si existen las causas suficientes para demandar su ineficacia, en vista de que, tratándose de personas domiciliadas en el país, según su propia confesión, y que señalaron domicilio en el Perú y no en el extranjero al momento de celebrar el acto, y siendo conocedores de la vigencia de la legislación nacional hayan recurrido a otro Estado que permite este tipo de acciones a fin de evadir las prohibiciones que, de manera general, establece el marco normativo que regula sus actos; e) pretender el reconocimiento de un matrimonio no regulado en el país, argumentando que fue válidamente celebrado en un país extranjero, representa un trato inequitativo para todos los demás connacionales que no tengan los recursos financieros para eludir dichas limitaciones con la celebración de su matrimonio en el exterior para posteriormente poder inscribirlos en el territorio nacional vía acción de garantías constitucionales; y f) la argumentación de no discriminación no puede llevar al extremo de que un individuo pueda imponer sus ideas o preferencias personales sobre las normas de convivencia de su comunidad, las cuales nacen de las regulaciones de orden legal que se emitan a través de sus organismos legalmente reconocidos para tales actos, y en nuestra realidad las leyes peruanas no admiten el matrimonio entre personas del mismo género, como no la admitían otros países hasta que se modificó su legislación. Bajo este sustento, también se debería amparar las pretensiones de aquellos peruanos que al amparo de la legislación de algunos países de Oriente pretendan inscribir matrimonios polígamos con el argumento de no discriminación.

El 15 de marzo de 2016, el procurador público especializado en materia constitucional dedujo la excepción de falta de legitimidad para obrar del emplazado (folio 193) expresando que se advierte claramente que la demanda se dirige contra el Reniec por supuestas vulneraciones a sus derechos fundamentales en el procedimiento de modificación de su estado civil, por lo que solo a esta entidad puede considerarse como parte demandada. Recuerda que el marco jurídico de la procuraduría especializada en materia constitucional solo la autoriza a ejercer la defensa jurídica del Poder Ejecutivo en los procesos de acción popular, inconstitucionalidad o competenciales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Resolución acerca de excepción de falta de legitimidad para obrar

El Segundo Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución 4, de 6 de junio de 2016 (folio 377), declaró infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado por estimar necesaria su participación.

Incorporación de litisconsortes

Mediante escrito de 19 de mayo de 2016, Andree Alonso Martinot Serván solicitó que se emplace con la demanda al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus) y a Diego Alonso Urbina Fletcher (con quien contrajo matrimonio), lo cual fue estimado mediante Resolución 5, de 12 de abril de 2017 (folio 424), emitida por el Segundo Juzgado Constitucional de Lima, que resolvió incluir como litisconsorte necesario pasivo al Minjus y como litisconsorte necesario activo a Diego Alonso Urbina Fletcher. En rigor, este último se apersonó mediante escrito de 6 de febrero de 2018 (folio 612).

Contestación de la demanda del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

El 9 de noviembre de 2021, el procurador público del Minjus dedujo las excepciones de incompetencia por razón de la materia y de falta de agotamiento de la vía precia (folio 445) expresando que no existe amenaza cierta e inminente de que el Reniec desestime su pedido en sede administrativa; que no se ha cumplido con agotar la vía previa administrativa. Asimismo, contestó la demanda señalando que la vía idónea es el proceso contencioso-administrativo y que el Código Procesal Constitucional (CPConst.) no habilita la admisión de un proceso de amparo contra norma legal en abstracto. Asimismo, expresó que la Constitución, en tanto norma abstracta y orientadora, no puede regular absolutamente todas las situaciones jurídicas, de ahí que, en la parte *in fine* del artículo 4, el constituyente ha dejado a voluntad del legislador la regulación de las formas de matrimonio, siempre, claro está, que su desarrollo legal no colisione con la esencia y la naturaleza jurídica de dicha institución. Es así que el legislador promulgó el Código Civil en cuyo artículo 234 se desarrolla legislativamente el artículo 4 de la Carta Fundamental, donde se establece que el matrimonio es la unión voluntaria y concertada entre un varón y una mujer, y ello es así, no por un mero capricho del legislador, sino más bien responde a parámetros históricos y sociales que siempre han regulado al matrimonio como una unión de tipo heterosexual. En tal sentido, los derechos al libre desarrollo de la persona, a la igualdad y a la prohibición de discriminación invocados no tienen una relación directa con el matrimonio entre personas del mismo sexo, toda vez que las personas con diversas orientaciones sexuales, distintas a la heterosexual, pueden vivir su personalidad con plena normalidad, sin que el matrimonio constituya un límite al ejercicio de tales derechos, pues tienen en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Código Civil un abanico abundante de modalidades contractuales que pueden convenir para el resguardo de sus derechos civiles y sociales.

Resoluciones de primera instancia o grado

A través de la Resolución 12, de 2 de abril de 2018, el Sexto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundadas las excepciones deducidas por el Minjus (folio 616).

El Sexto Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución 17, de 1 de agosto de 2019 (folio 739), declaró fundada en parte la demanda y ordenó que, previo trámite administrativo, se inscriba en el Reniec el matrimonio civil del recurrente realizado en el extranjero. Asimismo, declaró improcedente la inaplicación del artículo 234 del Código Civil. A tal efecto, consideró que solamente el artículo 234 del Código Civil prescribe que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, y que esta es la norma por la cual la entidad emplazada interpreta que no se puede inscribir el matrimonio de los amparistas; empero, se debe recordar que los fines legales no son necesariamente los fines constitucionales, pues la facultad que le otorga el artículo 4 de la Constitución al legislador para regular el matrimonio no le faculta para que restrinja el derecho de las personas de elegir con quien contraer matrimonio, por lo que la entidad administrativa realiza dicha interpretación en forma literal y aislada, prescindiendo del resto de normas del sistema jurídico, pues no lo hace al amparo del bloque de constitucionalidad que garantiza la igualdad de los ciudadanos para acceder al matrimonio el derecho a no ser discriminado por ninguna autoridad administrativa; y si a la luz de la Constitución no le es claro a la entidad demandada realizar dicha interpretación, conforme a la OC-24/17 (Opinión Consultiva realizada por Costa Rica), que ha establecido con claridad en el punto 8 de la parte resolutive que [de acuerdo a los artículos 1.1 (Todos los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención), 2 (persona es todo ser humano), 14.2 (nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o familia), 17 y 24 (todas las personas son iguales ante la ley) de la Convención, es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. (...)]. En tal sentido, el artículo 234 del Código Civil, en sí mismo, no es prohibitivo, establece un enunciado que puede ser interpretado de varias maneras, y si permite varias maneras de interpretación, conviene realizar la más adecuada a las reglas de interpretación constitucional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que la Opinión consultiva citada es de obligatorio cumplimiento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Resolución de segunda instancia o grado

La Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 38, de 28 de mayo de 2021 (folio 909), revocó la Resolución 4, de 6 de junio de 2016, que declaró infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva deducida; y, reformándola, declaró fundada la excepción deducida por la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional; y ordenó excluir del presente proceso al referido procurador público. Asimismo, revocó la sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda y, reformándola, la declaró improcedente, por considerar que la negativa del Reniec de convalidar o registrar el matrimonio civil celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo es conforme a las disposiciones de rango constitucional y legal del ordenamiento jurídico peruano, de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte. En consecuencia, en atención a los artículos 5.1 y 38 del Código Procesal Constitucional, declaró improcedente la demanda, por cuanto no advirtió afectación al contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales invocados.

Recurso de agravio constitucional

A través de su recurso de agravio constitucional (folio 954), los actores cuestionan el extremo de la sentencia de segunda instancia o grado que declaró improcedente la demanda. Se advierte entonces que no ha impugnado el extremo que excluye del proceso a la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitório

1. En el caso de autos se pretende que el Reniec inscriba el matrimonio celebrado entre los recurrentes en Nueva York, Estados Unidos de América; para ello, solicitan la inaplicación del artículo 234 del Código Civil que solo permite el matrimonio entre varón y mujer.

Análisis de la controversia

2. Al respecto, el artículo 2050 del Libro X, Derecho Internacional Privado, del Código Civil, establece lo siguiente:

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 [énfasisañadido].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

3. 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. Ahora bien, según el artículo 4º del Código de Derecho Internacional Privado — conocido como Código Bustamante—, de 1928, suscrito por el Perú,

Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

4. Aunque el matrimonio de los recurrentes fue celebrado válidamente en Nueva York, colisiona con la noción de matrimonio contenida no solo en el Código Civil sino también en la Constitución Política del Perú. 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.

5. El artículo 234 del Código Civil define al matrimonio en los términos siguientes:

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 [énfasis añadido].

6. Según esta definición, los elementos esenciales del matrimonio en el Perú son dos:

a) Ser una *unión voluntaria* —por tanto, en el Perú no puede reconocerse un matrimonio concertado entre los padres de los novios, como ocurre, por ejemplo, en la India; y,

b) Ser celebrado por *un varón y una mujer* —por tanto, en el Perú no puede reconocerse la poligamia, como en los países musulmanes, ni el matrimonio entre personas del mismo sexo, como en Nueva York.

Esta noción de matrimonio está contenida también en la Constitución. El artículo 5 de la Constitución se refiere al concubinato en los términos siguientes:

La unión estable de *un varón y una mujer*, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable [énfasis añadido].

8. No cabe duda de que la Constitución se refiere aquí al matrimonio de hecho, ya que la norma contiene todos sus elementos esenciales. Para empezar, utiliza el término *unión*, que es el mismo que emplea el Código Civil para definir al matrimonio. Añade luego que se trata de la que se da entre *un varón y una mujer*, tal como el Código Civil. Finalmente, señala que esta unión da lugar a la *sociedad*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

de gananciales, que es el régimen de propiedad de los bienes en el matrimonio, según el mismo Código Civil. Entonces, de acuerdo a la Constitución, no da lugar a la sociedad de gananciales la unión de un varón y otro varón, ni la de una mujer y otra mujer; tampoco, la unión de un varón y cuatro mujeres, como bajo la *sharia*, o al revés. Para que la unión de una pluralidad de personas de lugar a la sociedad de gananciales, estas han de ser solo dos y de sexo opuesto; han de ser un varón y una mujer. Por ello, Enrique Chirinos Soto —acaso el principal autor de la Constitución— comenta este artículo diciendo:

El concubinato es matrimonio en todo, menos en el nombre

9. Es absurdo pensar, pues, que la Constitución reconoce y protege al concubinato y no al matrimonio. Por supuesto que lo hace, y muy enérgicamente. De hecho, el artículo 4 de la Constitución dice que:

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.

10. Una lectura no sesgada de la Constitución hace evidente que ella contiene y protege la misma noción de matrimonio que el Código Civil. Sin embargo, si persistiera la inquietud respecto a la noción constitucional de matrimonio, cabe recordar que la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución señala que:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

11. El inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por el Perú, dice:

Se reconoce el derecho *del hombre y la mujer* a contraer matrimonio [énfasisañadido].

12. La Convención Americana no dice, pues, que contraer matrimonio es derecho de las personas; dice que es derecho *del hombre y la mujer*, es decir, de dos personas de sexo opuesto. La Convención Americana no ampara tampoco la poligamia ni el matrimonio entre personas del mismo sexo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

13. Igualmente, el inciso 1 del artículo 16 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita también por el Perú, dice que:

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.

14. La Declaración Universal tampoco señala que el derecho a casarse corresponde a las personas, sin referencia a su sexo; dice, por el contrario, que corresponde a “los hombres y las mujeres”. Tal derecho corresponde, pues, a personas *de sexo distinto*.

15. Finalmente, el inciso 2 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado asimismo por el Perú, establece que:

Se reconoce el derecho *del hombre y de la mujer* a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

16. Es decir, define al matrimonio como derecho de un hombre y una mujer; no de las personas, con independencia de su sexo.

17. Es indudable, entonces, que la Constitución —leída a la luz del inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana; del inciso 1 del artículo 16 de la Declaración Universal; y, del inciso 2 del artículo 23 del Pacto Internacional— contiene la misma noción de matrimonio del Código Civil y la eleva al más alto rango jurídico. Al tener rango constitucional, la noción de matrimonio —según el Código Bustamante— es parte integrante del orden público internacional. Por tanto, no puede reconocerse en el Perú un derecho adquirido en el extranjero que colisione con esta noción.

18. En la demanda se alega que no reconocer el “matrimonio igualitario” vulnera el derecho a la igualdad de los recurrentes. 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. Pretender que los conceptos no estén definidos es destruir el lenguaje y la sociedad que se apoya en él.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

19. Por otra parte, los demandantes sostienen que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al absolver una consulta formulada por Costa Rica, el 2017, ordenó establecer el "matrimonio igualitario" en todos los países americanos. Soslayan que tal opinión fue solicitada por Costa Rica para resolver un caso puntual, referido al cambio de nombre de una persona, que involucraba su identidad de género. Costa Rica no le pidió a la Corte Interamericana que legislara sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica ni menos en todos los países del hemisferio —incluso en los que no han suscrito el Pacto de San José. Así lo hizo notar el voto singular del juez Eduardo Vio Grossi, que acompaña dicha opinión consultiva. Este dice que:

la opinión consultiva no es vinculante para los Estados Parte de la Convención ni para los otros miembros de la Organización de los Estados Americanos, por lo que no procede que ordene la adopción de alguna conducta. (...) La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien convencer.

20. Esta opinión consultiva de la Corte Interamericana, lanzada *urbi et orbi*, constituyó un exceso evidente de los seis jueces que la suscribieron. Cinco años después de emitida, podemos constatar que ninguno de los treinticuatro países miembros de la Organización de Estados Americanos —a los que estaba dirigido su supuesto mandato— le ha hecho caso, salvo Ecuador, que es la excepción que confirma la regla. 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.

21. Nuestra Constitución propugna una sociedad abierta y democrática. Ningún Dueño de la Verdad ni Monopolista de la Virtud puede obligarnos a pensar de una manera o de otra. La sociedad peruana es una comunidad autónoma de hombres y mujeres libres, que estructuran su interacción por las normas que ellos mismos acuerdan a través de sus *representantes*. Tales normas pueden ser acertadas o desacertadas, conducentes o inconducentes, apropiadas o inapropiadas; sin embargo, en cualquier caso, deben ser respetadas por quienes vivimos aquí. Todo peruano tiene derecho a criticar las normas existentes y sugerir su reforma, pero debe hacerlo por los canales adecuados y de la forma pertinente.

22. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

hacerse una reforma constitucional siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 206 de la propia Constitución. Esta propuesta debe ser votada en el Congreso de la República, integrado por 130 representantes directamente elegidos por el pueblo. Si la propuesta tiene más de 65 votos, debe hacerse luego un referéndum; si llega a tener 87 votos en el Congreso, puede obviarse el referéndum y sometérsela a una nueva votación en la legislatura siguiente. Si en esta segunda votación vuelva a obtener 87 votos o más —o si es aprobada en el referéndum—, el "matrimonio igualitario" debe ser reconocido y respetado por todos los peruanos.

23. Introducirlo por la ventana, a través de una resolución del Tribunal Constitucional, implicaría que los magistrados constitucionales usufructuemos y abusemos indebidamente del puesto que temporalmente ocupamos. Nosotros estamos aquí no para sustituir a los legisladores o constituyentes sino solo para hacer cumplir la Constitución Política del Perú.

24. Por lo antes señalado, la demanda es improcedente, al no existir en el Perú el derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo de aplicación el artículo 7, inciso 1 del Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307 (artículo 5, inciso 1 del anterior código, vigente cuando se presentó la demanda).

25. Por demás, habiendo quedado claro que no procede la solicitud de inaplicación del artículo 234 del Código Civil por ser conforme a la Constitución, también resulta improcedente la pretensión de que se inscriba en el Perú el matrimonio celebrado en el extranjero de los recurrentes, por la razón adicional siguiente:

26. La inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero en el Perú es un procedimiento administrativo que se lleva a cabo en el Reniec y está regulado por el Reglamento de Inscripciones del Reniec aprobado por el Decreto Supremo 015-98-PCM. Específicamente, en la sección tercera del capítulo 3. Así, en sus artículos 43 a 48 se establecen, entre otros aspectos, los elementos que debe contener el acta correspondiente, como, por ejemplo, el nombre, la firma y el número del documento de identidad o de cualquier otro documento que permita fehacientemente la identificación de los celebrantes y los testigos. Por su parte, el artículo 61 señala que:

Toda inscripción se realiza previa calificación de la solicitud por el registrador. La calificación se realiza teniendo en consideración las inscripciones preexistentes, si existieran, así como las disposiciones y formas legales previstas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

27. Esta disposición busca evitar, por ejemplo, que una persona que ya figura como casada en el registro pretenda inscribir otro matrimonio. Por ello, tampoco podría ordenarse la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero cuando ni siquiera se ha iniciado el procedimiento administrativo correspondiente. La exigencia del agotamiento de la vía previa o, cuando menos de su inicio, cobra particular relevancia cuando se trata de inscripciones registrales, en los que se debe efectuar un acto de calificación como el descrito *supra*.
28. Por ello, en este caso también concurre la causal de improcedencia de la demanda contenida en el artículo 7, inciso 4 del Nuevo Código Procesal Constitucional (artículo 5, inciso 4 del anterior código), pues no se agotó la vía previa y no se ha acreditado que acontezca algunos de los supuestos de excepción al agotamiento de la misma previstos en el artículo 43 del mencionado código (artículo 46 del anterior código).
29. Sin perjuicio de lo señalado en los considerandos anteriores, corresponde indicar que, dado que el trámite de inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero es un procedimiento administrativo que se realiza ante el Reniec, se concluye que, respecto al Minjus, la demanda es improcedente porque carece de legitimidad para obrar pasiva.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA
SARDÓN DE TABOADA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI

PONENTE SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emitimos el presente fundamento de voto.

Si bien compartimos la ponencia, quisiera reiterar nuestra posición sobre el asunto que esta contiene, ya expresada en el Expediente 1739-2018-PA/TC.

Ante todo, reiteramos que no tenemos conflicto alguno con las personas homosexuales. He conocido a muchas de ellas y tenemos amigos que lo son y frecuento –siguiendo las costumbres que nos inculcó mi padre en casa–, algunos de los cuales prestaron importantes servicios al país.

Desde esta perspectiva, soy el primero en defender que todos seamos tratados con el respeto que merecemos, que no seamos juzgados por nuestra orientación sexual y estemos exentos de todo tipo de discriminación. Dicho lo anterior, pasamos a analizar qué es el matrimonio en el Derecho.

Como todo en el campo jurídico, la realidad antecede al Derecho. Así, existe 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. Lo primero es, pues, «la existencia de uniones estables y comprometidas entre los hombres y las mujeres, y esas uniones son las que reciben el nombre de matrimonio, y las que el Derecho se encarga de regular. No es primero el término, la palabra, a la que después la sociedad o el Derecho dan el contenido que parece conveniente, sino que primero es la realidad designada (la unión estable y comprometida entre hombre y mujer), y después la palabra (matrimonio) que la designa y la identifica frente a otras realidades diferentes»¹.

Entonces, matrimonio es la palabra que empleamos para designar específicamente la unión estable entre un hombre y una mujer. Si la unión es entre dos hombres, o dos mujeres, ya no es matrimonio, sino un fenómeno humano y social diferente –respetable, por cierto–, por la misma razón que una compraventa sin precio ya no es compraventa sino donación. Y decir que una donación no es una compraventa no es nada peyorativo para la donación, sino simplemente delimitar realidades substancialmente distintas, acreedoras de un tratamiento jurídico diferenciado².

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

¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid 2007, p. 39.

² Cfr. *Ibidem*, p. 41.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

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.

La realidad consistente en la unión estable y comprometida entre hombre y mujer, a la que el Derecho llama matrimonio, no responde, pues, a un concepto religioso que una mayoría confesional quisiera imponer a los demás.

La heterosexualidad del matrimonio es una constante a lo largo de toda la historia sociojurídica, como se evidencia desde el Derecho romano precristiano. Conocida es, al respecto, la definición que ofrece Modestino, contenida en el *Digesto* (23.2.1):

Nuptiaesuntconiunctio maris et feminae, et consortiumomnis vitae (...)
(el matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de vida...³).

Por ello, con acierto, el juez John Roberts, actual Presidente de la Corte Suprema norteamericana, en su voto disidente en la sentencia del caso *Obergefell* del 2015, dijo que la «definición universal del matrimonio como la unión de un hombre y mujer no es una coincidencia histórica. El matrimonio no surgió como resultado de un movimiento político, descubrimiento, enfermedad, guerra, doctrina religiosa o cualquier otra fuerza motriz en la historia universal, y ciertamente no como resultado de una decisión prehistórica de excluir a los homosexuales»⁴.

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 patológicamente) 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 trascendencia 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.

³ Traducción de D'ORS, Álvaro *et al.*, *El Digesto de Justiniano*, t. II, Pamplona 1972.

⁴ «This universal definition of marriage as the union of a man and a woman is no historical coincidence. Marriage did not come about as a result of a political movement, discovery, disease, war, religious doctrine, or any other moving force of world history—and certainly not as a result of a prehistoric decision to exclude gays and lesbians» (*Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U.S. ___ [2015]. La traducción es nuestra).

MPJ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Todo esto explica que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16.1, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17.2, reconozcan al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer.

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice (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 (...).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe (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.

Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17.2, señala:

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia (...).

Así también lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Chapin y Charpentier* contra Francia, de 2016. En consideración a un texto similar al que venimos de citar, contenido en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵, ha dicho que el matrimonio es «la unión de un hombre y una mujer» y que ampliarlo a personas del mismo sexo no es una obligación que impone a los Estados el citado Convenio Europeo⁶.

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 sobre Derechos Humanos (artículo 17.2).

⁵ *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 12: «Derecho a contraer matrimonio.- A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

⁶ *Affaire Chapin et Charpentier c. France*, 9 de septiembre de 2016, párr. 37.

mp1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Siendo esto así, debe tenerse en cuenta la Convención de Derecho Internacional Privado (conocida como *Código Bustamante*), de la cual el Perú es parte. Ésta, en su artículo 4, estipula lo siguiente:

Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

Por tanto, conforme a los artículos 2049 y 2050 del Código Civil, el 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.

El demandante acusa al RENIEC de discriminación. Como sabemos, la jurisprudencia de este Tribunal 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 (*tertium comparationis*) válido»⁷, conforme al cual las dos situaciones que se comparan deben «compartir una esencial identidad»⁸.

Pues bien, 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.

Otra situación se daría 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 negará la inscripción del matrimonio del demandante. Aquí sí podría presentarse una discriminación, pero no es el caso.

Por cierto, esta sería la consecuencia de accederse al pedido del demandante: en adelante, tendría que ser inscrito en el RENIEC todo matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, pues lo contrario sería discriminatorio. De esta forma, en la práctica, se estaría implantando en el Perú el matrimonio homosexual, pese a la Constitución.

Por lo demás, el RENIEC ha apoyado su decisión en una justificación razonable, como es que el matrimonio del demandante no es compatible con la Constitución y el orden público internacional conforme al Código Civil, por las razones que ya hemos expuesto.

Cabe precisar que el artículo 234 del Código Civil consagra los elementos estructurales esenciales del matrimonio como acto jurídico que son: la diversidad de sexo de los contrayentes, el consentimiento matrimonial, la aptitud nupcial y la observancia de la forma prescrita con intervención de la autoridad competente para su celebración.

⁷Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 0014-2007-PI/TC, fundamento 12.

⁸*Idem*.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Sobre la exhortación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a que los Estados incorporen uniones como las del demandante en sus respectivos ordenamientos, contenida en la Opinión Consultiva del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, considero que va frontalmente contra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues ésta de modo expreso señala, en su artículo 17.2, que el matrimonio sólo puede darse entre un hombre y una mujer.

Por lo expuesto, 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 un derecho constitucional. Como hemos sustentado, la Constitución (artículo 4) 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).

Aunado a ello, en este caso también concurre la causal de improcedencia de la demanda contenida en el artículo 7, inciso 4 del Nuevo Código Procesal Constitucional (artículo 5, inciso 4 del anterior código), pues la parte demandante no agotó la vía previa y no ha acreditado que acontezca algunos de los supuestos de excepción al agotamiento de la misma previstos en el artículo 43 del mencionado código (artículo 46 del anterior código).

Sin perjuicio de todo lo anterior, pienso que el Congreso de la República podría 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.

Dicha ley debería ser lo más inclusiva posible y no restringida a personas del mismo sexo ni prohibida para parientes (por ejemplo, dos hermanas o dos hermanos que viven juntos y se apoyan mutuamente). Cualquier interesado debería tener acceso a los beneficios de esa ley.

Pero aquella es tarea que, según las reglas democráticas y del Estado de derecho a las que nos debemos, compete al Parlamento, donde están representados todos los ciudadanos y las tendencias políticas presentes en la sociedad.

Por estas consideraciones, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Si bien coincido con el sentido de la ponencia de declarar improcedente la demanda, lo hago únicamente por los siguientes fundamentos:

1. Con fecha 16 de diciembre de 2015, don Andree Alonso Martinot Serván interpone demanda de amparo (folio 125) contra la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), con emplazamiento de su procurador público. Solicita que, tutelando sus derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, se ordene la inscripción, ante el Reniec, de su matrimonio, celebrado en el extranjero con Diego Alonso Urbina Fletcher, con los derechos y deberes que la ley franquea; y que, por ende, se inaplique al caso concreto lo dispuesto por el artículo 234 del Código Civil, que solo reconoce el matrimonio entre parejas heterosexuales (varón y mujer). Alega que la referida norma impide al Reniec la inscripción de su matrimonio, que celebró en el extranjero (ciudad de Nueva York, Estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América), por el solo hecho de ser una unión afectiva estable entre dos personas del mismo sexo, resultando así inconstitucional e inconvencional a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. El Nuevo Código Procesal Constitucional, en el artículo 7, inciso 4, señala que: No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este código y en el proceso de habeas corpus. A su turno, el artículo 43 señala que no será exigible el agotamiento de las vías previas si: 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; 2) por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable; 3) la vía previa no se encuentra expresamente regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o 4) no se resuelva la vía previa en los plazos fijados para su resolución.
3. Como es posible advertir de la pretensión, se pretende la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero, el cual es un trámite administrativo, donde el funcionario a cargo debe verificar el cumplimiento de una serie de requisitos, así como su conformidad con el marco normativo. Asimismo, no se verifica alguno de los supuestos de excepción de agotamiento de la vía previa, por lo que debe iniciarse el procedimiento administrativo correspondiente.
4. Asimismo, una vez que se haya realizado el trámite administrativo correspondiente y este no se ajuste a lo solicitado por el recurrente, esta denegatoria deberá ser discutida en el proceso contencioso administrativo, en tanto constituye una vía idónea para que pueda discutirse lo resuelto en las resoluciones administrativas. Así, también lo expuse en un caso similar, esto es el expediente 01739-2018-PA.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Por estas consideraciones, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

S.

MIRANDA CANALES

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la sentencia emitida en estos autos, considero necesario precisar que es importante que el Congreso de la República atienda el pedido de protección jurídica que solicitan las parejas del mismo sexo sea a través de la modificación de la Constitución según su procedimiento, o, en todo caso, a nivel del Código Civil, vía una regulación especial que bien podría denominarse unión civil u otra similar.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

El Tribunal Constitucional peruano, o por lo menos la mayoría actual, no es, ni debe ser, un Tribunal de la Santa Inquisición, aunque, a veces, en casos como el presente, lo parece.

Dicha mayoría de magistrados ha establecido la siguiente regla: separados pero iguales. Esto es, cada uno es igual pero en su "estamento" y según su "naturaleza", y no puede exigir los mismos derechos de aquellos que integran el "estamento modélico" de persona, familia o matrimonio.

¡Qué difícil es para algunos mirarnos como iguales! Qué difícil es aceptar que los tiempos han cambiado y que todos los peruanos y peruanas, tenemos derechos. ¿por qué buscar, a cualquier costo, que otros, que no forman parte de su "estamento", no tengan derechos?

Firmo la presente resolución, sin recurrir a la firma digital, porque se había dispuesto por Acuerdo del Pleno del 11 de mayo de 2022, toda vez que ese mismo día el magistrado Ferrero tomó juramento a los nuevos integrantes del tribunal, lo que imposibilitó continuar con la firma digital.

1. Considero que la presente demanda debe ser declarada **FUNDADA** porque en este caso se ha vulnerado el derecho a la igualdad y a no ser discriminado previsto en el artículo 2.2 de la Constitución, no sólo en el caso de Andree Alonso Martinot Serván y de Diego Alonso Urbina Fletcher, sino de una innumerable cantidad de personas a quienes una vez más se les prohíbe el derecho a contraer matrimonio civil.
2. Si revisamos los argumentos que sustentan la posición de la mayoría del Tribunal Constitucional (magistrados: Blume, Ferrero, Sardón y Miranda), es evidente la falta de imparcialidad de dicha mayoría, al haber tergiversado sobre lo que dice la Constitución o determinados Tratados de Derechos Humanos, tal como lo voy a demostrar ampliamente en este voto.

Antes de ingresar al desarrollo de la argumentación jurídica de mi posición debo dejar constancia que me parece increíble que la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional, como expresión de su parcialidad, critican a quien consideran como "dueño de la verdad" o "monopolista de la virtud" (fundamento 21), refiriéndose obviamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fundamento 20), cuando en realidad son ellos los que están actuando como dueños de la verdad, monopolistas de la virtud o si se quiere, como representantes de cierto imperativismo moral. Son ellos (magistrados:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Blume, Ferrero, Sardón y Miranda), los que están buscando que prevalezca un modelo de persona, un modelo de familia y un matrimonio tradicional, negando que estos conceptos hayan cambiado en la actualidad y negando sobre todo, la igualdad en el ejercicio de los derechos.

Que quede claro: ni la Constitución peruana, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen, en ningún extremo, lo que ellos afirman, y menos aún nuestra Constitución "contiene la misma noción de matrimonio del Código Civil" peruano (fundamento 17), que establece que "el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer".

Estas expresiones no están ni en la Constitución ni en ninguno de los mencionados Tratados de Derechos Humanos. Invoco, a quien lea este voto, que revise el texto de la Constitución y de su propia y personal lectura, verifiquen lo que dicen que dice la Constitución.

Lean el artículo 4 de la Constitución, cuando se refiere al matrimonio. En ninguna parte dice que "el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer", todo lo contrario, la Constitución hace referencia a que debe promoverse el matrimonio y deja al legislador a que regule el contenido de esta institución.

Reitero, el constituyente ha dejado al legislador, que regule el contenido del matrimonio, tarea, que el legislador desde el año 1993 hasta la fecha, viene omitiendo cumplir con dicho mandato constitucional; por tanto, no se puede afirmar situaciones que no están en el texto expreso de la Constitución, como si lo estuvieran, para justificar conclusiones que se apartan de la verdad. Es grave y notoria su parcialización, con la que miran y definen este caso.

3. Estoy convencida que en algunos años, cuando se revise la historia de los derechos fundamentales en el Perú, este caso, al igual que el caso de Oscar Ugarteche Galarza y Fidel Aroche Reyes, figurarán como un modelo de retroceso, de conservadurismo, de la discriminación por razón de orientación sexual y de la intolerancia que existe en parte de nuestra sociedad, en el Estado peruano, y lamentablemente en una mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional.

Avizoro que estas sentencias serán estudiadas, a manera de "paleontología" jurídica de un pensamiento anacrónico a los derechos de los peruanos y peruanos de nuestro país.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Con esta segunda sentencia, dicha mayoría, conformada por los magistrados: Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, sólo continúan dividiendo a las personas en nuestro país; unas, que la podríamos llamar, de primera categoría y en otras de segunda categoría. Para dichos magistrados, las personas de primera categoría son las heterosexuales, quienes poseen todos los derechos que la Constitución reconoce y tienen la plena protección del Estado. En cambio, las personas de segunda categoría, en la que incluyen a aquellas parejas del mismo sexo, entre otras, son quienes no poseen los mismos derechos y tampoco tienen la plena protección del Estado.

4. De este modo, la mayoría del Tribunal Constitucional ha actuado como si fuese un Tribunal de la Santa Inquisición, buscando reprimir y castigar a quienes no se ajustan al estándar de persona, de familia o de matrimonio tradicional que ellos defienden.

Ciertamente hoy no se puede ordenar la tortura, la flagelación, la muerte en la hoguera u otros castigos físicos, pero ¿acaso no es un castigo el sufrir a diario la discriminación de la sociedad y del Estado?, ¿acaso no es un castigo el ser estigmatizado como alguien diferente de las personas “normales”? ¿acaso no es un castigo el ser marginalizado en los estratos menos protegidos y más vulnerables de la sociedad?

Todos estos son castigos que la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional no sólo *no* ha buscado detener, sino por el contrario ha buscado perpetuarlos, estableciendo argumentos falaces para impedir que por cualquier medio se reconozcan cambios en el *statu quo* imperante.

En mi opinión, esto refleja un claro incumplimiento de su función de jueces y de garantes de los principios constitucionales, que tanto se proclama desde el pulpito del Tribunal Constitucional.

5. En este punto resulta pertinente citar a Luis García Montero⁹ quien analizando el contexto español, sostiene que la “labor a favor de las élites” de la Santa Inquisición “impidió la integración de sectores muy amplios de la población”.

Y, refiriéndose dicho autor, a artículos “que analizan las debilidades y maniobras de los argumentos utilizados en sus sentencias por los vocales dominantes del Tribunal Constitucional”, señala que “los efectos a largo plazo serán irremediables: una nueva desconfianza en el Estado español (en Europa y

⁹ GARCÍA MONTERO, Luis. “Tribunal Constitucional. ¿Un nuevo Tribunal de la Inquisición? *Diario digital Infolibre*. Se puede revisar en esta dirección: https://www.infolibre.es/opinion/columnas/verso-libre/tribunal-constitucional-nuevo-tribunal-inquisicion_1_1208099.html



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

dentro de España) y el descrédito de la Justicia compartida entre la gente. La legalidad es un valor fundamental para una democracia. Y no se tratará de que el pueblo llegue a distinguir entre buenos y malos jueces, sino de *un proceso dañino que santifique la ley del más fuerte y favorezca, como único comportamiento posible, la ruptura de los marcos de convivencia*".

- 
6. ¿Qué difícil es para algunos mirarnos como iguales! Qué difícil es para algunos aceptar que los tiempos han cambiado y que todos los peruanos y peruanas tenemos derechos. ¿A qué le tienen miedo?, ¿al cambio?, ¿a la diferencia?, ¿a la diversidad?, ¿al pluralismo?, o, en todo caso, ¿qué daño les hace a ellos que otras personas pretendan el reconocimiento de sus derechos?, ¿por qué buscar, a cualquier costo, que otros, que no forman parte de su "estamento", no tengan derechos?
 7. Cuanta falta hace entender que la Constitución tiene como objetivo principal que más allá de las riquezas, idioma, raza, condición social, poder político, confesión religiosa u orientación sexual, todos los hombres y mujeres en el Perú sean libres e iguales en el ejercicio de sus derechos.
 8. Cuánta falta hace tener en cuenta las expresiones de Dworkin, quien hace más de 45 años defendía la idea de que "la institución de los derechos es (...) crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas. Cuanto más violentas sean las divisiones entre los grupos, más sincero debe ser ese gesto para que el derecho funcione".¹⁰
 9. Resulta increíble que en pleno siglo XXI, la historia de las discriminaciones continúe en el Perú, sobre todo contra los grupos vulnerables: pueblos indígenas u originarios, mujeres, niños, personas afrodescendientes, con discapacidad, migrantes, parejas del mismo sexo y personas del colectivo LGTBIQ+, entre otros. Tal como se aprecia en la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por Ipsos¹¹, a pedido del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, más del 70% de la población en el Perú considera que la población LGTBI es discriminada y también reconoce que es el grupo más discriminado de poblaciones vulnerables.

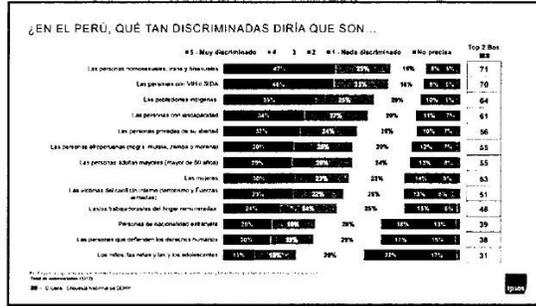
¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2002, p.303.

¹¹ <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1611180/3.-Informe-completo-de-la-II-Encuesta-Nacional-de-Derechos-Humanos.pdf.pdf>



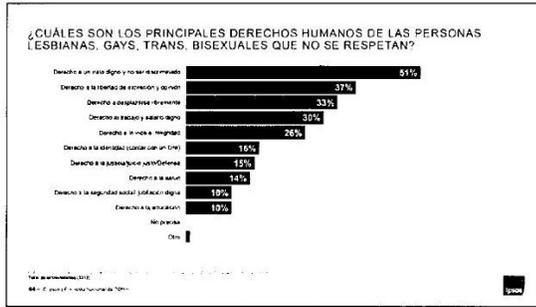
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN



Handwritten signature

10. Pero no sólo hay que visibilizar la discriminación contra esta población, sino además que concurrentemente a la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación también se vulneran otros derechos fundamentales de esta misma población:



11. De seguro que esto cambiará, tal como está sucediendo en todo el mundo y en la mayoría de países de sudamérica.

Como lo demostraré más adelante, desde el año 2001 hasta la fecha, ya son 70 países los que han implementado el derecho a que la institución del matrimonio también pueda extenderse a favor de las parejas del mismo sexo.

Antes de noviembre de 2017, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos publicara la OC-24/17, los países americanos de Canadá (2005), Argentina (2010), Brasil (2013), Uruguay (2013), Estados Unidos (2015), México (2015) y Colombia (2016) ya contaban con el matrimonio igualitario.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Luego de dicha fecha, lo hicieron Ecuador (2019), Costa Rica (2020) y Chile (2021).

12. Llegará el tiempo en que se superen tales discriminaciones históricas en el Perú, pero mientras sucede ello, mientras sigamos esperando ese momento, las parejas del mismo sexo o las de la población LGTBIQ+ seguirán siendo esencialmente invisibles para la Constitución, para el derecho peruano y sobre todo para la mayoría del Tribunal Constitucional. Todo esto les seguirá ocasionando directos y palpables perjuicios.
13. También abrigo la esperanza que llegará el tiempo en que el Tribunal Constitucional, este integrado por personas que utilicen adecuadamente la interpretación evolutiva de la Constitución; esto es, que el texto constitucional, en especial las disposiciones sobre derechos fundamentales, no deban ser entendidas en el contexto en que fueron aprobados, sino que deberán ser entendidas como libertades que se transforman con el tiempo y conforme a las necesidades existentes en cada momento histórico.
14. Finalmente, tal como se verá en el desarrollo amplio del presente voto singular, he buscado amparar la posición de proteger el derecho del demandante Andree Alonso Martinot Serván, a la igualdad y a no ser discriminado, amparándome en la aplicación prevalente de tal derecho fundamental y basándome en una interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales y convencionales. Así también he buscado consignar las principales referencias jurisprudenciales y normativas que existen en diversas partes del mundo sobre el matrimonio igualitario, para mostrarnos el inevitable cambio que se viene.
15. La jurisdicción constitucional no se agota en sede nacional. De seguro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciará sobre este caso u otros similares y amparará el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo. Allí la mayoría actual del Tribunal Constitucional o la que venga no podrán impedirlo. Allí cambiará la historia de los derechos de las parejas del mismo sexo (no por la obra de los jueces de nuestro país) y las posturas intolerantes no podrán impedirlo.
16. En lo que sigue, para desarrollar los argumentos hasta aquí expuestos, me referiré a los siguientes puntos: *i)* la interpretación evolutiva de los textos constitucionales en las sociedades contemporáneas; *ii)* la apertura de los textos constitucionales al Derecho Internacional; *iii)* el matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; *iv)* el matrimonio igualitario en el Derecho Constitucional Comparado; *v)* la necesidad de interpretar el Código Civil a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales; *vi)* análisis del presente caso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

i) **La interpretación evolutiva de los textos constitucionales en las sociedades contemporáneas y una especial referencia al caso peruano**

17. Estimo necesario efectuar algunas consideraciones a propósito de la interpretación evolutiva de los textos constitucionales, ya que, de la revisión de la sentencia suscrita por los magistrados Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, advierto que se hacen interpretaciones aisladas, descontextualizadas y que resultan contrarias a estándares internacionales sobre Derechos Humanos.

18. Para la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional, en el Perú los elementos esenciales del matrimonio son dos:

- a) Ser una *unión voluntaria* -por tanto, en el Perú no puede reconocerse un matrimonio concertado entre los padres de los novios, como ocurre, por ejemplo, en la India-; y,
- b) Ser celebrado por *un varón y una mujer* -por tanto, en el Perú no puede reconocerse la poligamia, como en los países musulmanes, ni el matrimonio entre personas del mismo sexo, como en Ciudad de México-.

19. Así, considera la mayoría conformada por los magistrados Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, que, según nuestra Constitución, el matrimonio es, de forma exclusiva, la unión entre *un varón y una mujer*, por lo que dicho vínculo solo sería válido en la medida en que involucre a dos personas de distinto sexo.

20. De este modo, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional asume que el concepto de "familia" es estático, y no sujeto a la evolución propia de las sociedades modernas.

De hecho, la posición mayoritaria ni siquiera discute la posibilidad de brindar algún mecanismo legal para que se puedan reconocer los derechos y deberes que se forjan a propósito de la relación que desarrollan dos personas del mismo sexo. Simplemente considera que son situaciones que no corresponde visibilizar, y que no corresponderían de ser resueltas a través del derecho. Sin embargo debe recordarse, como lo señaló la Corte Constitucional de Ecuador al reconocer el matrimonio igualitario, que

"[e]xisten personas del mismo sexo que demandan el reconocimiento del derecho al matrimonio, por considerarlo importante en sus planes de vida y que invocan derechos como la dignidad, la igualdad y las libertades. Esta exigencia, que no existía o que no fueron consideradas al momento de plasmar los textos jurídicos, requiere poner en contexto actual la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

norma constitucional y las normas legales, y adaptar su contenido e interpretación a los requerimientos actuales”¹².

21. De este modo, como lo ha recordado el propio Tribunal Constitucional, no resultaría viable petrificar el significado o lo que comprende el término “familia”. Así, 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 reconstituidas¹³.

22. En efecto, estos “nuevos contextos sociales” a los que se ha referido el Tribunal Constitucional se asocian con nuevas formas de entender asuntos que, hace unas décadas atrás, generaban distinto reproche social. El matrimonio entre personas del mismo sexo ingresa en este grupo de conceptos.

Por lo general, al asumirse que el matrimonio era una institución destinada a la procreación, y que poseía un inevitable nexos religioso, ello era razón más que suficiente para no permitir que sus efectos se extiendan para las parejas del mismo sexo. Sin embargo, debe recordarse que, aunque resulta evidente que el creyente o el ateo pueden desplegar su proyecto de vida de acuerdo con sus creencias personales, ello solo puede realizarse con el notorio límite de que ello no suponga imponer a los demás su forma de entender el mundo¹⁴.

23. Del mismo modo, entender el matrimonio de esta manera sería inconstitucional porque se petrifica un modelo único de familia. Como bien ha sostenido la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos,

la naturaleza de la injusticia es que no siempre la vemos en nuestros tiempos. Las generaciones que escribieron y ratificaron la Carta de Derechos y la Decimocuarta enmienda no pretendieron conocer el alcance de la libertad en todas sus dimensiones, por lo que confiaron a las futuras generaciones la protección del derecho de todas las personas a

¹² Corte Constitucional de Ecuador. Caso N° 11-18-CN, fundamento 165.

¹³ STC 09332-2006-AA, fundamento 7.

¹⁴ Taylor, Charles y Maclure, Jocelyn (2011). Laicidad y libertad de conciencia. Madrid: Alianza Editorial, p. 29.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVAN

disfrutar de la libertad a medida que aprendemos su significado. Cuando una nueva visión revela discordancia entre las protecciones centrales de la Constitución y una restricción legal recibida, se debe abordar una alegación a la libertad¹⁵.

24. Esta nueva forma de entender el matrimonio también debe realizarse de conformidad con las modernas articulaciones en lo que respecta a los nexos entre la religión oficial de un país y las propias estructuras estatales. Por ejemplo, en Canadá, la Corte Suprema Federal ha señalado que, antes incluso de la adopción de la *Civil Marriage Act* de 2005, con anterioridad este país se articulaba como una sociedad de valores sociales compartidos en la que se pensaba que el matrimonio y la religión eran inseparables. Sin embargo, recuerda que ese ya no es el caso, al tratarse ella de una sociedad pluralista en la que el matrimonio es una institución civil.

De este modo, los *frozen concepts*¹⁶ son contrarios a los principios fundamentales de la interpretación constitucional canadiense, los cuales consideran que la Carta fundamental es un árbol vivo, el cual se expande a través de una interpretación progresiva, lo que le permite adaptarse a las realidades de la vida moderna¹⁷.

25. Ciertamente, la sola de adopción de normas jurídicas resulta insuficiente frente a discriminaciones de carácter histórico. Aunque existan estudios que demuestran que, en líneas generales, la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo termina por mejorar la forma en que el resto de la sociedad comprende la homosexualidad, lo cierto es que este proceso requiere de transformaciones que demandan de un importante esfuerzo colectivo.

En todo caso, como lo ha hecho recordar la Corte Constitucional de Sudáfrica al reconocer el matrimonio igualitario, [l]a ley no puede automáticamente y por sí misma eliminar los estereotipos y los prejuicios. Sin embargo, sirve como una gran maestra, establece normas públicas que se asimilan a la vida diaria y protege a las personas vulnerables de la marginación y el abuso que son injustos.

¹⁵ Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. Caso *Obergefell vs. Hodges*. La cita se encuentra en: Delgado, David (2017). *Obergefell contra Hodges: La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo*. UNED. Revista de Derecho Político, N° 99, p. 344

¹⁶ Literalmente se podría asumir que se asumen como "conceptos congelados". Sin embargo, la traducción más cercana a nuestro lenguaje sería la de conceptos estáticos.

¹⁷ Corte Suprema de Canadá. 2004 SCC 79, fundamento 22.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Es necesario recordar que no solo los tribunales son responsables de reivindicar los derechos consagrados en la Carta de Derechos¹⁸.

26. Lo determinante en la discusión sobre la viabilidad constitucional del matrimonio igualitario radica en lo que esta clase de uniones busca proteger, y si es que su incorporación genera algún perjuicio de relevancia para terceros que pueda justificar su exclusión.

Al respecto, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional suscrita por los magistrados Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, efectúan una comparación entre el no reconocimiento de la poligamia -propio de diversos países musulmanes- con el del matrimonio entre personas del mismo sexo. Considero que ello es un notorio ejemplo de la falacia de “pendiente resbaladiza”.

Se pretende asumir consecuencias negativas de una institución que no guarda ninguna semejanza cercana con la poligamia. Como bien anota Nora Markard, tanto la poligamia y el incesto se distinguen claramente del matrimonio entre personas del mismo sexo, y ello obedece a que aquellas prohibiciones no se imponen a un grupo vulnerable -como si ocurre en el caso de la comunidad LGTBI-, o sobre el cual exista una estructura social de discriminación, por lo que la pendiente no es tan resbaladiza como se quiere hacer creer¹⁹.

27. Del mismo modo, la posición asumida en la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, con esa clase de comparaciones, pretende deslegitimar el reconocimiento de un derecho como si se tratara de una simple aspiración o capricho. Sin embargo, es evidente que se trata de una institución cuyos efectos jurídicos tienen una importante incidencia en la vida de las personas, y que bien puede involucrar a las parejas del mismo sexo.

Como bien ha referido la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, la exclusión respecto de la institución del matrimonio

“es claramente discriminatoria porque las relaciones que entablan las parejas homosexuales pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una *situación equivalente* a las parejas

¹⁸ Corte Constitucional de Sudáfrica. *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*, CCT 60/04, p. 138

¹⁹ Markard, Nora (2016). Dropping the Other Shoe: Obergefell and the Inevitability of the Constitutional Right to Equal Marriage. *German Law Journal*, Vol. 17, Núm. 3, p. 540



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINO
SERVÁN

heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio²⁰.

28. Por otro lado, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional suscrita por los magistrados Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, consideran que el reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestro ordenamiento supondría, en esencia, colocar nuestras preferencias personales por encima de la Constitución. Acceder a una institución civil no puede reducirse a ello. Involucra derechos y responsabilidades que permite que las personas sean consideradas y vistas como semejantes por el resto de integrantes de la sociedad.

Ningún argumento histórico debería bastar para esta clase de exclusiones, las cuales incentivan la formación de ciudadanos de segunda categoría. En efecto, se olvida en la sentencia que la propia norma fundamental admite que sus contenidos se pueden innovar con el paso del tiempo.

El artículo 3 es una muestra evidente que nuestros constituyentes sabían que su obra era inacabada. Del mismo modo, la remisión que se efectúa en la Cuarta Disposición Final y Transitoria a los tratados internacionales también demuestra la lógica de apertura que ha inspirado el diseño de nuestra Constitución.

No se ha pretendido que sea un ordenamiento cerrado y desconectado de lo que ocurre en el ámbito internacional y comparado. En efecto, como ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia,

la Constitución no es un orden cerrado y estático y menos puede serlo en una materia que, como ampliamente se ha expuesto, está sometida a una constante evolución que no puede ser ignorada por el ordenamiento, de lo cual fue consciente el propio constituyente al prever que, además del matrimonio, la familia puede constituirse por la voluntad responsable de conformarla que, según se ha señalado, sirve de fundamento a un amplio conjunto de modalidades familiares y no solo a la surgida de la unión de hecho de parejas heterosexuales²¹.

29. Por otro lado, también la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional yerra al sostener que lo que respalda la decisión de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo es una suerte de "moral superior". Lo que genera mi convicción de que nuestra Constitución debe proteger las uniones entre parejas del mismo sexo radica en que nuestro ordenamiento debe brindar una respuesta satisfactoria en relación con una situación en la que se ha preferido guardar

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación de México. Amparo en Revisión 581/2012, considerando octavo

²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577/11



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVAN

silencio. Por ejemplo, en España, la Ley 13/2005, que incorpora el derecho al matrimonio igualitario, precisa que

“[e]l establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta”²².

30. Como he señalado, la falta de respuesta directa a este asunto no solo genera que las parejas del mismo sexo sean esencialmente invisibles para el derecho peruano, sino que ello les ocasiona directos y palpables perjuicios. Al respecto, la Corte Suprema de Costa Rica ha sostenido que

a pesar de lo dicho en el considerando III de esta sentencia en cuanto a la naturaleza y evolución histórica del matrimonio (que permite llegar a la conclusión contraria a las pretensiones del accionante), esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario²³.

31. Este nuevo entendimiento del matrimonio no perjudica a terceros, ni supone ninguna alteración del orden público o de las denominadas buenas costumbres. Las personas que consideran que esta institución tiene un matiz religioso y que, por ello, solo procedería para parejas heterosexuales siguen gozando del reconocimiento de este derecho y pueden aun materializar sus proyectos de vida de conformidad con su propia cosmovisión del mundo. Del mismo modo, aquellas personas que estiman que el modelo adecuado de la familia se vincula con la procreación, podrán desarrollar dicho plan de vida sin injerencias estatales indebidas. En España, el Tribunal Constitucional sostuvo, a propósito de la aprobación de la ley que permite estas uniones, que

la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto

²² Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

²³ Corte Suprema de Costa Rica. Expediente 15-013971-0007-CO, Res. N.º 2018012782, pág. 21.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento²⁴.

32. En efecto, el derecho no puede desconocer la existencia de estos vínculos afectivos, más aun cuando de ellos se pueden desprender consecuencias legales. Sobre ello, ha mencionado el Tribunal Supremo del Brasil, en su pronunciamiento que legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo, que el siglo XXI ya viene marcado por la preponderancia de la afectividad sobre el componente biológico, por lo que este último surge como una realidad meramente mecánica o automática²⁵.

33. Ahora bien, otro argumento que justifica el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo que se han realizado en el extranjero se asocia con la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 24/17.

Es por ello que, en el siguiente apartado, me referiré a la tendencia existente en las constituciones nacionales de interactuar con los tratados y, en general, con las fuentes del Derecho Internacional, cuestión que se ha intensificado, particularmente, a partir de la Segunda Guerra Mundial.

ii) **La apertura de los textos constitucionales al Derecho Internacional**

34. En segundo lugar, deseo referirme al deber de interpretar los textos constitucionales de conformidad con los estándares internacionales que debería observar el Estado peruano si es que no desea que, con posterioridad, se declare su responsabilidad internacional.

En la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional se parte de la premisa que el Estado peruano es un ordenamiento cerrado y autosuficiente, aspecto que, sin lugar a dudas, no se condice con la apertura internacionalista que se ha destacado en el ordenamiento peruano desde la Constitución de 1979.

35. En efecto, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, para sustentar su posición, se remite a lo dispuesto en el Libro X, de Derecho Internacional

²⁴Tribunal Constitucional de España. Sentencia 198/2012, fundamento jurídico 9

²⁵ Tribunal Supremo de Brasil. Acción Directa de Inconstitucionalidad 4277. Voto del Ministro Ayres Britto, párr. 34



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Privado, contenido en el Código Civil. Así, de conformidad con el artículo 2050, se establece que

[t]odo 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* [énfasis añadido].



36. Por ello, la sentencia suscrita por la mayoría estima que no todo derecho adquirido fuera del Perú tiene que ser reconocido como válido en el Perú, ya que el principal límite para ello se refleja en el respeto al orden público internacional y las buenas costumbres nacionales. Tal y como expuse en mi voto conjunto con el magistrado Ramos Núñez en el caso Oscar Ugarteche, esta noción de “orden público”, y que dará luego paso a la de “orden público internacional”.

tiene como importante referente al Código Civil de Napoleón de 1804, documento que desarrolló una importante influencia en distintos países de América Latina. En dicho texto, se entendió que las convenciones o acuerdos privados no podían transgredir las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres. Esto supuso, pues, un límite al principio de autonomía de la voluntad de las personas. La evolución y la consiguiente extensión del adjetivo “internacional” se desenvuelven, así, en el marco del desarrollo de las relaciones exteriores propias de la Paz de Westfalia (1648), la cual supuso el reconocimiento de igualdad soberana entre los Estados, y que, naturalmente, ellos eran los únicos que podían producir obligaciones desde el derecho internacional. Era la época en que el derecho internacional era producido y elaborado, de forma exclusiva, por las autoridades estatales, las cuales se constituían como los amos y señores de los tratados²⁶.

37. De esta manera, esta noción de “orden público internacional” a la que alude la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional tenía sentido en el contexto de Estados que no tenían un especial interés por la apertura hacia lo internacional. Sin embargo, en la lógica del constitucionalismo peruano contemporáneo, esta clase de argumentos ya no serían viables.

Desde la Constitución de 1979, nuestro ordenamiento ha brindado importantes señales de apertura y de interacción con diversas fuentes del Derecho Internacional. Por ello, no es posible asumir, como lo hace la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, que el único derecho válido y vigente en el Perú es el producido exclusivamente por las autoridades estatales. En efecto, es

²⁶ Voto conjunto de los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez en el expediente 01739-2018-PA, fundamento 63



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

también obligatoria la observancia de los tratados que ha suscrito nuestro Estado, lo cual se desprende del principio *pacta sunt servanda*.

A ello debe agregarse que, por propia disposición del legislador democrático, las decisiones de los tribunales internacionales cuya competencia ha sido reconocida por el Estado peruano también fungen de parámetro de interpretación de los derechos fundamentales.

38. Por otro lado, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional también pretende demostrar cierta tendencia internacionalista al citar -aunque de forma tergiversada- el artículo 4 del Código de Derecho Internacional Privado - conocido como Código Bustamante-, de 1928, suscrito por el Perú, según el cual los "preceptos constitucionales son de orden público internacional".

39. Una primera observación inmediata que debe realizarse a este argumento radica en la notoria antigüedad de dicho tratado, el cual, evidentemente, debe ser entendido de forma conjunta con el resto de obligaciones asumidas por el Estado peruano.

La posición de la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, suscrita por los magistrados Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, se defiende con un acuerdo internacional que se remonta hacia casi aproximadamente un siglo.

No se pretende, con esto, descalificar a un instrumento internacional solamente por este factor, pero sí es importante advertir que, para la época en que se elaboró dicho acuerdo, no existían los modernos avances que existen en la actualidad en el ámbito del Derecho Internacional, ni mucho menos existía el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Indudablemente, la evolución de aquella disciplina ha modificado el entendimiento exclusivamente estatal del derecho. Se ha señalado, por ello, que

"aunque tradicionalmente se suele oponer a esta afirmación el que los procesos constituyentes (o de reforma de la constitución) son muestra excelsa del poder soberano de los Estados, *legibus solutus*, es claro que en el contexto actual del pensamiento jurídico tal afirmación resulta, cuanto menos, imprecisa"²⁷.

²⁷Santofimio, Jaime (2017), El concepto de convencionalidad. Bogotá: Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia, p. 323



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

40. Por otro lado, un segundo cuestionamiento tiene que ver con el hecho que la propia noción de orden público internacional se ha modificado con el tiempo, tal y como precisé con anterioridad.

La idea de invocar las normas internas para no reconocer la validez de actos jurídicos celebrados en el extranjero guardaba sentido en ordenamientos jurídicos cerrados, en los que no existía ningún nivel de interacción con fuentes del Derecho Internacional. Sin embargo, en nuestro modelo se dispone que el entendimiento del derecho interno debe efectuarse de conformidad con los tratados internacionales suscritos y en virtud de los criterios desarrollados por los tribunales internacionales constituidos según acuerdos ratificados por el Estado peruano.

Como ha sostenido Ignacio Gutiérrez, una constitución

“solo es democrática si está abierta al cambio; y, en el contexto de la globalización, sólo en la medida en que esté abierta la reconsideración de sus propios criterios de inclusión y de jerarquía: a reconocer la participación de los demás en decisiones que les afectan y a someterse a procesos de decisión más amplios en las cuestiones que la superan. Sólo es democrática la Constitución abierta al Derecho internacional”²⁸.

41. Un buen ejemplo de esta apertura se refleja en el fallo de la Corte Constitucional de Taiwán que reconoció la validez constitucional de los matrimonios entre parejas del mismo sexo. En este pronunciamiento se efectúan diversas referencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos para sustentar la posición del tribunal. Por ello, se señala que

[e]l fallo está fundamentado en el derecho internacional y las normas de derechos humanos. El fallo se basa en la doctrina de la no discriminación, un principio fundamental del derecho internacional consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y prácticamente en todos los principales tratados de derechos humanos tanto a nivel internacional como regional. Los órganos de tratados de las Naciones Unidas y los tribunales regionales han declarado repetidamente que la orientación sexual es un motivo prohibido de discriminación según el derecho internacional”²⁹.

²⁸ Gutiérrez, Ignacio (2020). Estado de Derecho y democracia más allá del Estado. En: Arroyo, Luis; Delgado, Isaac y Meix, Pablo (directores). Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos. Madrid: Iustel, p. 31

²⁹ Corte Constitucional de Taiwán. Interpretación N° 748, del 2017



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

42. De esta manera, y en virtud de los avances que se advierten en la comunidad internacional, me referiré al desarrollo que se le ha brindado al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que ello me permitirá rebatir la forma engañosa en la que la sentencia de la mayoría del Tribunal Constitucional aborda la interpretación del derecho a contraer matrimonio en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

iii) El matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

43. La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional sostiene que la Convención Americana no señala que el matrimonio sea un derecho de las parejas del mismo sexo, sino que se configura como un derecho del hombre y la mujer, es decir, de dos personas de sexo opuesto. De esta manera, y citando el contenido literal del artículo 17.2 de la Convención, señala que

“[e]s indudable [...] que la Constitución -leída a la luz del inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana- contiene la misma noción de matrimonio del Código Civil y la eleva al más alto rango jurídico. Al tener rango constitucional, la noción de matrimonio -según el Código Bustamante- es parte integrante del orden público internacional. Por tanto, no puede reconocerse en el Perú un derecho adquirido en el extranjero que colisione con esta noción”.

44. De esta manera, la sentencia suscrita por la mayoría solamente acude a una lectura literal y petrificada de la Constitución y de la Convención Americana para sostener que solo debe entenderse el matrimonio entre personas de distinto sexo.

Esta conclusión tiene tres serios inconvenientes: *i)* lo que se juzga en este caso es la decisión de un tercer Estado de permitir esta unión matrimonial; *ii)* no advierte que, de conformidad con los organismos internacionales, la interpretación de los derechos fundamentales es de carácter evolutivo y no es originalista; *iii)* no advierte que cuando las normas constitucionales e internacionales pueden ser concurrentes en un caso, se debe aplicar aquella que más favorezca los derechos de la persona.

i) En este caso, se está examinado la decisión de un tercer Estado de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo

45. En relación con el primer punto, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional solo se dedica a sostener que, de conformidad con nuestro



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

ordenamiento jurídico, no existiría el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.

No se detiene, por ello, a examinar si es que esto también supone que no se reconozca ninguna clase de unión de este tipo que, válidamente, pueda haber sido efectuada de conformidad con el derecho interno de otros Estados.

Si es que lo que sostiene la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional suscrita por los magistrados Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, fuera cierto, entonces el matrimonio entre personas del mismo sexo ingresaría al terreno de lo "constitucionalmente prohibido", ya que no solo es que no se pueda implementar esa unión a través de una reforma legal -al menos para la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional-, sino que cualquier intento de reconocer una unión de estas características en el Perú sería inválido.

46. Sobre este punto, es importante mencionar que la Constitución peruana reconoce un importante nivel de apertura para el reconocimiento de otras formas de comprender los derechos. Si a ello se agrega que la incorporación del matrimonio entre personas del mismo sexo -como lo ha hecho el Estado de Nueva York- resulta compatible con lo señalado en un pronunciamiento del órgano competente para interpretar la Convención Americana, esta regulación goza, con mayor razón, de un importante margen de autoridad que debería ser respetado por los demás Estados de la región, compartan o no esta posición.

En realidad, la ideologización a la que alude la sentencia -y que, supuestamente, estaría detrás de aprobación del matrimonio de personas del mismo sexo- viene de ella misma, ya que antepone sus creencias personales de lo que es o significa el matrimonio a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 24/17.

47. Me interesa, por ello, referirme al caso de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, órgano encargado de interpretar el derecho comunitario. Por lo general, se suelen citar los estándares de este organismo supranacional para respaldar la tesis de que los Estados tienen plena libertad de configurar el matrimonio entre personas del mismo sexo dentro de su jurisdicción. Ahora bien, esa referencia es incompleta, ya que este órgano supranacional ha sostenido que

en el estado actual del Derecho de la Unión, el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio y a la filiación, es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho de la Unión no restringe. Los Estados miembros disponen de ese modo de la libertad de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo en su Derecho nacional, así como la parentalidad de estas. No obstante, cada Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado UE relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir en el territorio de los Estados miembros, **reconociendo para ello el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este**³⁰ (énfasis agregado).

48. De ello se desprende que, incluso en el escenario de la Unión Europea -que se caracteriza por no obligar a que se reconozca el matrimonio igualitario-, si se reconoce que, si un tercer Estado ha optado por incorporar esta clase de vínculo, este debería ser respetado en el territorio de otro país que también integra dicha entidad supranacional.

Esto implica que, en ese modelo, es viable que los Estados decidan si reconocen o no el matrimonio igualitario en su derecho interno. Sin embargo, lo que no están facultados de hacer es desconocer una unión matrimonial que se hubiera celebrado según el derecho de otro Estado miembro de la Unión Europea.

Tampoco debe olvidarse que, de conformidad con los estándares regionales europeos, puede que no se haya hecho referencia a un deber de incorporar el matrimonio como única institución a la que puedan acceder parejas del mismo sexo; sin embargo, sí ha precisado que los ordenamientos nacionales deben dar alguna clase de respuesta ante esta clase de casos. No incorporar alguna solución sería una conducta evidentemente discriminatoria.

49. Puede advertirse que esta clase de argumentos no han sido analizados en la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional. No se brindan mayores razones por las que no se deba respetar la decisión de un Estado de incorporar en su regulación local el derecho al matrimonio entre las personas del mismo sexo. Esto es, aún más delicado, si es que recordamos que, en la actualidad, el Estado peruano se inserta en una comunidad internacional cada vez más abierta, tolerante y dispuesta al diálogo.

De hecho, se ha hecho referencia a que, en la actualidad, nos encontraríamos frente al desarrollo de una suerte de “globalización de las constituciones nacionales”, y ello en la medida en que, cada vez con mayor medida, los

³⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de la Gran Sala de 14 de diciembre de 2021, párr. 52.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTÍN OT
SERVÁN

tribunales internos toman en cuenta los desarrollos existentes en el ámbito internacional, sea a escala regional o mundial³¹.

La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, al simplemente ignorar lo sostenido por la Corte Interamericana, pretende instaurar un ordenamiento cerrado, en el que lo único relevante es la posición del Estado peruano. Esta clase de posiciones ya han sido superadas hace décadas.

- 
50. Ahora bien, de forma similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele ser citado como la experiencia de un organismo internacional que no ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo propiamente como un "derecho", ya que, al aplicar la doctrina del margen de apreciación nacional, estima que esta clase de regulaciones depende de los propios Estados. Sin embargo, es importante destacar que este tribunal también precisó que, dada la rápida evolución de las actitudes sociales en Europa en relación con las parejas del mismo sexo que se habían advertido en la última década, era artificial que se mantuviera la opinión de que tales parejas no podrían disfrutar una "vida familiar".

Por lo tanto, llegó a estimar que la vida que desarrollaban dos personas del mismo sexo ingresaba dentro de ese ámbito, a lo que agregó que las parejas del mismo sexo eran tan capaces como cualquier otra de entablar relaciones estables. La necesidad de proteger este tipo de uniones se advierte en el hecho que el Tribunal Europeo, si bien no sostiene que expresamente deba regularse el matrimonio en esta clase de casos, sí estima que debe brindarse alguna clase de medio alternativo para proteger las uniones entre parejas del mismo sexo³².

51. En el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos no existe, a la fecha, un pronunciamiento concluyente en relación con el reconocimiento del derecho al matrimonio de las personas del mismo sexo. Sin embargo, sí pueden destacarse diversos casos en los que se ha enfatizado la necesidad de no discriminar en función de la orientación sexual.

De hecho, en relación con el caso peruano, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha sostenido que nuestro Estado

"debe declarar clara y oficialmente que no tolerará ninguna forma de estigmatización social de la homosexualidad, la bisexualidad o la

³¹Krisch, Nico (2012). Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law. Oxford: Oxford University Press, p. 8

³²Ver, al respecto: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Schalk and Kopf vs. Austria. Sentencia de 24 de junio de 2010



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

transexualidad, ni la discriminación o la violencia contra personas por su orientación sexual o identidad de género. También debe modificar su legislación para prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género³³.

52. En este sentido, existe una importante tendencia en el ámbito internacional de reconocer las uniones entre parejas del mismo sexo, por lo que la decisión de un Estado de proceder a legalizar este vínculo no debería ser desconocida por el Perú. Efectuar analogías, como lo hace la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, en relación con la poligamia es solo una forma de intentar trivializar un legítimo derecho que, cada vez en mayor medida, se está regulando en los Estados. De similar forma, también pretende tergiversar la interpretación de la Convención Americana en relación con el artículo 17.2.

53. Es por ello que, como segundo punto, deseo referirme a que las tesis originalistas que emplea la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional para desentrañar el significado de nuestra norma fundamental no solo son obsoletos, sino que también perpetúan la discriminación en contra de las personas por su orientación sexual.

ii) *La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional no advierte que, de conformidad con los organismos internacionales, la interpretación de los derechos fundamentales es de carácter evolutivo y no es originalista*

54. Ahora bien, interpretar los textos constitucionales no es, ciertamente, una labor de sencilla realización. Por lo general existen discrepancias en relación con la forma en que los tribunales de justicia proceden a delimitar o a precisar los alcances de un precepto constitucional. Sin embargo, aunque estos desacuerdos no sean inevitables, sí pueden partir de ciertas premisas que coadyuven a la efectiva tutela de los derechos de la persona. Por ejemplo, en un conocido texto, Laurence Tribe y Michael Dorf se refieren a la forma de cómo *no debe* ser interpretada una constitución.

Estos autores parten por descartar, en el ámbito de los derechos, el uso de tesis originalistas, esto es, de aquellas posturas que consideran la posición asumida por los redactores del texto como absoluta.

Sostienen, por ello, que "incluso suponiendo que los Primeros Autores pensaran que la Constitución debiera ser la piedra de toque de la interpretación

³³Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú, aprobadas por el Comité en su 107º periodo de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013), fundamento 8.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

constitucional, no puede entenderse que la Constitución deba ser interpretada de forma tal que sólo se refiera a los temas que existieron doscientos años atrás³⁴.

55. Esta interpretación es especialmente sensible cuando lo que se discuten son derechos de las personas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la Convención, ha señalado “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”³⁵.

Esta tendencia de entender los instrumentos de protección de conformidad con el contexto histórico también ha sido resaltada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este órgano regional ha destacado que el Convenio Europeo es un instrumento vivo que debe ser entendido en virtud de las condiciones actuales.

Este criterio no es reciente en la jurisprudencia de este tribunal internacional, ya que se remonta al año 1978, en virtud de lo resuelto en el *caso Tyrer vs. Reino Unido*, y se ha consolidado en diversos casos posteriores.

De esta manera, los principales tribunales regionales de interpretación de los derechos coinciden en señalar que los textos de derechos humanos no deben ser entendidos en el contexto en que fueron aprobados, sino que se trata de libertades que se transforman con el tiempo y conforme a las necesidades existentes en cada momento histórico.

56. De similar forma, en el voto que emití en la STC 06040-2015-PA, recordé que, en el ámbito del derecho constitucional comparado, también se ha reconocido la doctrina de la interpretación evolutiva. Así,

la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que la interpretación evolutiva implica que “en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible a la luz de la Constitución [...] un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de constitucionalidad de una determinada norma” [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577/11, párr. 4.4.3.2]. Del mismo modo, en su histórica sentencia *Brown vs. Board of Education*, la Corte Suprema de Estados Unidos, al examinar la cuestión relacionada con la segregación racial, afirmó que “para accepcarse a este

³⁴ Tribe, Laurence y Dorf, Michael (2010). Interpretando la Constitución. Lima: Palestra Editores, pp. 44 y 45

³⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999, fundamento 114.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

problema, no podemos retroceder el reloj hasta 1868, fecha en la que la enmienda fue adoptada, o incluso a 1896, momento en el que fue escrita Plessy vs. Ferguson. Debemos analizar la educación pública a la luz de su desarrollo y su lugar en la vida americana" [Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. Brown Board vs. Education. 347 U.S. 492 (1953)]. Por su parte, el Tribunal Constitucional de España ha señalado que la lectura evolutiva de la Constitución implica que "la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante" [Tribunal Constitucional de España. STC 198/2012, FJ 9]. Finalmente, la Corte Suprema de Canadá ha sido enfática en reconocer que "el razonamiento según la idea de conceptos estáticos (frozen concepts) va en contra de uno de los principios más fundamentales de la interpretación constitucional canadiense: que la Constitución es un árbol vivo que, por vía de la interpretación progresiva, se acomoda y se ocupa de las realidades de la vida moderna" [Corte Suprema de Canadá (2004) 3 SC.R. 698].

57. De esta modo, la interpretación evolutiva es un método que encuentra amplio respaldo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional Comparado. Su uso en escenarios como este resulta indispensable, y ello en la medida en que permite resolver dilemas que no se encontraban en la mente de los constituyentes.

La sentencia suscrita por los magistrados Blume, Sardón, Ferrero y Miranda, en mayoría del Tribunal Constitucional trata de perpetuar un concepto de matrimonio y no examina el argumento relativo a que se trata de confrontar un problema histórico de exclusión de conformidad con los estándares existentes en el ámbito del Derecho Internacional.

Esta notoria tendencia, cada vez más notoria en América y en Europa, se puede ver reflejada en el siguiente cuadro, el cual fue elaborado por la organización benéfica Procon:

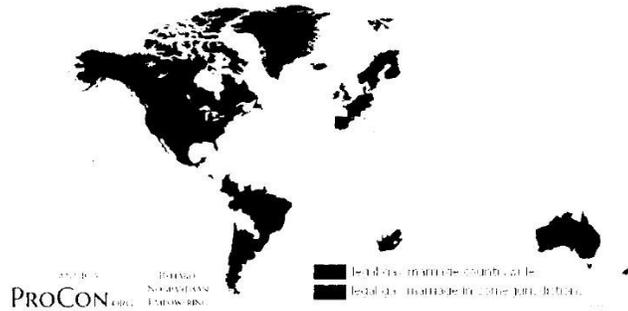


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVAN

Gay Marriage around the World

Countries with Legal Gay Marriage



[Handwritten signature]

58. Desde el año 2001 hasta la fecha, ya son 30 países los que han implementado el derecho a que la institución del matrimonio también pueda extenderse a favor de las parejas del mismo sexo. El cuadro también refleja que esta tendencia es particularmente fuerte en los países de Europa y América.

59. Como ya se ha examinado, es posible concluir que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos comparten la tesis relativa a que las uniones entre parejas del mismo sexo merecen ser reconocidas por parte de los Estados.

La diferencia entre ambos tribunales regionales radica en que, mientras para el primero esta unión puede que sea amparada por figuras o instituciones distintas a la del matrimonio, la segunda considera que la única forma de no vulnerar el principio de igualdad sería otorgando a todas las parejas la posibilidad de acceder a dicha institución, ya que optar por otra solución sería emplear una forma contemporánea de la conocida doctrina “separados, pero iguales”.

60. Sobre ello, considero que no permitir el acceso a una institución únicamente considerando la orientación sexual es un notorio caso de discriminación. Sobre ello, la Corte Constitucional de Austria ha señalado que “[e]l efecto discriminatorio resultante se refleja en que debido a los diferentes términos utilizados para designar el estado civil de una persona (‘casado’ vs. ‘conviviente’), las personas que viven en una relación con una pareja del mismo sexo tienen que revelar su orientación sexual incluso en situaciones en las que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

no tiene ni debe tener ninguna importancia y, especialmente en el contexto histórico de este problema, corren el riesgo de ser discriminadas³⁶.

61. Es importante recordar que el reconocimiento que, eventualmente, puedan hacer organismos internacionales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo tendrá un importante efecto al interior de los Estados, y ello no necesariamente porque conduzca a su inmediata implementación en virtud de un mandato judicial, sino porque visibiliza la problemática e incentiva el debate sobre esta posibilidad en el plano interno.

En esta clase de casos, los cambios normativos suelen tener importantes repercusiones a nivel social, ya que la ley en muchas oportunidades puede ser determinante para eliminar estigmas o prejuicios que puedan existir al interior de la sociedad.

De hecho, existen diversos estudios que demuestran que, en aquellos países en los que se legalizó el matrimonio entre parejas del mismo sexo, aumentaron los niveles de tolerancia en relación con las personas que integran estos colectivos. De similar forma, disminuyó la desaprobación de lo que implica la homosexualidad y se empezaron a notar cambios sobre la percepción de lo que ella supone³⁷.

- iii) *La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional no advierte que, cuando las normas constitucionales e internacionales pueden ser concurrentes en su aplicación en un caso, se debe aplicar aquella que más favorezca los derechos de la persona*

62. Finalmente, deseo referirme al hecho de que, aun asumiendo que podría existir una aparente contradicción entre las cláusulas constitucionales e internacionales, se debería seleccionar la norma que más favorezca el ejercicio de los derechos de la persona, en virtud del principio interpretativo *pro personae*.

En efecto, si es que asumiéramos, como lo hace la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, que nuestra Constitución no incorpora o deja abierta la posibilidad para que se regule el matrimonio entre personas del mismo sexo, entonces se podría destacar la existencia de una aparente contradicción entre nuestra norma fundamental y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado internacional que, según ha entendido la Corte

³⁶ Corte Constitucional de Austria. Sentencia de 4 de diciembre de 2017

³⁷ Ketola, Kimmo y Helander, Eila (2020) Same-sex Marriage and the Lutheran Church in Finland: How rapid changes in norms and values challenges the church and its decision-making. *Z. Religion Ges Polit*, Núm. 4, p. 319



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVAN

Interamericana, protege el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio.

En efecto, el proyecto suscrito por la mayoría simplemente ha decidido ignorar lo dispuesto en el artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional, el cual establece lo siguiente:

Artículo VIII. Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales

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 con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos.

63. Así, según el denominado “Nuevo Código”, los tribunales internos, cuando advierten una contradicción entre la Constitución y los tratados suscritos por el Estado peruano, no otorgan automáticamente prevalencia a uno de estos documentos.

En esta clase de casos, la autoridad jurisdiccional debe aplicar la disposición que reconozca en términos más amplios los derechos de la persona. Se trata de un criterio de resolución de tensiones entre cláusulas internas e internacionales que, de hecho, también se encuentra reconocido en la propia Convención Americana. Según el artículo 29.b de este tratado, ningún derecho debe ser interpretado en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados [...]”.

Se desprende, por ello, que para la propia Convención debe prevalecer el ordenamiento estatal si es que reconoce en términos más generosos el contenido de uno de los derechos contenidos en el referido tratado internacional.

64. La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional también ignora esto. Simplemente procede a desconocer las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano, como si se tratara de un ordenamiento ajeno al nuestro.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVAN

De esta manera, si se asumiera que nuestra Constitución no reconociera, desde ningún punto de vista, el derecho al matrimonio igualitario, no se podría desconocer que la Convención Americana sí lo hace. Por ello, existiría, en la lógica de la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, una aparente contradicción entre disposiciones.

De conformidad con el artículo VIII, debería examinarse cuál de estas dos posiciones favorece en mejor medida los derechos de la persona. Y esto no en virtud ya de lo que establece el propio Derecho Internacional, sino por mandato expreso del legislador democrático. Sin embargo, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, claramente con el propósito de evitar alguna clase de debate en el que se resalte su posición ajena a esta clase de uniones, no aborda tampoco este punto.

65. De similar forma, se aparta de una importante tendencia que, tanto en Europa como en América, reconoce el matrimonio igualitario. Deseo referirme a este último punto con un particular énfasis, ya que ello me permitirá demostrar que el Perú no solo está vulnerando recurrentemente los derechos de las personas que integran relaciones homoafectivas, sino que también ignora el desarrollo que, en otros países, está adquiriendo esta institución.

iv) **El matrimonio igualitario en el Derecho Constitucional Comparado**

66. La figura del matrimonio igualitario se remonta al año 2001, época en la cual los Países Bajos se convirtieron en el primer país del mundo en regular esta figura jurídica. Este no fue, sin embargo, un camino sencillo y ajeno a los obstáculos. Su aprobación obedeció a distintos debates e informes elaborados por académicos.

Entre estos documentos, es importante citar el histórico informe del Comité Kortmann, elaborado en octubre de 1997, el cual recomendaba la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, al mismo tiempo que desestimaba los argumentos en su contra. En particular, precisó que la cuestión de un posible efecto negativo sobre el matrimonio heterosexual aplica para una parte cada vez menor de la sociedad, la cual, en todo caso, podía seguir identificándose con un matrimonio desde la perspectiva de la Iglesia. Sin embargo, el gobierno se opuso a la introducción de esta figura.

Con posterioridad, específicamente en el año 2000, se presentó en el Parlamento el proyecto de ley que legalizaba el matrimonio entre personas del mismo sexo, el cual fue aprobado en septiembre por la Cámara de Representantes y en diciembre por el Senado. De esta manera, el 1 de abril de 2001, los Países Bajos se convirtieron en el primer país del mundo en permitir a parejas del mismo sexo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

casarse, otorgándoles acceso a una institución que tradicionalmente estaba disponible solo a parejas de diferente sexo³⁸.

67. La segunda experiencia en la que se reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo se presentó en Bélgica, concretamente en el año 2003. En aquel momento, existía un intenso debate en ese país a propósito de la fórmula para tutelar los derechos de las parejas del mismo sexo. Se había planteado, como alternativa, la posibilidad de una unión no matrimonial. Sin embargo, la ley de 13 de febrero de 2003 apertura la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, y no hace ninguna distinción entre “matrimonios homosexuales” y “matrimonios heterosexuales”. Se consideró que crear una figura distinta, aunque ella otorgara los mismos derechos que el matrimonio, hubiera sido una forma contemporánea de la doctrina “separados pero iguales”, que permitió que se discriminara en función de la raza en los Estados Unidos³⁹.

- Otro país escandinavo que ha reconocido el matrimonio igualitario es Islandia, país que incorporó este derecho en el año 2010. De hecho, es uno de los casos que ha suscitado mayor atención, ya que la primera ministra islandesa de aquella época, Johanna Sigurdardottir, había declarado públicamente su orientación sexual, lo cual ha permitido una mayor visibilización de estas uniones.

68. En el caso de Noruega, en el año 2009 se expidió la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. De forma novedosa, se expidieron diversas regulaciones que no solo permitieron la adopción a favor de estas parejas, sino que, por ejemplo, también reconocieron el derecho a las parejas lesbianas de ser asesoradas para los procedimientos de inseminación artificial patrocinados por el Estado, y otorgó la co-maternidad a la cónyuge de la madre biológica.

También se incorporaron preceptos sobre las relaciones entre las creencias religiosas con el Estado, y a los ministros y sacerdotes se les otorgó el derecho, mas no la obligación, de realizar ceremonias de boda para parejas del mismo sexo.

Ahora bien, el caso de Suecia, también de 2009, es importante de considerar, ya que, al igual que en Noruega, existieron diversas discusiones con las iglesias respectivas sobre la posibilidad que se celebren ceremonias en las que se realicen matrimonios entre estas parejas. Sin embargo, la ventaja en relación con

³⁸ Información extraída de: Trandafir, Micea (2014). The effect of same-sex marriage laws on different-sex marriage: Evidence from the Netherlands. *Demography*. Duke University Press, Vol. 51, Núm. 1

³⁹ Swennen, Frederick (2011). National Report: Belgium. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 19, Núm. 1, p. 66



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

el contexto noruega era que, en este país, las relaciones entre la Iglesia y el Estado no eran tan profundas, por lo que no fue excesivamente problemático su incorporación.

69. Un caso llamativo fue el de Portugal. En este país, mediante Decreto N.º 9/XI de la Asamblea General, se aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, el Presidente de la República solicitó, de conformidad con la Ley de Organización, Funcionamiento y Procedimiento del Tribunal Constitucional, que este órgano determine, en una inspección preventiva, la compatibilidad del matrimonio igualitario con la Constitución. Por ello, la Corte Constitucional, a través del Proceso n.º 192/2010, resolvió que tal regulación no resultaba incompatible con la Constitución de ese país, lo cual terminó por validar legalmente esta clase de uniones.

70. En Argentina, la Ley 26618 modificó diversos preceptos del Código Civil con la finalidad de incorporar el matrimonio igualitario. De esta manera, a través de la enmienda del artículo 172 de dicho cuerpo normativo, se resaltó que es indispensable "para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

De forma previa a la expedición de esta ley, el Juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N.º 15 (Expediente 34292-0), de la Ciudad de Buenos Aires, había sostenido que el referido artículo 172 era inconstitucional en la medida en que no permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo.

71. Una mención aparte merece el caso danés. Si bien no fue el primer país del mundo en reconocer el matrimonio igualitario, sí lo fue en cuanto al reconocimiento de los derechos de parejas cuyos integrantes eran del mismo sexo. Así, en 1989, a través de la *Danish Registered Partnership Act* (de 1 de junio de 1989), se implementó la *registreretpartnerskab*, una suerte de registro de uniones civiles entre parejas del mismo sexo.

El ejemplo danés fue relevante, ya que inició diversas discusiones en varios países europeos sobre la viabilidad en cuanto a la implementación de esta clase de figuras. Esta ley otorgaba a las parejas del mismo sexo varios derechos de los que ya gozaban las parejas heterosexuales, con excepción de la posibilidad de adoptar niños y el hecho que estas uniones no eran reconocidas por la Iglesia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Luterana estatal⁴⁰. Para el año 2012, ya se reconoció en este país el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio.

72. En el caso mexicano, en el amparo en revisión 581/2012 se reconoció que resulta discriminatorio el impedir que las parejas del mismo sexo accedan a la institución del matrimonio. De similar manera, la Tesis Jurisprudencial 43/2015 (10.a) precisó que la ley de cualquier entidad federativa “que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional”. Hasta este año, 26 de las 32 entidades federativas han incorporado esta institución.

73. En Francia, en febrero del año 2013 la Asamblea Nacional aprobó un proyecto de ley que reconocía el matrimonio entre parejas del mismo sexo, el cual fue confirmado por el Senado, aunque con modificaciones, en abril de ese mismo año. Diversos legisladores estimaron que esta normatividad era contraria a la Constitución de 1958, por lo que elevaron un recurso que fue examinado por el Consejo Constitucional.

Este órgano resolvió el caso, y sostuvo que, abriendo el acceso de la institución del matrimonio a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, el legislador ha estimado que la diferencia entre las parejas formadas por un hombre y una mujer y las parejas de personas del mismo sexo no justifica más que estas últimas no puedan acceder al estatuto y a la protección jurídica vinculados con el matrimonio; por lo que no correspondía al Consejo constitucional sustituir con su apreciación a la realizada por el legislador⁴¹.

74. En el año 2013, Uruguay también se unió al grupo de países que han reconocido las uniones matrimoniales entre parejas del mismo sexo. Así, a través de la Ley 19075, de Matrimonio Igualitario, se reconoció en el artículo 83 del Código Civil que el “matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo”.

En ese mismo año, en Nueva Zelanda se aprueba la *Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act*, la cual incorpora las modificaciones legislativas pertinentes para hacer operativo el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el año siguiente, Luxemburgo se unió al grupo de países que aprobaron leyes sobre esta clase de uniones.

⁴⁰ cfr. Wilson, Adrienne (1991). Same-sex Marriage: A Review. William Mitchell Law Review, Vol 17, Núm. 2, p. 540

⁴¹ Consejo Constitucional de Francia. Sentencia n° 2013-669-DC, de 17 de mayo de 2013, fundamento 22



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

En 18 de junio de 2014 se votó en la Cámara de Diputados esta propuesta. La votación final se produjo el 18 de junio de este mismo año, la cual, además de reconocer el matrimonio igualitario, incorpora otras reformas en relación con la edad legal para contraer matrimonio y, además, suprimió la obligatoriedad de los denominados exámenes prenupciales.

75. Otro de los casos paradigmáticos en este recuento es el de Irlanda. Este país se convirtió en el primero en el mundo en aprobar el matrimonio igualitario a través del referéndum, lo cual ocurrió en el año 2015.

El 17 de febrero de 2016, Finlandia se unió al grupo de países que incorporaron en su legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo, y abolió la anterior ley que permitía uniones no matrimoniales en esta clase de escenarios. Este fue, por lo general, un caso muy recurrente en varios países: primero se reconocía una figura similar a la del matrimonio, y, con posterioridad, se aprobaba una ley que, de forma específica, concedía el derecho al matrimonio a las parejas que son del mismo sexo.

En el año 2017, Malta -un país predominantemente católico en el que el divorcio fue ilegal hasta el año 2011- también se incorporó a este grupo de países. En dicho ordenamiento se preveía la posibilidad de la unión civil entre personas del mismo sexo desde el año 2014. También en el año 2017, en Alemania se agregó un nuevo párrafo al Código Civil del año 2002, y se dispuso que el matrimonio "es contraído por dos personas de diferente o del mismo sexo, para toda la vida". Se habilitó la posibilidad que aquellas parejas que se encontraban en una figura análoga a lo que sería la unión civil podían convertir su sociedad en un matrimonio.

En Australia, se actualizó la *Marriage Act* de 1961 con el propósito de precisarse que esta institución es la unión de dos personas, con la exclusión de todas las demás, constituida voluntariamente y que es de por vida. No fue una reforma expedida en un contexto aislado, ya que, a nivel federal, desde el año 2008 se habían impulsado un grupo de normas que pretendían brindar igualdad de derechos y responsabilidades a las parejas del mismo sexo en áreas como la seguridad social, el empleo, los impuestos y la jubilación.

76. En el caso del Reino Unido, en el año 2013 el Parlamento aprobó la *Marriage Act (same sex couples)*, la cual introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo para Inglaterra y Gales. Se permitió, como en el caso de Alemania, que las parejas puedan convertir su unión civil en matrimonio, y a las personas transexuales a cambiar su género sin tener que terminar su matrimonio existente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

En Escocia también se legalizó esta clase de uniones. Con la implementación del matrimonio en Irlanda del Norte en el año 2020, los países que integran el Reino Unido reconocieron de forma plena esta institución.

En el caso de este último, existieron diversas resistencias para su implementación. El *Law Reform Advisory Committee* de Irlanda del Norte sostuvo que la legislación existente hasta ese entonces era obsoleta y probablemente discriminatoria. En respuesta a una pregunta de la Asamblea dirigida al Poder Ejecutivo, este confirmó que, para el año 2012, no existían planes para la introducción del matrimonio igualitario. No fue, pues, una experiencia sencilla⁴².

77. En lo que ha transcurrido del año 2022, dos países han reconocido el matrimonio igualitario.

En el caso de Chile, la Ley 21400 modificó diversos cuerpos normativos con la finalidad de regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Entre otras cosas, se dispuso que las “leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones marido y mujer, marido o mujer, se entenderán aplicables a todos los cónyuges, sin distinción de sexo, orientación sexual o identidad de género”.

En Suiza, se celebró un referéndum con la finalidad de discutir la incorporación del matrimonio igualitario en ese país. De acuerdo con la información brindada por las autoridades, aproximadamente el 64% de los votantes aprobaron la propuesta.

Es importante agregar que, en el año 2005, aproximadamente el 58% de los votantes también se habían mostrado a favor de incorporar la institución de la unión civil para las parejas del mismo sexo, lo cual demuestra la tradición, bastante consolidada en Suiza, de someter a consulta asuntos que suelen ser sensibles en diversas sociedades.

78. De todo ello es posible advertir no solo que, cada vez en mayor medida, diversos países han incorporado el matrimonio igualitario. También se debe destacar que no todos ellos siguieron un camino similar. En algunos de ellos, que eran más abiertos a la deliberación de esta clase de asuntos, la aprobación definitiva se dio por el parlamento respectivo.

⁴² La información sobre la situación del Reino Unido se puede consultar a detalle en: Fairbairn, Catherine; Lyall, Heather y Campbell, Jane (2014) .Marriage of same-sex couples across the UK. Research Paper 54/14. Londres: House of Commons



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

En otras experiencias, ante la inacción legislativa, se tuvo que acudir a los tribunales de justicia.

Finalmente, con los casos de Irlanda y Suiza, se demuestra que también es posible discutir esta clase de asuntos a través de la convocatoria a referéndum. Este último método, al menos en nuestro ordenamiento, sería ciertamente más problemático, ya que cuestiones vinculadas con la posible restricción de derechos fundamentales no pueden ser sometidas a consulta popular.

79. En todo caso, deseaba destacar que no existe una fórmula única de reconocimiento del matrimonio igualitario. En el siguiente apartado, destacaré las razones por las cuales, en el ordenamiento peruano, ello debería ser realizado por el Tribunal Constitucional.

v) **La necesidad de interpretar el Código Civil a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales**

80. Expuesto todo el contexto precedente, desearé referirme a las disposiciones del Código Civil que regulan el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, y si es que estas son o no compatibles con la Constitución.

81. En la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, la mayoría del Tribunal señala que, en relación con la opinión consultiva que reconoce el derecho al matrimonio entre las parejas del mismo sexo, “Costa Rica no le pidió a la Corte Interamericana que legislara sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica ni menos en todos los países del hemisferio, incluso en los que no han suscrito el Pacto de San José”. Para sustentar esta afirmación, se refieren al voto singular del juez Eduardo Vio Grossi, que acompaña dicha opinión consultiva, y según el cual

la opinión consultiva no es vinculante para los Estados Parte de la Convención ni para los otros miembros de la Organización de los Estados Americanos, por lo que no procede que ordene la adopción de alguna conducta. (...) La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien convencer.

82. Así, pese a que la mayoría de magistrados considera en la sentencia suscrita que el sistema interamericano estaría “ideologizado”, lo cierto es que el uso de esta clase de argumentos solo demuestra que quienes tratan de reflejar sus preferencias personales en las decisiones judiciales son, precisamente, los que han aceptado el texto de la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, ya



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

que se refieren a las opiniones de los jueces de la Corte Interamericana solo cuando esta es compatible con su forma de entender las uniones entre parejas del mismo sexo. En efecto, la decisión aprobada por la mayoría de los integrantes del tribunal regional, y que reconoce que es un deber de los Estados el incorporar el matrimonio entre personas del mismo sexo, es inobservada por argumentos marcadamente formalistas en la sentencia suscrita por la mayoría.

83. En efecto, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional sostiene que la opinión consultiva

constituyó un exceso evidente de los seis jueces que la suscribieron. Cuatro años después de emitida, podemos constatar que ninguno de los treinticuatro países miembros de la Organización de Estados Americanos -a los que estaba dirigido su supuesto mandato- le ha hecho caso, salvo Ecuador, que es la excepción que confirma la regla. 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.

84. De esta manera, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional minimiza los importantes avances en la región americana señalando que estos no fueron producto del pronunciamiento de la Corte Interamericana, sino que fue una iniciativa de los propios Estados en sus respectivos ordenamientos.

Ahora bien, es importante recordar que, según se advirtió en el repaso histórico sobre la regulación del matrimonio igualitario, para la fecha en que la Corte Interamericana publica su sentencia (esto es, para el mes de noviembre del año 2017), los países americanos de Canadá (2005), Argentina (2010), Brasil (2013), Uruguay (2013), Estados Unidos (2015), México (2015) y Colombia (2016) ya contaban con el matrimonio igualitario. Sobre estos países, indudablemente, la Corte no tiene nada que agregar, ya que, en principio, estas regulaciones resultarían compatibles con la Convención.

85. Ahora bien, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional señala, de forma errada, que solo en Ecuador se ha implementado el matrimonio igualitario en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se evade, de esta manera, los casos de Costa Rica y de Chile.

En el caso del primer país, como ya se ha señalado, la Corte Suprema ha reconocido este derecho y se ha referido, en su pronunciamiento, a la opinión consultiva de la Corte.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

En el caso chileno, si bien la modificación se ha hecho a través de una ley, lo cierto es que, como se conoce, los diversos cambios que empezaron a implementarse en este país en temas de orientación sexual tienen como antecedente la sentencia de *Atala Riffo y otras vs. Chile*, pronunciamiento histórico en el que el tribunal interamericano reconoce que el principio de no discriminación también debe extenderse para los casos de la orientación sexual. Por lo demás, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional hace depender la solidez de los argumentos de la Corte Interamericana que sustentan el matrimonio entre parejas del mismo sexo de lo que hayan implementado los Estados en los respectivos ordenamientos internos a propósito del pronunciamiento, pero una vez más evade los notorios avances existentes en la región sobre este punto.

86. En todo caso, como sostuve en mi voto conjunto con el magistrado Ramos Núñez en la STC 01739-2018-PA,

las opiniones consultivas constituyen pronunciamientos de necesaria revisión por los operadores de justicia, ya que permiten a los distintos actores nacionales la adopción de todas aquellas medidas que estimen pertinentes para evitar un posible caso en el que se genere la responsabilidad internacional del Estado. Por otro lado, como se expuso supra, en la medida en que las autoridades nacionales deben adoptar todas aquellas medidas orientadas a garantizar, en lo posible, el adecuado cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, es indispensable que los criterios expuestos en las opiniones consultivas no sean simples aspiraciones programáticas, sino que sean parámetros que sean tomados en serio por parte de los operadores jurisdiccionales⁴⁷.

87. Por otro lado, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional se refiere a aspectos que no guardan ninguna relación con el debate sobre el matrimonio igualitario, y que, nuevamente, solo reflejan los prejuicios y preferencias personales de los magistrados (Blume, Sardón, Ferrero y Miranda) que han suscrito la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional.

La oposición, de esta manera, más que al criterio de la Corte parece direccionarse a la institución en sí misma. Así, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional trata de plasmar las disconformidades personales de los magistrados antes que una interpretación de la Constitución que sea abierta al ordenamiento internacional. Por ello, en la sentencia se señala que

⁴⁷ Voto conjunto de los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez en el expediente 01739-2018-PA, fundamento 119.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

[a]l soslayar la relación de los jueces y de los miembros de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana con sus países de origen y enfatizar que son elegidos con base en su “alta autoridad moral”, la Convención Americana abona el terreno para la ideologización del sistema interamericano de derechos humanos. Por definición, la moral es problemática y los dilemas que trata de resolver no admiten soluciones únicas o finales. Siempre caben nuevas perspectivas para analizar los dilemas morales. En una perspectiva pluralista y tolerante, no existen *expertos morales*.

88. La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional señala, así, que como la moral es problemática y acarrea diversos dilemas, no es posible adoptar una decisión sobre la viabilidad constitucional del matrimonio igualitario. Al respecto, debo manifestar mi preocupación y lamento de que jueces de una corte como el Tribunal Constitucional profieran expresiones de este tipo, las cuales solo pretenden descalificar a las personas que no piensan como ellos. Además, es extremadamente grave que, bajo argumentos de una supuesta “superioridad moral”, se pretenda alejar a los organismos internacionales de posibles vulneraciones de derechos humanos.

Como bien ha referido el Comité de Derechos Humanos en el caso *Toonen vs. Australia*, paradigmático por reconocer que la discriminación no se puede realizar en función de la orientación sexual,

“[e]l Comité no puede aceptar que, a los fines del artículo 17 del Pacto, las cuestiones de moral constituyan exclusivamente un asunto de preocupación para el país en cuestión, ya que ello permitiría que se eliminase de la lista de asuntos que ha de examinar el Comité un número potencialmente grande de leyes que representan una injerencia en la vida privada”⁴⁴.

89. En consecuencia, el filtro que ha establecido la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional suscrita por la mayoría de magistrados es que solamente se tutelarán aquellas posiciones jurídicas que no perturben el orden de creencias morales de los magistrados. Ellos, de esta manera, justamente se arrogan gozar de una “moralidad superior”, ya que deciden qué aspectos deben ser reconocidos por el ordenamientos y cuáles no, independientemente de lo que se haya señalado en el ámbito internacional y comparado.

90. Ahora bien, precisado lo anterior, surge la interrogante respecto de la forma en que deben ser interpretadas las cláusulas del Código Civil que, según la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, no permitirían el

⁴⁴Comité de Derechos Humanos. *Toonen vs. Australia*. Comunicación No. 488/1992, fundamento 8.6



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento peruano. En el proyecto suscrito por la mayoría, se señala que, de conformidad con el artículo 2050 del Libro X, Derecho Internacional Privado, del Código Civil,

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* [énfasis añadido].

91. La interpretación planteada por la mayoría del Tribunal estima que, en virtud de dicha disposición legal, no debe permitirse el reconocimiento, en el territorio peruano, de los matrimonios entre personas del mismo sexo, aunque estos hayan sido válidamente realizados en el extranjero. Ya he enfatizado en este voto que el hecho de ignorar los constantes avances en relación con la regulación de los derechos de las parejas del mismo sexo solo es una estrategia para seguir postergando esta clase de reclamos. Sin embargo, a ello debo añadir que, si se acepta la tesis planteada por la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, simplemente se decidiría no resolver el problema planteado ante este Tribunal y taparse los ojos frente a un problema que involucra la vida personal de dos seres humanos. En este punto, estimo necesario referirme a lo que ha señalado la Corte Suprema de Estados Unidos, entidad que, al analizar esta clase de reclamos, sostuvo que

el Estado hace del matrimonio algo más valioso por el significado que le otorga, por lo que la exclusión de sus estatus tiene el efecto de mostrar que los gays y lesbianas son desiguales en importantes aspectos. Degrada a gays y lesbianas para el Estado por dejarles fuera de una institución central de la sociedad de la nación⁴⁵.

92. En efecto, que el Estado peruano decida ignorar esta clase de solicitudes solo ocasionaría que, para la ciudadanía en general, existan ciudadanos y ciudadanas de segunda clase, cuyas legítimas aspiraciones y proyectos de vida no deberían ser atendidos. Puedo afirmar que, incluso, no me estoy refiriendo de forma específica a si el legislador peruano deba regular esta clase de matrimonios o no. Solo deseo precisar que, cuando esta unión ya ha sido aceptada en otro ordenamiento, y ella es compatible con los estándares existentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es sumamente grave que un Estado

⁴⁵ Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. Caso Obergefell vs. Hodges. La cita se encuentra en: Delgado, David (2017). Obergefell contra Hodges: La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. UNED. Revista de Derecho Político, N° 99, p. 346



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

decida ignorar este hecho y, de esta manera, proceda a relegar a este grupo de personas a una condición inferior. Como bien ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia,

el principio democrático no puede avalar “un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría” y que el principio de igualdad se opona, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría”. Fuera de la aproximación a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y desde el punto de vista del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido, últimamente se ha afianzado en la jurisprudencia la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo, “puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales”, cuya efectiva existencia supone, como en el caso de la pareja heterosexual, “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”⁴⁶.

93. No advierto, en todo caso, la existencia de alguna finalidad constitucional detrás de la restricción consistente no ya en la introducción directa en nuestro ordenamiento de la posibilidad de que parejas del mismo sexo contraigan matrimonio, sino en relación con la imposibilidad de que un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero sea reconocido solo porque dos personas del mismo sexo participaron en él.

En todo caso, los argumentos que suelen emplearse en contra de las uniones entre parejas del mismo sexo carecen de asidero en el seno de un Estado Constitucional. Tal y como ha referido la Corte Constitucional de Ecuador en el pronunciamiento que reconoció el matrimonio igualitario,

[a]lgunas personas consideran que hay que prohibir el matrimonio de personas del mismo sexo porque son anomalías, riesgos sociales, disfuncionalidades, trastornos psico-patológicos. Por éstas, el matrimonio de parejas del mismo sexo desestructurarían el núcleo familiar y, por tanto, conviene la exclusión. A juicio de la Corte Constitucional estos fines no podrían ser aceptables por dos razones. Primero, estas concepciones han sido superadas por la ciencia. En 1991, la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó la homosexualidad de su clasificación de enfermedades.²¹ Segundo, estas formas de concebir a las identidades diversas desconocen el derecho de las personas a la

⁴⁶Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577/11



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la igualdad y no discriminación⁴⁷.

94. Por otro lado, no se advierte que esta restricción esté orientada a la protección de derechos de terceros, los cuales no se ven perjudicados con la posibilidad que se permita el registro de matrimonios entre personas del mismo sexo que se hayan celebrado en el extranjero. Tampoco incide en las creencias religiosas de las personas o en su forma de entender el mundo.

No existe, por ello, alguna finalidad constitucional que justifique la interpretación efectuada por la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional. Como bien ha señalado la Corte Constitucional de Portugal:

parece claro que la concesión del derecho al matrimonio a personas del mismo sexo no afecta la libertad de las personas de distinto sexo para contraer matrimonio, ni altera los deberes y derechos que de él se derivan y la representación o imagen que ellos o la comunidad pueden atribuir a su estado civil. A menos, por supuesto, que la pérdida del valor simbólico del matrimonio en general se atribuya a la circunstancia de que ahora este estatus podría compartirse con parejas de orientación homosexual. Una concepción que estaría basada en una razón constitucionalmente ilegítima⁴⁸.

95. En el caso peruano, no existe ninguna figura legal que ampare los derechos de las parejas del mismo sexo. Las propuestas que se iniciaron para que ello ocurra han culminado en archivismientos.

Desde el año 1993, se han presentado proyectos que no han prosperado, y cada uno de ellos con propuestas diferentes. Así, Julio Castro Gómez, representante de la Izquierda Democrática, planteó en ese año que se reconozca a las parejas del mismo sexo derechos similares a los que surgían del matrimonio. Del mismo modo, en el año 2003 la congresista Martha Moyano presentó el proyecto de ley 09371/2003-CR, que establecía uniones civiles entre parejas del mismo sexo. Se requería, para ello, que la pareja hubiese convivido al menos durante un año y tener un domicilio legal en el Perú. Sin embargo, se establecía como importante restricción la imposibilidad de adoptar niños.

Finalmente, para el año 2017 se planteó la posibilidad del reconocimiento del matrimonio igualitario a través del proyecto de ley N° 961/2016-CR, a través del cual se proponía reconocer al matrimonio como "la unión voluntariamente

⁴⁷ Corte Constitucional de Ecuador. Caso N° 11-18-CN, fundamento 91

⁴⁸ Corte Constitucional de Portugal. Processo n.º 192/2010, fundamento 24



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

concertada por dos personas legalmente aptas para ella”. De similar forma, este proyecto tampoco se aprobó por parte del Pleno del Congreso.

96. Se demuestra, en consecuencia, que pese a que han existido diversas oportunidades en las que se planteó la posibilidad de reconocer los derechos de las parejas del mismo sexo, ninguna de las alternativas planteadas ha sido aceptada. Ni el matrimonio ni la unión civil han sido consideradas propuestas viables para nuestros legisladores.

Esto ha ocurrido desde el primer proyecto presentado en el año 1993. Por ello, es posible afirmar que, pese a que han transcurrido casi 30 años desde esa fecha, no se ha aprobado ningún solo proyecto que pretenda reconocer algún derecho a las parejas del mismo sexo.

97. Al respecto, existen dos importantes foros a través de los cuales se puede obtener el reconocimiento de ciertos derechos: el político (a través, por ejemplo, de leyes expedidas por los órganos legislativos) y el judicial (mediante el reconocimiento en un fallo de una alta corte nacional).

En una interesante investigación del año 2020, se indicaba que, de 29 países del mundo que habían introducido el matrimonio igualitario, 22 lo habían hecho mediante legislación, 4 países mediante decisiones judiciales y 2 por una mezcla entre decisiones judiciales y legislación (Taiwán y Australia). Se reflejaba en este trabajo que, por lo general, los Estados se enfrentarán al problema relativo al procedimiento de toma de decisiones para este asunto, por lo que deben decidir si esta clase de situaciones se resolverán en el foro judicial, el legislativo, o, inclusive, el popular. Como se señaló, el ejemplo irlandés puede ser tomado en cuenta como un modelo viable, el cual ciertamente, dependerá de la madurez cívica de cada país⁴⁹.

98. En el Perú, es posible estimar que la vía política no se encuentra en condiciones de reconocer este derecho. Todas las propuestas planteadas han sido archivadas y no ha existido, a la fecha, un debate serio en el Congreso de la República sobre la posibilidad de su incorporación. Del mismo modo, ha transcurrido un tiempo más que razonable para que el órgano legislativo adopte alguna decisión sobre la situación de las parejas del mismo sexo. Sin embargo, ninguna alternativa ha sido entendida como válida, y ello, después del tiempo transcurrido, habilita a los tribunales de justicia a intervenir con el propósito de evitar que estos escenarios de discriminación se perpetúen en el tiempo.

⁴⁹ Doyle, Oran (2020). Minority Rights and Democratic consensus: The Irish Same-Sex Marriage. *National Taiwan University Law Review*, Vol. 15, Núm. 1, p. 45



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVAN

99. Soy consciente que, en un Estado Constitucional, el primer llamado a configurar el contenido de los derechos fundamentales es el legislador democrático. Sin embargo, también advierto que no en todos los escenarios los órganos políticos estarán dispuestos a tutelar derechos de los grupos minoritarios, ya que el accionar de aquellos suele obedecer a lógicas de carácter mayoritario.

Es en esta clase de casos de desprotección en los que deben intervenir los tribunales de justicia. Un órgano como el Tribunal Constitucional no puede permanecer indiferente frente a las recurrentes vulneraciones de derechos derivadas del no reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo. Esto, según entiendo, legitima al Tribunal Constitucional a reconocer las uniones celebradas en el extranjero, y a exhortar a que esta institución también sea habilitada en el orden interno peruano.

En efecto, tal y como he demostrado en mi voto conjunto con el magistrado Ramos Núñez en el caso Oscar Ugarteche Galarza,

a diferencia de lo que ocurría en los siglos XVIII o XIX, en los que el derecho internacional era una problemática esencialmente a ser abordada por los Estados, en la actualidad es claramente evidente que los tribunales suelen conocer de casos en los que deben aplicarse directamente tratados, convenios, u otras fuentes del derecho internacional. Así, en la actualidad es posible notar que, en una considerable cantidad de Estados, los tribunales de justicia se han convertido en instituciones considerablemente relevantes para la protección y promoción del derecho internacional, ya que suelen desenvolverse en “zonas mixtas” en las que, por ejemplo, los tratados interactúan con el ordenamiento estatal⁵⁰.

100. Finalmente, la sentencia en mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional (Blume, Sardón, Ferrero y Miranda) señalan que, como nadie es dueño de la verdad, en consecuencia no es posible “imponer” la creencia de que el matrimonio igualitario es un derecho constitucional. De forma específica, señala que

[n]uestra Constitución propugna una sociedad abierta y democrática. Ningún Dueño de la Verdad ni Monopolista de la Virtud puede obligarnos a pensar de una manera o de otra. La sociedad peruana es una comunidad autónoma de hombres y mujeres libres, que estructuran su interacción por las normas que ellos mismos acuerdan a través de sus *representantes*. Tales normas pueden ser acertadas o desacertadas,

⁵⁰ Voto conjunto de los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez en el expediente 01739-2018-PA, fundamento 70



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

conducentes o inconducentes, apropiadas o inapropiadas; sin embargo, en cualquier caso, deben ser respetadas por quienes vivimos aquí. Todo peruano tiene derecho a criticar las normas existentes y sugerir su reforma, pero debe hacerlo por los canales adecuados y de la forma pertinente.

101. La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional olvida, como ya lo hemos señalado en este voto, que el Derecho Internacional forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. No es simplemente un conjunto de deberes que el Estado solo decida observar cuando los comparte.

Referirse a la sociedad peruana como una "comunidad autónoma" es desconocer décadas -sino es que acaso siglos- de evolución de la sociedad internacional y de la forma en que esta interactúa con los Estados y los supervisa con la finalidad de evitar escenarios de violaciones de derechos humanos.

Indudablemente, nadie es dueño de la verdad, y es por ello que existen tribunales de cierre en cuanto a la interpretación de los derechos. Si no existieran estos organismos, cada autoridad estatal, e incluso cada persona, intentaría imponer su visión del mundo al resto.

En todo caso, los tribunales internos bien pueden discrepar de la Corte, pero ello con la finalidad de optimizar los niveles de protección de las libertades básicas, no para disminuirlos.

La sentencia suscrita en mayoría por los magistrados del Tribunal Constitucional (Blume, Sardón, Ferrero y Miranda) insiste en una tesis interpretativa que impide que seres humanos accedan a una institución civil.

Esta no es una simple decisión "desacertada" (cito los términos de la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional). Es una vulneración de derechos que debe ser reparada.

102. Formuladas estas consideraciones a propósito del reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebradas en el extranjero, deseo referirme a los hechos concretos de este caso.

vi) Análisis del presente caso

103. Con fecha 16 de diciembre de 2015, don Andree Alonso Martinot Serván interpone demanda de amparo (folio 125) contra la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), con emplazamiento de su procurador público. Solicita que, tutelando sus derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

personalidad e igualdad, se ordene la inscripción, ante el Reniec, de su matrimonio, celebrado en el extranjero con Diego Alonso Urbina Fletcher, con los derechos y deberes que la ley franquca; y que, por ende, se inaplique al caso concreto lo dispuesto por el artículo 234 del Código Civil, que solo reconoce el matrimonio entre parejas heterosexuales (varón y mujer).

Alega que la referida norma impide al Reniec la inscripción de su matrimonio, que celebró en el extranjero (ciudad de Nueva York, Estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América), por el solo hecho de ser una unión afectiva estable entre dos personas del mismo sexo, resultando así inconstitucional e inconvencional a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

104. El 15 de marzo de 2016, la procuradora pública del Reniec contesta la demanda (folio 179) expresando lo siguiente: **a)** no se ha iniciado la vía previa, es decir, no se ha iniciado algún procedimiento administrativo ante el Reniec requiriendo el registro del acta de matrimonio del demandante; sin embargo, el demandante supone que tal requerimiento será rechazado por tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo y no por otra causal; **b)** no está solicitando el restablecimiento de un derecho adquirido o reconocido (y, por tanto, que deba reponerse), sino, por el contrario, pretende que por la vía de amparo se le reconozca un derecho que supuestamente le corresponde; **c)** no solo el artículo 234 del Código Civil impide la realización del matrimonio entre personas del mismo género, sino también la propia Constitución por cuanto, siendo el concubinato una figura concerniente al derecho de familia, como el matrimonio, resultaría ilógico afirmar válidamente que la Constitución tan solo prohíbe el concubinato entre homosexuales y que no imposibilita el matrimonio homosexual, porque no se consigna expresamente tal distinción por género en lo concerniente al matrimonio; **d)** a la luz de la documentación existente en el proceso y a la ausencia de etapa probatoria en este tipo de acciones, la jurisdicción constitucional se encuentra limitada para concluir si existió buena fe para la celebración del acto matrimonial y si existen las causas suficientes para demandar su ineficacia, en vista de que, tratándose de personas domiciliadas en el país, según su propia confesión, y que señalaron domicilio en el Perú y no en el extranjero al momento de celebrar el acto, y siendo conocedores de la vigencia de la legislación nacional, hayan recurrido a otro Estado que permite este tipo de acciones a fin de evadir las prohibiciones que, de manera general, establece el marco normativo que regula sus actos; **e)** pretender el reconocimiento de un matrimonio no regulado en el país, argumentando que fue válidamente celebrado en un país extranjero, representa un trato inequitativo para todos los demás connacionales que no tengan los recursos financieros para eludir dichas limitaciones con la celebración de su matrimonio en el exterior para posteriormente poder inscribirlos en el territorio nacional vía acción de garantías



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

constitucionales; y f) la argumentación de no discriminación no puede llevar al extremo de que un individuo pueda imponer sus ideas o preferencias personales sobre las normas de convivencia de su comunidad, las cuales nacen de las regulaciones de orden legal que se emitan a través de sus organismos legalmente reconocidos para tales actos, y en nuestra realidad las leyes peruanas no admiten el matrimonio entre personas del mismo género, como no la admitían otros Estados hasta que se modificó su legislación. Bajo este sustento, también se debería amparar las pretensiones de aquellos peruanos que al amparo de la legislación de algunos países de Oriente pretendan inscribir matrimonios polígamos, con el argumento de no discriminación.

105. El 15 de marzo de 2016, el procurador público especializado en materia constitucional dedujo la excepción de falta de legitimidad para obrar del emplazado (folio 193) expresando que se advierte claramente que la demanda se dirige contra el Reniec, por supuestas vulneraciones a sus derechos fundamentales en el procedimiento de modificación de su estado civil, por lo que solo a esta entidad puede considerarse como parte demandada. Recuerda que el marco jurídico de la procuraduría especializada en materia constitucional solo la autoriza a ejercer la defensa jurídica del Poder Ejecutivo en los procesos de acción popular, inconstitucionalidad o competenciales.

106. En este caso, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda al no existir en el Perú el derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo de aplicación el artículo 7, inciso 1 del Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307 (artículo 5, inciso 1 del anterior código, vigente cuando se presentó la demanda). De similar forma, la improcedencia se justifica en el artículo 7, inciso 4 del Código Procesal Constitucional (artículo 5, inciso 4 del anterior código), ya que, para la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, no se agotó la vía previa y no se habría acreditado que acontezca algunos de los supuestos de excepción al agotamiento de la misma previstos en el artículo 43 del mencionado código (artículo 46 del anterior código).

107. En relación con el primer punto, ya he señalado en este voto que un adecuado entendimiento del capítulo de Derecho Internacional Privado del Código Civil es aquel que considera, además del derecho producido exclusivamente al interior del Estado, a la normatividad internacional que ha reconocido el Perú en los diversos tratados que ha ratificado.

De esta manera, no existe sustento constitucional alguno para impedir en reconocimiento, en nuestro ordenamiento, de una unión matrimonial entre personas del mismo sexo que fue celebrada válidamente en los Estados Unidos,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

y más aún cuando esta posición es compatible con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

108. De similar modo, he precisado que, si seguimos la posición asumida por la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, estaríamos generando que en territorio peruano habiten ciudadanos de segunda categoría que no podrían celebrar diversos actos jurídicos.

Indiqué, sobre esto, que no existe ninguna finalidad constitucional válida que sustente esta posición, ya que los cuestionamientos en contra de las parejas del mismo sexo suelen originarse por prejuicios que ya han sido superados hace una considerable cantidad de tiempo. Así, no reconocer esta clase de uniones solo incentiva la instauración de un modelo de Estado cerrado -superado hace décadas y que, por lo demás, no se condice con los postulados constitucionales-, ajeno a cualquier desarrollo que pueda efectuarse en la arena internacional.

109. Ahora bien, en relación con el argumento sobre la falta de agotamiento de la vía previa, debo destacar que ella solo debe ser transitada si es que se comprueba que existe una tutela idónea y efectiva en dichos procedimientos.

Esto es, si es que la administración no está en la posibilidad real de amparar el reclamo formulado, entonces no existirá el deber de transitar toda la vía, tal y como lo exigiría el artículo 7.4 del denominado "Nuevo Código Procesal Constitucional".

Sobre ello, debo destacar que, en la medida en que para el momento en que se interpuso la demanda la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún no había desarrollado los estándares relativos al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, resulta evidente que este pedido ante la administración estaba condenado de antemano al fracaso.

En esa medida, no existía la obligatoriedad de agotar una vía que no estaba en la posibilidad de amparar su reclamo. Ello es aún más evidente si se recuerda que, en nuestro modelo, los órganos de la administración no pueden inaplicar normas legales, ya que esa es una función reservada a la judicatura.

110. Por otro lado, también deseo destacar que la demora por una eventual tramitación de un pedido ante el Remiec es otro argumento importante que justifica la exoneración del deber de agotar la vía previa.

En este caso, cada día que transcurre desde que se interpuso la demanda solo es un cúmulo de impedimentos legales para la pareja recurrente. Es por ello que también se justifica que no se haya agotado el trámite correspondiente, ya que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

esperar el desarrollo de este trámite solo generaría mayores perjuicios para AndreeAlonsoMartinotServán y Diego Alonso Urbina Fletcher.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque corresponde:

1. 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.
2. **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que proceda a la inscripción de la unión matrimonial entre AndreeAlonsoMartinotServán y Diego Alonso Urbina Fletcher, la cual fue celebrada en el Estado de Nueva York.
3. **SOLICITAR** a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en el escenario que reciban alguna comunicación relativa a la negativa de la inscripción del matrimonio entre AndreeAlonsoMartinotServán y Diego Alonso Urbina Fletcher, pueda brindarle un trámite celeré, ya que, en la actualidad, esta decisión, avalada por el Estado peruano, afecta sus derechos a la identidad y libre desarrollo de la personalidad.

S. 
~~LEDESMA NARVÁEZ~~

Como la presente resolución, sin recurrir a la firma digital, como se había dispuesto por Acuerdo de Pleno del 13 de mayo de 2022, toda vez que ese mismo día el magistrado Flavió tomó juramento a los nuevos integrantes del tribunal, lo que imposibilitó continuar con la firma digital.

9/6/22

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto que me merece la opinión de mis colegas, me permito presentar el siguiente voto singular, en el cual se considera **FUNDADA** la demanda de autos.

I.- Los antecedentes del caso:

1. Con fecha 16 de diciembre de 2015, don Andree Alonso Martinot Serván interpone demanda de amparo contra la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), con emplazamiento de su procurador público. Solicita que, tutelando sus derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, se ordene la inscripción, ante el Reniec, de su matrimonio, celebrado en el extranjero con Diego Alonso Urbina Fletcher, con los derechos y deberes que la ley franquea; y que, por ende, se inaplique al caso concreto lo dispuesto por el artículo 234 del Código Civil, que solo reconoce el matrimonio entre parejas heterosexuales (varón y mujer). Alega que la referida norma impide al Reniec la inscripción de su matrimonio, que celebró en el extranjero (ciudad de Nueva York, Estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América), por el solo hecho de ser una unión afectiva estable entre dos personas del mismo sexo, resultando así inconstitucional e inconvencional a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. La contestación de la demanda presentada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante Reniec) expresó lo siguiente:
 - a) no se ha iniciado la vía previa, es decir, no se ha iniciado algún procedimiento administrativo ante el Reniec requiriendo el registro del acta de matrimonio del demandante; sin embargo, el demandante supone que tal requerimiento será rechazado por tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo y no por otra causal;
 - b) no está solicitando el restablecimiento de un derecho adquirido o reconocido (y, por tanto, que deba reponerse), sino, por el contrario, se pretende que por la vía de amparo se les reconozca un derecho que supuestamente les corresponde;
 - c) no solo el artículo 234 del Código Civil impide la realización del matrimonio entre personas del mismo género, sino también la propia Constitución por cuanto, siendo el concubinato una figura concerniente al derecho de familia, como el matrimonio, resultaría ilógico señalar válidamente que la Constitución tan solo prohíbe el concubinato entre homosexuales y que no imposibilita el matrimonio homosexual porque no se consigna expresamente tal distinción por género en lo concerniente al matrimonio;
 - d) a la luz de la documentación existente en el proceso y la ausencia de etapa probatoria en este tipo de acciones la jurisdicción constitucional se encuentra



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

limitada para concluir si existió buena fe para la celebración del acto matrimonial y si existen las causas suficientes para demandar su ineficacia, en vista de que, tratándose de personas domiciliadas en el país, según su propia confesión, y que señalaron domicilio en el Perú y no en el extranjero al momento de celebrar el acto, y siendo conocedores de la vigencia de la legislación nacional hayan recurrido a otro Estado que permite este tipo de acciones a fin de evadir las prohibiciones que, de manera general, establece el marco normativo que regula sus actos;

e) pretender el reconocimiento de un matrimonio no regulado en el país, argumentando que fue válidamente celebrado en un país extranjero, representa un trato inequitativo para todos los demás connacionales que no tengan los recursos financieros para eludir dichas limitaciones con la celebración de su matrimonio en el exterior para posteriormente poder inscribirlos en el territorio nacional vía acción de garantías constitucionales; y,

f) la argumentación de no discriminación no puede llevar al extremo de que un individuo pueda imponer sus ideas o preferencias personales sobre las normas de convivencia de su comunidad, las cuales nacen de las regulaciones de orden legal que se emitan a través de sus organismos legalmente reconocidos para tales actos, y en nuestra realidad las leyes peruanas no admiten el matrimonio entre personas del mismo género, como no la admitían otros Estados hasta que se modificó su legislación. Bajo este sustento, también se debería amparar las pretensiones de aquellos peruanos que al amparo de la legislación de algunos países de Oriente pretendan inscribir matrimonios polígamos con el argumento de no discriminación.

3. Por su parte, el procurador público especializado en materia constitucional dedujo la excepción de falta de legitimidad para obrar del emplazado expresando que se advierte claramente que la demanda se dirige contra el Reniec por supuestas vulneraciones a sus derechos fundamentales en el procedimiento de modificación de su estado civil, por lo que solo a esta entidad puede considerarse como parte demandada. Recuerda que el marco jurídico de la procuraduría especializada en materia constitucional solo la autoriza a ejercer la defensa jurídica del Poder Ejecutivo en los procesos de acción popular, inconstitucionalidad o competencias.
4. En primera instancia o grado se declaró fundada en parte la demanda y ordenó que, previo trámite administrativo, se inscriba en el Reniec el matrimonio civil del recurrente realizado en el extranjero. Asimismo, declaró improcedente la inaplicación del artículo 234 del Código Civil. A tal efecto, consideró que solamente el artículo 234 del Código Civil prescribe que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, y que esta es la norma por la cual la entidad emplazada interpreta que no se puede inscribir el matrimonio de los amparistas; empero, se debe recordar que los fines legales no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

son necesariamente los fines constitucionales, pues la facultad que le otorga el artículo 4 de la Constitución al legislador para regular el matrimonio no le faculta para que restrinja el derecho de las personas de elegir con quien contraer matrimonio, por lo que la entidad administrativa realiza dicha interpretación en forma literal y aislada, prescindiendo del resto de normas del sistema jurídico, pues no lo hace al amparo del bloque de constitucionalidad que garantiza la igualdad de los ciudadanos para acceder al matrimonio el derecho a no ser discriminado por ninguna autoridad administrativa; y si a la luz de la Constitución no le es claro a la entidad demandada realizar dicha interpretación, conforme a la OC-24/17 (Opinión Consultiva realizada por Costa Rica), que ha establecido con claridad en el punto 8 de la parte resolutive que “[d]e acuerdo a los artículos 1.1 (Todos los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención), 2 (persona es todo ser humano), 11.2 (nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o familia), 17 y 24 (todas las personas son iguales ante la ley) de la Convención, es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. (...)”. En tal sentido, el artículo 234 del Código Civil, en sí mismo, no es prohibitivo, establece un enunciado que puede ser interpretado de varias maneras, y si permite varias maneras de interpretación, conviene realizar la más adecuada a las reglas de interpretación constitucional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que la Opinión consultiva citada es de obligatorio cumplimiento.

5. En segunda instancia o grado se revoca la apelada, y, reformándola, declaró improcedente la demanda, por considerar que la negativa del Reniec de convalidar o registrar el matrimonio civil celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo es conforme a las disposiciones de rango constitucional y legal del ordenamiento jurídico peruano, de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte. En consecuencia, en atención a los artículos 5.1 y 38 del Código Procesal Constitucional, declaró improcedente la demanda, por cuanto no advirtió afectación al contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales invocados.

II.- La constatación de una situación de discriminación por orientación sexual

6. Como es de conocimiento general, el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, a lo que se añade que “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

7. Al respecto, y como también es de conocimiento general, en torno al principio-derecho de igualdad, se debe precisar que este tiene dos manifestaciones relevantes: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. El análisis de la igualdad en la ley no es central en el presente caso, pero es importante señalar, siquiera a modo de información básica, que constituye un límite para el legislador, en tanto la libertad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose prohibido de establecer distinciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En cuanto a la segunda manifestación (igualdad en aplicación de la ley), el derecho a la igualdad se configura como un límite para la actuación de entidades privadas o públicas, y entre estas últimas, las de carácter jurisdiccional. Se exige que estas entidades, al momento de aplicar la ley, no deben atribuir una consecuencia jurídica distinta a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales.
8. Por ende, y en tanto y en cuanto las alegaciones de la parte demandada así como de la resolución de segundo grado o instancia para rechazar la demanda, en una particular interpretación de un artículo del Código Civil peruano, conviene analizar si aquí se ha vulnerado el derecho de igualdad en la aplicación de la ley de los demandantes.
9. Es cierto que este Tribunal en alguna de sus composiciones ha señalado que el artículo 2.2 de la Constitución peruana recogería una serie de categorías consideradas sospechosas de discriminación, pues asume que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico (STC 2317-2010-PA, fundamento 33). Es más, aquí la presunción de constitucionalidad de los actos de quien tiene autoridad se pierde, siendo más bien la autoridad quien tiene la responsabilidad (carga de la prueba) de demostrar que al efectuar distinciones no se intenta discriminar.
10. Muchas veces se ha manifestado que la lista colocada en el artículo 2.2 de nuestra Constitución, en principio, es una lista expresa de “categorías sospechosas”, pero, luego, no se cierra la posibilidad de atender elementos potencialmente discriminatorios con la referencia en el mismo artículo constitucional que acabo de reseñar (“de cualquier otra índole”).
11. Ahora bien, con todo respeto creo que aquí se apela a una innecesaria disquisición más propia de una tradición jurídica distinta a la nuestra (la norteamericana), vinculada a la necesidad de, según la materia en que se produzca la diferenciación, pueda justificarse una evaluación (escrutinio) más o menos intenso sobre la justificación (o mejor dicho, la constitucionalidad de una diferenciación) llegando en algunos temas a plantearse la existencia de “categorías sospechosas”, situaciones donde, según la jurisprudencia de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Suprema Corte Federal estadounidense, se dan con mayor habitualidad casos de discriminación, recurriéndose en csas situaciones al escrutinio fuerte y no a uno intermedio o a un escrutinio débil .

12. La técnica de los escrutinios apela a que el margen de evaluación de las y los diversos intérpretes sobre la justificación de las diferentes alegadas tendrá una intensidad variable según el tema en el cual se ha efectuado la distinción. En la mayoría de las materias el escrutinio o justificación de la diferencia efectuada a aplicarse será denominado escrutinio mínimo o débil. Allí la valoración efectuada giraría en el análisis sobre la legitimidad del objetivo en el cual se sustenta la distinción, así como acerca de la adecuación de los medios empleados para alcanzar dicho objetivo.
13. A su vez, mediante el escrutinio intermedio utilizado para materias como las de género, en donde tradicionalmente muchas veces las diferencias establecidas han encerrado pautas discriminatorias. Aquí la valoración a realizar busca responder la pregunta sobre si es realmente importante la relación existente entre la diferencia (clasificación) empleada y el objetivo buscado en esa medida distinta. Dicho en otros términos, deberá acreditarse la importancia de la distinción efectuada como medio para asegurar el fin deseado.
14. Y llegamos nuevamente, ahora sí en su contexto original, a las “categorías sospechosas” (en Estados Unidos, por decisión jurisdiccional, se incluye allí lo referido a la razón o condición social, religión, etnia, orientación sexual, minusvalía, relación entre nacionales y extranjeros en materia laboral, o diferencias entre hijos matrimoniales o extramatrimoniales). Aquí se aplicará el escrutinio estricto o fuerte que, como ya adelanté, parte de una inversión en la carga de la prueba, pues es la dependencia estatal la que deberá justificar si había una razón imperiosa para imponer la norma que recoge la distinción y si realmente era indispensable establecer un trato diferente en estos temas para obtener los objetivos buscados.
15. Todo ello suena muy importante, pero considero que está cargado de una poco útil carga subjetiva. Es difícil determinar cuáles son las razones que llevan a colocar a una materia dentro de un escrutinio a otro. Asimismo, es complejo ubicar un problema concreto (por ejemplo, el que padece un grupo de jubilados) al interior de una u otra categoría (en este ejemplo, edad o género), lo cual a su vez condiciona el escrutinio aplicable. Complicaciones realmente innecesarias en el Perú, pues nuestra Constitución, precisamente en su artículo 2.2, no hace precisamente una lista taxativa, sino una enunciativa de los supuestos en los cuales puede generarse situaciones discriminatorias.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

16. Es más, en el Perú, y por un uso innecesario de estos escrutinios, el Tribunal Constitucional concluyó que, a pesar de no encontrarse en la lista constitucional expresa de motivaciones discriminatorias, “la edad se entenderá como tutelada por expresión “cualquier otra índole”, afirmación en rigor absolutamente innecesaria por obvia. No es pues necesario en el Perú hablar de “categorías sospechosas”, frente a las cuales la carga de la prueba de las diferencias se hace mayor o admite variantes de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso I.V. contra Bolivia, con sentencia del 30 de noviembre de 2016. Allí, si bien se reclama una tutela reforzada frente a supuestos de discriminación, se señala que establecer supuestas jerarquías como las de las “categorías sospechosas” es recurrir a criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales (párrafo 240).
17. No hay pues, en el ordenamiento jurídico peruano, materias “más discriminatorias que otras”, ni cabe al antojadizo uso del escrutinio estricto para temas como el de la edad, que es en los Estados Unidos de Norteamérica parte de un escrutinio débil, como erróneamente lo hace una anterior sentencia de este Tribunal (ver STC. 5157-2014-PA, fundamento 31). Y es que lo que se debe aplicar en el Perú se deduce de la lectura de la versión inglesa del artículo 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el cual reclama, en todos los temas donde se hace diferencias, actuar sin discriminación.
18. Aquello es lo que motiva a su vez la construcción planteada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su famoso test de igualdad, el cual consta de los siguientes pasos:
- a) Encontramos ante situaciones comparables (existencia de un *tertium comparationis*).
 - b) Existencia de un fin u objetivo lícito (o por lo menos no prohibido ni contrario a los fines considerados como esenciales para el fundamento de una sociedad democrática), que motive el trato diferenciado.
 - c) Configuración de medidas concretas que guarden relación con el objetivo a alcanzar (examen de racionalidad), pero que sobre todo, sean adecuadas a dicho objetivo o fin (examen de proporcionalidad).
19. Esta es la fórmula que en su momento acogió la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que mayoritariamente ha utilizado nuestro Tribunal, sin recurrir a discutibles “categorías sospechosas”. Cosa distinta es que comprobemos cómo en nuestro país, y por diversas razones, hay sectores que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad. Sin negarse ello, basta con aplicar con rigor un test de igualdad para detectar como los y las integrantes del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

colectivo LGTBIQ son en nuestro país sistemáticamente expuestos a situaciones de discriminación, e inclusive a acontecimientos donde se pone en riesgo sus propias vidas, a través de los denominados “crímenes de odio”.

20. Justo es anotar que esta situación no es exclusiva del Perú, y que los y las integrantes del colectivo LGTBIQ son a nivel mundial también un sector de la población tradicionalmente discriminado. Así, por ejemplo, los “principios de Yogyakarta” (o “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género”) resaltan como históricamente el colectivo LGTBIQ ha sido víctima de violaciones a sus derechos como consecuencia de su orientación sexual. En esa misma línea la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2008; el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género de 2012; o la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género del año 2016.
21. La realidad peruana no escapa de este tipo de preocupaciones. El Gobierno mediante el Decreto Supremo 002-2018-JUS aprobó el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, con un lineamiento estratégico que incluyó a la comunidad LGTBIQ. Importante también es el Informe Defensorial N° 1715, sobre los derechos humanos de las personas LGTBIQ, entre otros documentos.
22. Se ha impuesto también que la orientación sexual no heterosexual no constituye una enfermedad o una patología. Eso lo ha reconocido la Organización Mundial de la Salud desde 1990, o la Asociación Psiquiátrica Americana (APA) desde 1973. Y luego de ello, un largo etcétera, que puede enmarcarse en la siguiente aseveración: no nos encontramos ante una enfermedad o una patología, pero si ante una materia a la cual debe protegerse frente a su continua exposición a situaciones de discriminación.
23. Ahora bien, y para cerrar este aparte de nuestro texto, la orientación sexual, en su tratamiento concreto en el país, debe ceñirse a parámetros convencionalizados, los cuales buscan preservar condiciones de igualdad en el ejercicio de la orientación sexual de cada quien. Por ende, y tomando en cuenta lo señalado por la Cuarta Disposición Final de la Constitución vigente, debe hacerse de acuerdo con lo previsto en todos los tratados que el Estado peruano haya suscrito (y entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos), la jurisprudencia dictada por los organismos de interpretación vinculante de dichos tratados (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y con las normas con carácter de *iuscogens*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

III.- La necesidad de reconocer y proteger los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la orientación sexual de prácticas discriminatorias

24. Sin llegar a los extremos de Bobbio, cuando señala que lo importante de la fundamentación de los derechos era establecer su protección, no puede negarse que la satisfacción de nuestras necesidades humanas básicas expresadas mediante esas capacidades de dar, hacer o no hacer que son los derechos, no es completa sino cuenta con canales especiales, específicos y eficientes para su protección. Ya he resaltado en un anterior apartado de este texto, la importancia de respetar la orientación sexual de cada quien. A ello, si alguna duda quedaba, habría que añadir que, sin ese respeto, hablar del libre desarrollo de la personalidad de cualquiera de nosotros es poco menos que una quimera. Ahora es cuando toca preguntarse cuán eficiente es el actual marco garantista que se le otorga a estos derechos.
25. Si nos manejamos con un concepto amplio de lo que se entiende por garantías, la relación de declaraciones, tratados y demás pronunciamientos emitidos a favor del respeto a la orientación sexual y su vinculación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad nos genera un escenario de buenas expectativas. El reconocimiento constitucional en el Perú, que reconoce el derecho a no ser discriminado por su orientación sexual (que se desprende del artículo 2 inciso 2) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (como consecuencia de la lógica del artículo 2 inciso 1), apuntan bien. A nivel de garantías procesales, el Código Procesal Constitucional habilita en su artículo 37 inciso 1 que el Amparo procede para la tutela del derecho a no ser discriminado por razón de su orientación sexual.
26. El Tribunal Constitucional peruano además ha desarrollado importantes pronunciamientos en contra de la cosificación de las personas y la tutela del libre desarrollo de la personalidad (ver. por ejemplo, las SSTC 2868-2004-PA/TC y 0032-2010-PI/TC). Sin embargo, todo esto puede devenir en absolutamente insuficiente.
27. Me explico: siempre es necesario tener presente que en un Estado Constitucional el poder es limitado y también, aunque a veces resulte peligroso reconocerlo, tener presente que el contenido y el ejercicio de todos los derechos reclama límites. Ahora bien, estos límites a los derechos, máxime si están intrínsecamente vinculados a nuestra propia subsistencia y el desarrollo de nuestros proyectos de vida, deben encontrarse escrupulosamente justificados si lo que se va a limitar es la plasmación de nuestra orientación sexual o del libre desarrollo de nuestra personalidad. Allí no cabe bajo el argumento de contentar la satisfacción de un sector -inclusive mayoritario- imponer a otros(as) la vida



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

que ese sector considera “perfecta” y “correcta”. Como bien señala este mismo Tribunal en su STC 0032-2010-PI, “toda medida perfeccionista se encuentra proscrita” (fundamento 50).

28. Tampoco cabe, aquí en nombre de supuestamente proteger los proyectos de vida propios, un paternalismo que con sutileza o sin ella, intenta (y a veces lamentablemente logra) llevarnos a lo que se considera mejor para cada quien. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Ríffo y niñas contra Chile*, señaló con claridad que “el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que se incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas” (párrafo 133). No basta con el reconocimiento del colectivo LGTBIQ, sino que es también vital el reconocimiento de que puedan hacer todo aquello que les permita plasmar sus diferentes proyectos de vida. Y entre ello debería estar, como no, el reconocimiento de matrimonios igualitarios como una apuesta de una pareja por compartir sus esperanzas e ilusiones de manera conjunta, y si es posible, hasta el final de sus días.
29. En este escenario, reconocer la existencia del colectivo LGTBIQ, pero negarle la oportunidad de, por ejemplo, el reconocimiento de su vida en pareja, encierra, necesario es decirlo, una cruel manera de discriminar, pues digo que tienes derechos pero en realidad no te los reconozco; o te reconozco algunos derechos pero sin justificación razonable te niego otros que libremente si pueden ejercer aquellas personas de orientación sexual heterosexual, los derechos son de todos y todas, o de ninguno(a). Reconocer una cobertura recortada de derechos a algunos(as) sin un debido sustento, o como consecuencia de fórmulas “perfeccionistas” o “paternalistas” es en realidad establecer que odiosa e indeseablemente hay personas “completas” o “de primera” y personas “incompletas” o de “segunda”. Y ello es absolutamente inaceptable, máxime si viene instaurado o asumido por entidades cuya verdadera finalidad debería ser satisfacer las necesidades humanas básicas de todos(as), permitiéndoles que el pleno ejercicio de sus derechos solamente admita limitaciones razonablemente justificadas.

IV.- Los argumentos de Reniec para no atender la pretensión planteada

4.1. Sobre la supuesta falta de agotamiento de la vía

30. Reniec ha señalado que debe declararse improcedente la demanda, dado que no se ha iniciado la vía previa, es decir, no se ha iniciado algún procedimiento administrativo ante el Reniec requiriendo el registro del acta de matrimonio del demandante; sin embargo, el demandante supone que tal requerimiento será



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

rechazado por tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo y no por otra causal.

31. Sobre el particular, es menester señalar que la parte demandante viene solicitando básicamente que se ordene la inscripción, ante el Reniec, de su matrimonio, celebrado en el extranjero con Diego Alonso Urbina Fletcher, con los derechos y deberes que la ley franquea; y que, por ende, se inaplique al caso concreto lo dispuesto por el artículo 234 del Código Civil, que solo reconoce el matrimonio entre parejas heterosexuales (varón y mujer). Al respecto, cabe preguntarse primero si el reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero no constituye más bien un juicio de puro Derecho para el cual no parece ser necesario contar con una etapa probatoria. Además, es conocido el hecho de que Reniec ha denegado, en anteriores oportunidades, el derecho a la igualdad de una pareja de esposos al discriminarlos en razón de su orientación sexual (ejemplo, caso Oscar Ugarteche), es más, dicho órgano en lugar de allanarse a la demanda, la contradice y presenta alegatos que resultan claramente discriminatorios, con lo cual, lo más aconsejable pareciera ser recurrir directamente al proceso de amparo.
32. Siendo esto así, el presente caso involucra un juicio de puro Derecho que se dilataría innecesariamente si en la vía administrativa se interpusieran las solicitudes correspondientes, teniendo de antemano todos y cada uno de los pronunciamientos de dicho órgano registral con la denegación de asuntos de igual índole. El sustento del argumento de Reniec se nos presenta entonces como de gran debilidad, por decir lo menos.

4.2. Sobre la supuesta infracción al orden público internacional

33. Aquí tengo básicamente dos cosas que anotar: algo sobre los alcances que la ponencia quiere darle al concepto “orden público internacional”, y luego algo más acerca de lo que ahora se entiende al respecto. En un primer momento la noción de orden público internacional era planteada como una excepción, de última ratio para eludir eventuales compromisos contraídos en el extranjero y que no querían honrarse en el país. El alegato más habitual es que nos encontrábamos ante situaciones que, de ser aceptadas quebrarían, o irían en contra del Estado interpelado, o irían contra valores básicos dentro de dicho Estado que serían violentados por la normativa o las actuaciones extranjeras.
34. Además de no encontrar en el pedido de los demandantes nada que pueda alegarse que genere tanto peligro, y lo que, como veremos luego, estamos más bien de lo constitucionalmente posible en el Perú y que no encuentra prohibición alguna en el ordenamiento jurídico peruano (además de resaltar una manera de evitar se incurra en actos de discriminación a ciudadanos y ciudadanas en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

función a su opción sexual), importante es anotar como en estos últimos, con una dinámica que tiende a la integración de los diferentes ordenamientos jurídicos ha dejado completamente de lado esa antigua concepción del orden público internacional.

35. Y es que se debe entender que hoy se da un radical cambio en lo que se entiende por “orden público internacional”. Esta noción se encuentra más bien ligada a que los diferentes Estados respeten sus diversos compromisos internacionales (tratados suscritos respecto a la interpretación vinculante de dichos tratados), así como las disposiciones con carácter de *iuscogens*. Y al mismo tiempo implica para los diversos Estados la imposibilidad de establecer trabas para el cumplimiento de estos tratados, los pronunciamientos vinculantes que se desprenden de estos tratados y las disposiciones con carácter de *iuscogens*. Para decirlo en pocas palabras, se invoca el “orden público internacional” para desconocer o incumplir actuales alcances tal como veremos en este mismo texto.

4.3. La consideración de un supuesto reconocimiento constitucional al matrimonio heterosexual que proscribe un sustento de este tipo al matrimonio igualitario

36. La Constitución peruana, en su artículo 4, establece un reconocimiento y reclama una protección a la familia y al matrimonio como instituciones de gran relevancia dentro de nuestro ordenamiento, y presupuesto para el ejercicio de una serie de derechos fundamentales. Una institución constitucionalmente garantizada, para decirlo en términos más técnicos. Ahora bien, y lo que es necesario resaltar, en ningún caso la Constitución establece como válido un tipo de familia o una clase de matrimonio.
37. Esta configuración constitucional ha permitido al Tribunal Constitucional frente a la mora del legislador, dar respuestas a situaciones anteriormente no previstas pero que ahora se nos presentan como datos ineludibles de la realidad, que la labor de concretización que corresponde al juez(a) constitucional no puede soslayar.
38. Eso es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso “Schols Pérez”. La Constitución no establece un modelo de familia, y el legislador únicamente había establecido regulación en el Código Civil para las familias nucleares desconociendo, por ejemplo, la existencia en la realidad de otras fórmulas de familias, como son las familias ensambladas. El Tribunal Constitucional peruano reconoce la cobertura constitucional de la familia ensamblada, en la línea de lo previsto en el artículo 4 de la Carta de 1993. Ese mismo pedía entonces alegarse sobre el matrimonio civil: que en el Código Civil se haya reconocido finalmente un tipo de matrimonio (el matrimonio heterosexual), no implica que no exista sustento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

constitucional o convencional para el reconocimiento de otro tipo de matrimonios.

39. Sin embargo, por motivos que no comparto se intenta realizar una interpretación a todas luces forzada de la Constitución para, en base a ello, intentar justificar que solamente habría cobertura constitucional al matrimonio heterosexual (e incluso tratar de proyectar una confesa descalificación del matrimonio igualitario recurriendo a una ya doctrinariamente superada comprensión del orden público internacional). Se lee el artículo 5 de la Carta de 1993, destinado a establecer una protección a ciertos supuestos de convivencia heterosexual estricto sensu para de allí “dar el salto” a un supuesto reconocimiento (exclusivo y excluyente) del matrimonio heterosexual a nivel nacional.
40. Con el debido respeto que merece toda comprensión distinta a la nuestra, considero que en términos de interpretación (e incluso de integración) jurídica, nos encontramos ante un esfuerzo insostenible.
41. Me explico: en primer lugar, no puede hacerse una interpretación analógica entre dos instituciones de distinta naturaleza. El matrimonio no es el concubinato y por ende, lo que es invocable en uno no lo es necesariamente en el otro. En segundo término, el concubinato no es un matrimonio “en pequeño” o “incompleto”, y por ende, lo que es aplicable al concubinato *a fortiori* no es predicable del matrimonio. Y finalmente, aún asumiendo que estuviésemos ante situaciones que hubiesen podido ser sometidas a un razonamiento analógico o a una consideración *a fortiori*, estas fórmulas no pueden ser utilizadas para restringir el alcance de derechos o instituciones.
42. El juez(a) constitucional tiene necesariamente que ser creativo en su labor interpretativa de la Constitución, pero debe ser respetuoso de ciertos parámetros, y uno de ellos es sin duda, lo que dice el texto de la misma Constitución, lo que se infiere razonablemente de su texto o de una lectura convencionalizada del mismo. No existe pues consagración constitucional del matrimonio heterosexual. Lo que existe más bien es una cobertura dentro de lo constitucionalmente posible para el matrimonio igualitario, como veremos luego.
43. Ahora bien, y en todo caso, una discusión sobre el supuesto reconocimiento constitucional de una forma o fórmula de matrimonio de manera excluyente frente a otros, no parece un argumento de improcedente. Lo que pareciera aquí es encerrarse, bajo argumentos sin duda muy respetables, es un pronunciamiento sobre los alcances de una institución constitucional, dándole coberturas mucho más limitadas, en base a ello se alega una supuesta vulneración del orden público internacional, un verdadero pronunciamiento sobre el contenido y el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

Objetivo de lo pretendido es en este caso (el reconocimiento de un matrimonio igualitario válidamente suscrito en el extranjero). Dicho en otras palabras, por el fondo de la controversia.

V.- Resolviendo el caso planteado, completando nuestra discrepancia con los votos de mayoría

5.1. El margen de competencias de Reniec y su necesaria relación con el reconocimiento y tutela de necesidades humanas básicas

44. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), es, como se sabe, conforme con lo señalado en el artículo 183 de la Constitución “tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, divorcios, defunciones y otros actos que modifican el Estado Civil” (en ese mismo sentido, entre otras, la STC 04729-2011-PHD, fundamento ocho). El artículo 2 de su Ley Orgánica añade que se encuentra bajo su responsabilidad la organización y el mantenimiento del registro único de identificación de las personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil. Importantes funciones sin duda; pero que, dentro de un Estado Constitucional, deben ejercerse de acuerdo con los principios, disposiciones, derechos y deberes recogidos en la Constitución de nuestro país, o que se desprendan de su lectura sistemática o convencionalizada.
45. Y es que no existe Estado Constitucional en serio si sus entidades, públicas o privadas, no actúan conforme a parámetros constitucionales. Eso no quiere decir que todas ellas, por cumplir y hacer cumplir la Constitución, tengan la posibilidad de, por ejemplo, ejercer control difuso, como alguna vez lo dijo erróneamente alguna sentencia de este Tribunal felizmente ya rectificadas. Lo que quiere decir es que cada cual debe actuar dentro de sus competencias, y, sobre todo, respetar los derechos y atribuciones de los demás.
46. Aquello tiene especial relevancia en el caso de Reniec. Como entidad con autoridad, su accionar debe seguir al menos parámetros de razonabilidad, racionalidad, deber de motivación y corrección funcional. Ahora bien, y a ello hay que añadir el mismo artículo 183 de la Constitución y el artículo 7 de su Ley Orgánica le otorgan, entre otras funciones, velar por el respeto de la identidad de la persona y demás derechos inherentes a ella. Y dentro de esos derechos inherentes a la identidad de las personas están, cómo no, el no ser sometidos a tratos discriminatorios, y el respeto a su orientación sexual y al libre desarrollo de la personalidad de cada quien.
47. Por ende, son muchas las veces que el Tribunal Constitucional peruano se ha debido pronunciar exigiendo al Reniec exigiendo el cumplimiento de sus responsabilidades constitucionalmente establecidas. No debiera negarle a nadie



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

tener un documento nacional de identidad; no debería regatear el acceso a dicho documento a personas adultos mayores o a quienes lo han perdido en situaciones debidamente justificadas; no debiera negarse a rectificar los datos referidos al estado civil o a la identidad de género de las personas; no debería, finalmente, impedir que se reconozca un matrimonio celebrado en el extranjero sin justificación razonable, alegando razones insuficientes o, como veremos a continuación, desconociendo los derechos fundamentales que debería defender, o incumpliendo los parámetros constitucionales y convencionales asumidos por nuestro país que directamente inciden en su labor.

5.2. La labor de concretización del juez(a) constitucional y su fin último: la posibilidad de satisfacer necesidades humanas básicas, sobre todo de sectores vulnerables

48. El constitucionalismo contemporáneo no es el mismo que motivó en su momento las revoluciones burguesas, o aquel que rigió antes de la Segunda Guerra Mundial. se ha pasado, no sin sobresaltos, dificultades y hasta eventuales retrocesos, de un constitucionalismo de límites (donde el eje de la preocupación del constitucionalismo era el de la limitación del poder para así evitar su ejercicio abusivo sobre los ciudadanos y ciudadanas) a un constitucionalismo de derechos (donde el aspecto primordial es el de otorgar a la ciudadanía, y sobre todo a los sectores más vulnerables, la posibilidad de satisfacer de sus necesidades humanas básicas y su desarrollo interno, necesidades frente a las cuales lo que hoy conocemos como derechos son sus más calificados expresores en una sociedad determinada.
49. En ese contexto, la responsabilidad del juez o la juez constitucional es muy grande. Reconoce que existe una pluralidad de intérpretes vinculantes de la Constitución de su país, pero es el principal responsable de la concretización de las disposiciones, principios, valores derechos, deberes y preceptos recogidos en una Constitución (o que se desprendan de su lectura sistemática o convencionalizada). Entonces, si se trata de la protección de los derechos (y sobre todo, de los derechos de las minorías, quienes en los hechos menos pueden disfrutar de esos expresores de sus necesidades humanas básicas expresores a los que sabemos denominar derechos), el juez(a) constitucional no puede contagiarse de la mora o el silencio de otros intérpretes vinculantes de la Constitución, y si existe cobertura constitucional para ello, se encuentra en la obligación de desarrollar, dentro de lo constitucionalmente posible, el contenido de capacidades que permitan la plena satisfacción de las necesidades humanas básicas de todos y todas, y sobre todo, de quienes tradicionalmente han sido sometidos a situaciones de discriminación .



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

50. Eso es lo que hizo en su momento este Tribunal en el ya aquí mencionado caso “Schols Pérez”, más no solamente en esa ocasión. Este Tribunal, con la actual composición, e incluso contando con el voto de algunos de quienes ahora configuraron el voto de mayoría, admitió una interpretación directa y conforme a la Constitución del tema de los migrantes en el caso “Mesquita de Oliviera”, dejando de lado toda la normativa entonces vigente, la cual prohibía la reagrupación de un migrante extranjero con su familia peruana. Y junto a ello, un largo etcétera.
51. Es más, eso es precisamente lo que han hecho juezas y jueces constitucionales en varios países del orbe para precisamente reconocer el matrimonio igualitario (y no solamente la mera inscripción de un matrimonio regulatorio celebrado en otro país). La labor de un matrimonio igualitario celebrado en otro país). La labor, por ejemplo, las Cortes Supremas estadounidenses, argentina y costarricense, o del Tribunal Constitucional del Ecuador, han ido en ese sentido: han asumido el rol tuitivo y de interpretación directa a la constitución que les corresponde, sin esperar al legislador(a), sino más bien, con su actitud, impulsando a quienes legislan a pronunciarse luego con detalle al respecto.

5.3. La relevancia de lo señalado por la Corte Interamericana al respecto

52. Durante el debate surgido al respecto, hay quien, alegando la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, la cual reclama que los derechos en el Perú deben comprenderse de acuerdo con lo prescrito en los tratados de los cuales nuestro país parte, toman la lectura del artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos para luego señalar que el sistema interamericano ya se ha optado por un modelo de matrimonio que de manera exclusiva y excluyente implica una relación entre hombre y mujer. Nada más lejano de la realidad, como se verá de inmediato.
53. Y es aquí que se genera un problema parecido al ya descrito en el plano nacional. La letra de la convención 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. Y es que en materia de tutela de necesidades humanas básicas y de límites al poder, las lecturas literales con un alcance restrictivo son siempre contraproducentes al rol tuitivo que justamente un sistema de protección supranacional busca consolidar. Cabe aquí recordar cómo en nuestro Tribunal Constitucional desde el caso “LizanaPuelles”, donde una lectura literal, sistemática y contraria al parámetro convencional de un artículo de nuestra Constitución que fue justamente descartada por inconstitucional por quienes integraban el Tribunal Constitucional de ese entonces.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

54. 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 “AtalaRiffo” 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.
55. Lo expuesto aquí reclama varias aclaraciones frente a algunas cosas dichas sobre el particular, seguramente por falta de información. En primer término, debe entenderse con claridad la naturaleza de una Opinión Consultiva de la Corte: no se trata de una recomendación, sino de un pronunciamiento vinculante para todos los Estados que admiten las competencias de Corte, hecho a propósito de una consulta hecha en abstracto (de allí su nombre de Opinión Consultiva, para diferenciarlo de la competencia contenciosa de la Corte, basada en la resolución de controversias específicas). Sobre cómo debe interpretarse una norma o una presente o futura interpretación de una norma de alguno de los órganos obligados a seguir la interpretación de la Corte. Dada una Opinión Consultiva, lo resuelto allí es de cumplimiento inmediato, tal como lo demostraron las actuaciones de la Corte Suprema de Costa Rica e incluso del Tribunal Constitucional del Ecuador, Estado que por cierto no formuló la Opinión Consultiva correspondiente.
56. En segundo lugar, se ha dicho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha prohibido el matrimonio igualitario, y eso no es cierto. El Convenio Europeo de Derechos Humanos no hace mención alguna al respecto y el Tribunal, en una muy conocida sentencia (Schalk and Kopf contra Italia, del 24 de junio 2010), reconoce que estamos ante una materia en evolución, ante la cual deja a los diferentes Estados sometidos al Tribunal un margen de apreciación para que estos tomen la regulación que consideren conveniente en sus contextos específicos. Dejar libertad de acción no es denegar.
57. 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 sentido en base a una discutible



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

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, 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.

58. Explico de inmediato los alcances de lo que acabo de decir. Aquí hay una clara situación comparable (*tertiumcomparationis*): 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.

59. Y es que, en estricta aplicación del test de igualdad ante situaciones comparables no veo que la distinción 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 los demandantes puedan 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 Interamericana, luego de lo resuelto en la Opinión Consultiva 24, es a todas luces previsible: Condena al Estado Peruano, la cual no va a implicar solamente el reconocimiento del matrimonio igualitario de los demandantes 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.

60. Por todas estas consideraciones mi voto es por 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 de los demandantes. En ese mismo tenor, debe ordenarse a Reniec que inscriba el Acta de Matrimonio Civil celebrado en los Estados Unidos de Norteamérica por los señores Andree Alonso Martinot Serván y Diego Alonso Urbina Fletcher y que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú asuma los costos procesales generados por la presente controversia.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Lo que certifico:
Flavio Reátegui Apaza
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ANEXO 3: DIAPOSITIVAS

**ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL MATRIMONIO
EN LA LEGISLACIÓN PERUANA - PLENO
SENTENCIA 172/2022
RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE
02743-2021-PA/TC**

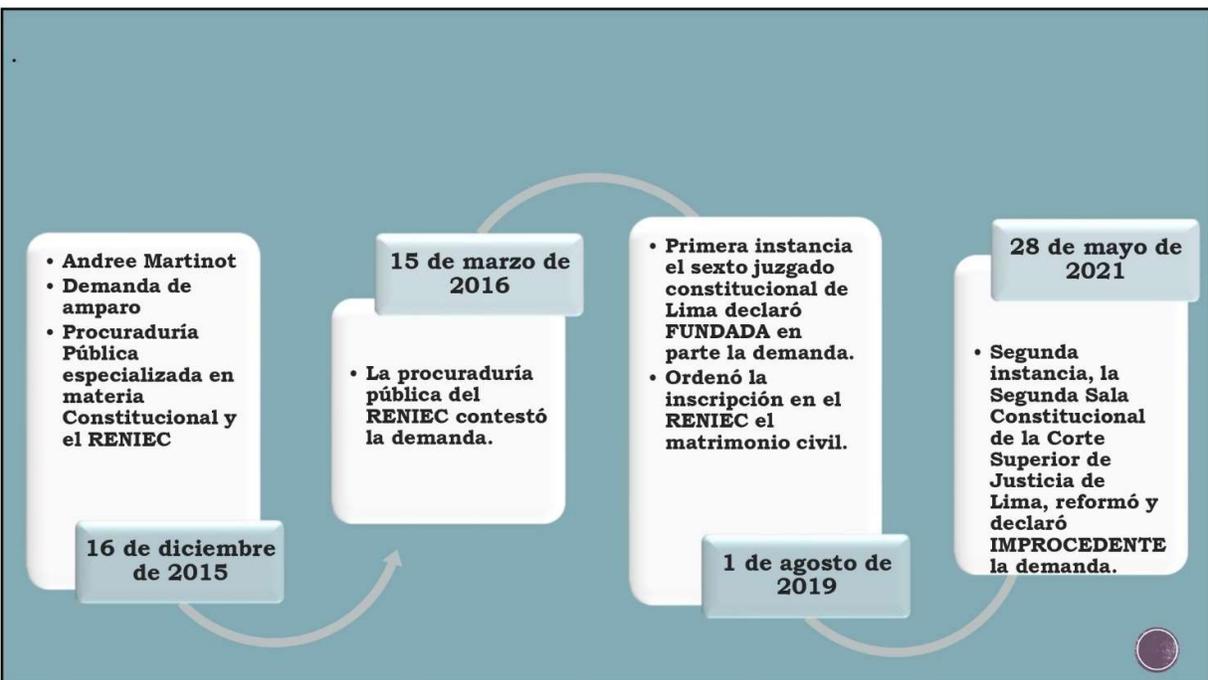


TEMA DE DISCUSIÓN:
MATRIMONIO IGUALITARIO

Expositoras:

- ✓ **Angela D. Gómez Simons**
- ✓ **Cinthia N. Babilonia Ruiz**







Andree Alonso Martinot Serván y Diego Alonso Urbina Fletcher



▪ **Recurso de agravio constitucional en la demanda de amparo de Andree Martinot Serván y Diego Urbina Fletcher.**

LPDERECHO.PE

TC declara improcedente reconocimiento de matrimonio de dos varones celebrado en el extranjero

Expediente 02743-2021



						
ERNESTO BLUME FORTINI 3/6/2014* 3/6/2019**	MANUEL MIRANDA CANALES** 3/6/2014* 3/6/2019**		JOSÉ LUIS SARDÓN DE TABOADA 3/6/2014* 3/6/2019**	MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ 3/6/2014* 3/6/2019**	ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA 3/6/2014* 3/6/2019**	AUGUSTO FERRERO COSTA 4/9/2017* 4/9/2022**

4 votos IMPROCEDENTE
2 votos A FAVOR

Análisis de la controversia

- **Artículo 2050 del Libro X, Derecho Internacional Privado del Código Civil:**

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.

- **Artículo 234 del Código Civil:**

Se define al matrimonio como una unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer.

- **Inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos:**

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.

- **Inciso 1 del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:**

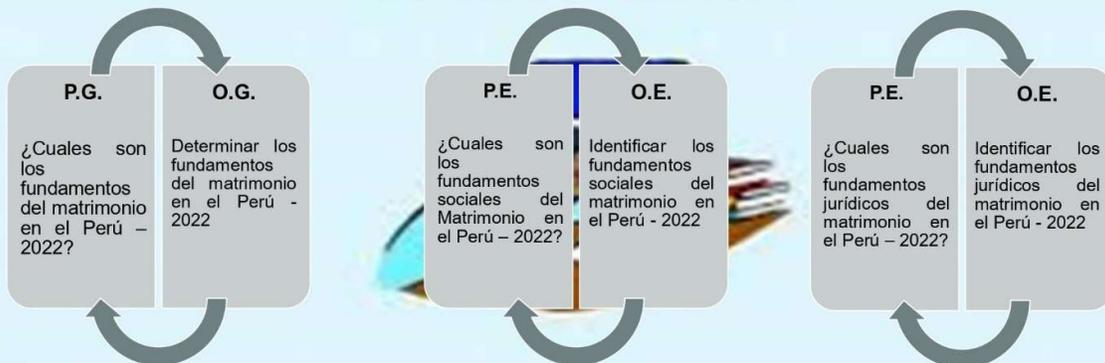
Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

- **Inciso 2 del artículo 23 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:**

Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.



PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA



Ministerio de Educación Superior

Asesoría Jurídica, 2011

JUSTIFICACIÓN E **IMPORTANCIA**

Toda persona, sin distinción de su opción o preferencia sexual

Goza de los derechos fundamentales.

Siendo la dignidad, la igualdad y la no discriminación

La prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, vulnera dichos derechos

HIPOTESIS

Los fundamentos del matrimonio en el Perú son sociales, culturales y jurídicos, fundados en el derecho natural y la no violación de derechos fundamentales, por la primacía de la Constitución

VARIABLES

- Variable 1: Dependiente
- Variable 2: Independiente

INDICADORES

SOCIALES – CULTURALES – JURÍDICOS

METODOLOGIA

TIPO Y
DISEÑO

- Descriptiva y no experimental

MUESTRA

- Constituida por la Sentencia 172/2022
- Recurso de Agravio Constitucional del Proceso de Amparo N° 02743-2021-PA/TC

TECNICAS E
INSTRUMENTOS

- Técnicas de análisis documental
- Aplicando como instrumento la ficha de recolección de datos

Prog.
Recolección

- Se analizo la Sentencia 172/2022
- Se analizo los votos singulares de los diferentes magistrados
- Se extrajo los fundamentos de las sentencias y votos
- Recolección de datos por las autoras del método de caso
- La información fue procesada haciendo uso de la C, CC, Convenciones y Tratados, CPC, etc.

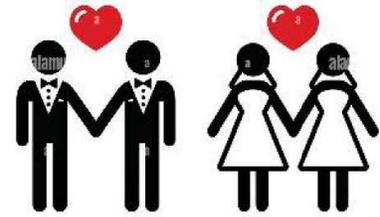
VALIDEZ Y CONFIABILIDAD

- Se tratan de la Constitución Política del Perú, Código Civil, Sentencias Constitucionales, jurisprudencias y la Ley, etc.

PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA

- Se hizo cumpliendo el procedimiento antes indicado, ciñéndonos a revisar estrictamente la sentencia Casatoria.
- Se realizó la investigación de acuerdo a las normas sobre investigación de la UCP.

CONCLUSIONES



La sociedad peruana es fuertemente influenciada por la doctrina católica, que basándose en el derecho natural considera que por sus capacidades y diferencia física del macho y la hembra, el matrimonio sólo se puede concebir como heterosexual



Concluimos que la norma contenida en el artículo 234 del Código Civil, se encuentra respaldada por lo preceptuado en los artículos 4 y 5 de la Constitución, no colisionando con nuestra norma de máxima jerarquía.



Podemos decir que el matrimonio va más allá del sentido de procreación



RECOMENDACIONES

Se debe modificar el artículo 234° del Código Civil, para otorgar el reconocimiento al derecho humano a la igualdad, a la no discriminación y el derecho a la familia.

Nuestra segunda recomendación está dirigida también a proteger normativamente los derechos patrimoniales

El Colegio de Abogados de Loreto, podría organizar o establecer una discusión, charla o seminario respecto a la propuesta que planteamos de modificación del artículo 234° del Código Civil, para así tener una mejor llegada a la población estudiantil, como a los colegas



PROPUESTA NORMATIVA

Nuestra propuesta tiene como objeto modificar el artículo 234° del Libro III del Derecho de Familia, en la Sección Primera, en las Disposiciones Generales, el cual tiene el siguiente texto:

➤ **“Artículo 234°. – Matrimonio e igualdad entre cónyuges**

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.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos y responsabilidades iguales.”

A lo que nosotras proponemos que debería decir:

➤ **“Artículo 234°. – Matrimonio e igualdad entre cónyuges**

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre dos personas aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

Los cónyuges tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidad iguales”

