

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

N° 13

**CONSTITUCIÓN
Y NATURALEZA**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

Ernesto Blume Fortini

PRESENTACIÓN..... 17

SECCION ESPECIAL (Constitución y Naturaleza)

Damián Armijos Álvarez

DERECHOS DE LA NATURALEZA Y SU EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL..... 29

Alan E. Vargas Lima

EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA.
APUNTES SOBRE SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA Y BOLIVIANA* 53

Nadia Paola Iriarte Pamo

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y SU DESARROLLO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS..... 81

Carlos Trinidad Alvarado

BASES CONSTITUCIONALES DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL 105

Daniel Yacolca Estares

POSIBILIDAD DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL..... 149

Beatriz Franciskovic Ingunza

LA AUSENCIA DE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 157

Luis R. Sáenz Dávalos

EL DILEMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACION A LAS PELEAS DE TOROS, PELEAS DE GALLOS, CORRIDAS DE TOROS Y OTROS ESPECTACULOS PARTICULARMENTE VIOLENTOS. REFLEXIONES SOBRE UN DEBATE INACABADO Y UNA SOLUCION AÚN PENDIENTE 181

SECCIÓN MISCELÁNEA

<p><i>Néstor Pedro Sagüés</i> JUSTICIA DIGITAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES</p>	22 I
<p><i>Domingo García Belaunde</i> LOS ORÍGENES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ.....</p>	23 I
<p><i>Manuel Jesús Miranda Canales</i> REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO DE NUESTRA INDEPENDENCIA. A PROPÓSITO DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....</p>	255
<p><i>Aníbal Quiroga León</i> LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE. UNA MIRADA CONSTITUCIONAL</p>	26 I
<p><i>Pedro A. Hernández Chávez</i> EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL JUICIO POLÍTICO. APUNTES SOBRE LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES.....</p>	285
<p><i>Óscar Díaz Muñoz</i> LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO...</p>	33 I
<p><i>Marco A. Huaco Palomino</i> POR UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL –Y LAICA– SOBRE LA LAICIDAD. UNA RÉPLICA A FERRER ORTIZ</p>	345
<p><i>Areli Valencia Vargas</i> CONTEXTUALISMO Y DESIGUALDADES SISTÉMICAS. APUNTES DESDE UNA MIRADA SOCIO-JURÍDICA.....</p>	379
<p><i>María Candelaria Quispe Ponce</i> ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE DERECHOS DE LAS MUJERES. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE IDH</p>	399

Melissa Fiorella Díaz Cabrera

EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... 429

José Reynaldo López Viera

EL ROL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN EL DESARROLLO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL 447

Roberto Cabrera Suárez

ESTADO DE DERECHO Y DESIGUALDADES SOCIALES.
APROXIMACIÓN DESDE UNA TEORÍA DECADIMENSIONAL DEL ESTADO 467

Roslem Cáceres López

CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL..... 479

Miguel Alejandro Estela La Puente

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DECRETO DE URGENCIA..... 505

Christian Donayre Montesinos

UNA MIRADA CRÍTICA AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.
CAMBIOS INNECESARIOS Y RETOS DE UNA REFORMA 531

Luis Andrés Roel Alva

EL DERECHO A LA NACIONALIDAD.
UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE NUNCA SE DEBE VOLVER A PERDER POR EL ARBITRIO DEL ESTADO 549

Raffo Velásquez Meléndez

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.
ACLARACIÓN DE ENIGMAS Y LAGUNAS EN LA EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES ILÍCITOS..... 563

Alfredo Orlando Curaca Kong

EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS Y DOS CONTRIBUCIONES AL DERECHO CONSTITUCIONAL.
UNA BREVE MIRADA 615

Manuel Bermúdez Tapia

LA ALIANZA DEL PACÍFICO, EL ACUERDO DE PAZ EN COLOMBIA Y LA GEOPOLÍTICA SOBRE EL NARCOTRÁFICO..... 623

**SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA**

Mario Gonzalo Chavez Rabanal

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE GOBIERNO: LA SENTENCIA ESTRUCTURAL.

APROPÓSITO DEL CASO LUIGI CALZOLAIO, EXP. 02566-2014-PA/TC-AREQUIPA... 641

Luciano López Flores

EL FALLO SOBRE LA VACANCIA POR PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

¿EL PODER QUE PENDE DE UN HILO? 661

Guillermo Martín Sevilla Gálvez

CONDENA DEL ABSUELTO.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE 4374-2015-PHC/TC 711

14

Berly Javier Fernando López Flores

ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUA ¿ASOCIACIONES CIVILES O ASOCIACIONES PRIVADAS DE CONFIGURACIÓN LEGAL?

REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXP. 00018-2014-PI/TC (ACUMULADO) 725

Susana Távara Espinoza

EL CASO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES A LA SENTENCIA DEL EXP. 00004-2019-PI/TC (PLENO. SENTENCIA 556/2020) 735

Rafael Rodríguez Campos

CUANDO LA LEY ESTÁ POR ENCIMA DE LA CONSTITUCIÓN.

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL CASO ÓSCAR UGARTECHE. MATRIMONIO IGUALITARIO..... 749

SECCIÓN CLÁSICOS

Rosa Dominga Perez Liendo

UN ASPECTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO.

LAS CONSTITUCIONES 777

SECCIÓN DOCUMENTOS

Asamblea Constituyente 1978-79

DEBATE SOBRE LA CREACIÓN DEL TGC DURANTE LA ASAMBLEA CONSTITUYEN-

TE 1978-79 797

**SECCIÓN
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

15

Luis R. Sáenz Dávalos

LIBERTAD RELIGIOSA Y ACONFENSIONALIDAD DEL ESTADO PERUANO 867

Dante Martin Paiva Goyburu

LECCIONES DE DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL 873

Luis R. Sáenz Dávalos

EL AMPARO VIRTUAL 879

Alfredo Orlando Curaca Kong

EL HABEAS DATA EN LA ACTUALIDAD. POSIBILIDADES Y LÍMITES 883

Quando la ley está por encima de la constitución

Reflexiones constitucionales sobre el caso Óscar Ugarteche
Matrimonio Igualitario

✉ RAFAEL RODRÍGUEZ CAMPOS*

1. Introducción

Previamente, permítanme agradecerle al Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú por haberme invitado a participar como autor escribiendo un trabajo de análisis sobre la ejecutoria recaída en el Exp. N° 01739-2018-PA/TC (Caso Óscar Ugarteche) que formará parte del Tomo 13 de la Revista Peruana de Derecho Constitucional que anualmente edita el referido Centro de Estudios Constitucionales.

749

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla – La Mancha (Toledo-España). Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad Castilla – La Mancha (Toledo – España). Post Grado y estudios de maestría en Ciencia Política y Gobierno por la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Jefe de Práctica y Asistente de Docencia en el curso de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la PUCP (2006-2009). Jefe de Práctica en el curso de Teoría Política en la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP (2014). Profesor de Derecho Electoral, Ciencia Política e Historia de las Ideas Políticas en la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres (2015-2019). Profesor del curso “Constitución y Ciencia Política” en la Escuela Profesional de Comunicaciones de la Facultad de Comunicaciones de la USMP (2020-2021). Asesor (Constitucional y Electoral) del Gabinete de Asesores de la Jefatura Nacional del RENIEC (2016 – 2018). Secretario General Titular del RENIEC (2019). Asesor en temas de Derecho y Ciencia Política de la Gerencia de Política Migratoria de la Superintendencia Nacional de Migraciones (2019-2020). Asesor Principal en la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República (2020). Asesor Principal en la Segunda Vicepresidencia del Congreso de la República (2021). Vocal del Tribunal del Servicio Civil de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) 2021-2024. Es autor del Libro “Ideario Republicano I” (Quimera: 2019), “Ideario Republicano II” (Quimera: 2019), “La Protección del Derecho a la Identidad Trans. Avances, Retrocesos y Desafíos” (Quimera: 2020); y “El Poder del Voto: Elecciones y Bicentenario” (Quimera: 2021). Escribe y publica artículos sobre temas de Derecho Constitucional, Derecho Electoral, Derechos Humanos y Ciencia Política en medios especializados y periodísticos.

Del mismo modo, debo advertirles a los lectores que siempre estuve y estoy a favor del matrimonio igualitario en el Perú. Para mí, los valores de libertad, igualdad y solidaridad, entendidos como principios básicos de toda república auténticamente democrática, exigen un compromiso personal, profesional y académico férreo con el matrimonio igualitario, sobre todo en un país profundamente desigual como el nuestro, en el que la comunidad LGTBI ha sido históricamente discriminada y violentada.

En esa línea, quiero precisar que este artículo toma como base lo que en su momento ya expuse en otros trabajos en los cuales, en el mismo sentido y con la misma claridad, dejé expresamente sentada mi posición constitucional y política favorable al matrimonio igualitario:

1. *La Protección del Derecho a la Identidad de Género de las Personas Trans: Avances, retrocesos y desafíos*. Arequipa, 2020. Quimera Editores.
2. *Constitucionalización y Convencionalización del Derecho Latinoamericano. Autopsia a la sentencia emitida por la Corte Constitucional Ecuatoriana sobre Matrimonio Igualitario*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 139, julio 2019. Editorial Gaceta Jurídica.
3. *La Convencionalización del Derecho Peruano. Autopsia al caso Susel Paredes y Esposa*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 137, mayo 2019. Editorial Gaceta Jurídica.
4. *Identidad de Género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 123, marzo 2018. Editorial Gaceta Jurídica.
5. *La familia y el matrimonio igualitario en el Perú. Una lectura dinámica de la Constitución Política de 1993*. En: Persona y Familia. Revista del Instituto de la Familia. Número 6. Enero – diciembre 2017. Universidad del Sagrado Corazón.
6. *Kelsen y el Matrimonio Igualitario en el Perú. Autopsia a la Sentencia Ugarteche Galarza*. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 222, marzo 2017. Editorial Gaceta Jurídica.
7. *Chile aprueba el acuerdo de vida en pareja para heterosexuales y homosexuales: ¿Se aprobará en el Perú la unión civil?* En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 87, marzo 2015. Editorial Gaceta Jurídica

8. *Uniones civiles homosexuales, religión y política.* En: Gaceta Constitucional. Tomo 71, noviembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica.
9. *La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú. Un debate constitucional y político a propósito de la presentación de algunos proyectos de ley sobre esta materia.* En: Gaceta Constitucional. Tomo 69, setiembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica.

Creí oportuno hacer esta referencia pues en esta oportunidad, lejos de hacer una reflexión profunda sobre todos y cada uno de los tópicos relacionados con el matrimonio igualitario, me concentraré en compartir algunas reflexiones constitucionales sobre los argumentos que los magistrados **FERRERO, MIRANDA, BLUME Y SARDÓN** esgrimieron para declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

2. Antecedentes

Ahora bien, antes de comentar los argumentos que los magistrados esgrimieron para declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo, considero oportuno recordar cómo se inició este caso:

- **Demanda de Amparo:** En enero de 2012 (es decir, 8 años antes de la ejecutoria emitida por el Tribunal Constitucional), el demandante, señor ÓSCAR UGARTECHE solicitó ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC) la inscripción de su matrimonio celebrado en la ciudad de México en el registro correspondiente. Luego, el RENIEC rechazó su pretensión. Frente a esa negativa, el demandante interpuso la demanda de amparo, argumentando que se estaba vulnerando su derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación.
- **Resolución de Primera Instancia:** El Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima (diciembre de 2016) declaró **FUNDADA** la demanda de amparo ordenando al RENIEC “reconocer e inscribir” el matrimonio celebrado en ciudad de México por el demandante, señor ÓSCAR UGARTECHE con su esposo, el ciudadano mexicano FIDEL AROCHE.
- **Resolución de Segunda Instancia:** La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (enero de 2018), declaró **IMPROCEDENTE**

la demanda de amparo interpuesta por el demandante, señor ÓSCAR UGARTECHE, por haber sido presentada fuera del plazo previsto (es decir, formalismo puro), ordenando que se declare nulo todo lo actuado y dando por concluido el proceso, y por tanto anulando el fallo favorable de primera instancia.

- **Resolución del Tribunal Constitucional:** El Colegiado (noviembre de 2020), declaró IMPROCEDENTE la demanda de amparo interpuesta por el demandante, señor ÓSCAR UGARTECHE, con el voto en mayoría de los magistrados FERRERO, MIRANDA, BLUME Y SARDÓN frente al voto en minoría de los magistrados RAMOS (ponente) LEDESMA y ESPINOSA-SALDAÑA.

3. Análisis

Al respecto, luego de las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, procederé a comentar los argumentos desarrollados por los cuatro magistrados que votaron por declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo:

752

3.1. Voto singular del magistrado Ferrero Costa

En este punto voy a resumir los tres argumentos que el magistrado expone para votar por la IMPROCEDENCIA de la demanda de amparo, no sin antes compartir con los lectores un párrafo que me pareció curioso:

“Ante todo quiero dejar claro que no tengo conflicto alguno con las personas homosexuales. He conocido a muchas de ellas y tengo 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”.

Luego de leer el párrafo que acabo de transcribir literalmente, surgen en mi mente algunas preguntas que me parece importante compartir:

- a. ¿También deja en claro que no tiene conflicto alguno con las personas heterosexuales cuando resuelve sus casos?
- b. ¿También deja en claro que conoce a muchas personas heterosexuales con quienes sostiene una relación de amistad?

- c. ¿También precisa que muchos de sus amigos heterosexuales prestaron importantes servicios al país?
- d. ¿Puede que lo haga para dejar claramente sentado que no está de acuerdo con el matrimonio igualitario pero que no es homofóbico o discriminatorio?
- e. ¿Puede que lo haga para dejar claramente sentado que tiene amigos homosexuales pero que no está de acuerdo con que ellos contraigan matrimonio, por más que hayan prestado importantes servicios al país?

Son preguntas que llegaron a mi mente y que espero los inviten a una sana reflexión. Pero más allá de este párrafo tan curioso, paso a resumir los tres argumentos que -según mi juicio- esgrime el magistrado para declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo:

A. La palabra matrimonio alude única e históricamente a la unión heterosexual

Mi comentario:

Al amparo de lo señalado por el Tribunal Constitucional del Perú sobre la naturaleza dinámica de instituciones naturales como la familia o artificiales (jurídicas) como el matrimonio, afirmo lo siguiente:

Primero, que, desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales.

Es más, que han sido los 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, los que generaron un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del padre de familia. Producto de ello, se han generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaterales o las que en la doctrina se han denominado familias reconstituidas.

Segundo, que, si bien es cierto el derecho a contraer matrimonio es diferente al de formar una familia, no debe existir impedimento para que pueda formarse una familia partiendo de un matrimonio homosexual, razón por la cual

se entiende que una persona homosexual está en todo su derecho de poder formar una familia, esto en virtud de las nuevas exigencias que se han ido presentando en los últimos tiempos, referidas a los derechos de las parejas homosexuales.

En esa línea, habría que recordar que la Constitución es árbol vivo que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente, y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

Del mismo modo, debe tenerse presente que la aplicación de la interpretación evolutiva, sin recurrir a otras técnicas interpretativas, se relaciona directamente con las denominadas modificaciones tácitas de la Constitución, que se encuentran en la fase media entre el ordenamiento formal y su evolución real y continua, que implica una evolución, o avance, que no obliga a una modificación formal del texto constitucional ni a la introducción de preceptos constitucionales nuevos, es decir, la evolución social muta la Constitución por vía interpretativa.

Como se puede apreciar, este enfoque conceptual no hace otra cosa que reforzar lo que ya hemos expuesto: que, si bien es cierto que el derecho a contraer matrimonio es diferente al de formar una familia, no debe existir impedimento para que pueda formarse una familia partiendo de un matrimonio homosexual, esto en virtud de las nuevas exigencias que se han ido presentando en los últimos tiempos, referidas a los derechos de las parejas homosexuales¹.

1 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Kelsen y el Matrimonio Igualitario en el Perú. Autopsia a la Sentencia Ugarteche Galarza. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 222, marzo 2017. Editorial Gaceta Jurídica. Sobre el particular, también pueden verse los siguientes trabajos: Rodríguez Campos, Rafael. La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú. Un debate constitucional y político a propósito de la presentación de algunos proyectos de ley sobre esta materia. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 69, setiembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; Rodríguez

- B. Ello es así porque las uniones heterosexuales son las únicas que desembocan en el nacimiento de nuevas personas (la descendencia conyugal) lo que les da un peculiar e intenso valor social, a diferencia de las uniones homosexuales que no pueden dar lugar al nacimiento de nuevas personas.**

Mi comentario:

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado -este es un acierto-, que la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa de la especie. La familia es también la unidad encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. Es justamente esa unidad la que la convierte en un espacio primordial para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional, es pues un agente primordial del desarrollo social, así lo expone el Tribunal, y así debería entenderse el concepto de familia en pleno siglo XXI.

Entonces, ¿pueden las personas del mismo sexo formar una familia? Claro que sí, no solo porque como hemos visto no existe un único modelo de familia (matrimonial) sino porque los nuevos tiempos nos obligan a ampliar el concepto y reconocer nuevas formas de unión (concubinatos, familias ensambladas, reconstituidas, familias de segundas nupcias, etcétera), quedando claro que la familia no tiene como única finalidad la procreación.

En tal sentido, no existe razón alguna para creer que las personas del mismo sexo no puedan formar un hogar familiar, sobre todo cuando se trata de personas que llevan su vida como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad en un contexto de amor, unidos por un fuerte lazo afectivo. De hecho, las parejas homosexuales -al igual que las parejas heterosexuales-también basan su unión en principios de fidelidad, cariño y respeto mutuo. En otras palabras, llevan una vida igual a la que presentan las parejas heterosexuales.

Campos, Rafael. Uniones civiles homosexuales, religión y política. En: Gaceta Constitucional. Tomo 71, noviembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; y Rodríguez Campos, Rafael. Identidad de Género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. En: Gaceta Constitucional. Tomo 123, marzo 2018. Editorial Gaceta Jurídica.

Por tanto, si estas parejas están sujetas a las mismas obligaciones que las parejas heterosexuales, ¿por qué razón no podrían formar una familia al amparo de una Ley o decisión jurisdiccional que permita el matrimonio igualitario? Como podrán darse cuenta, no existe razón constitucional alguna para oponerse al matrimonio igualitario que no sea la homofobia, el machismo, el conservadurismo o el fanatismo religioso².

C. Si accedemos al pedido del demandante entonces estaríamos implantando en el Perú el matrimonio homosexual, pese a que la Constitución lo proscribe

Mi comentario:

Primero, que no es correcto señalar que el Tribunal Constitucional se le pidió sobre si se debe o no regular el matrimonio igualitario en el Perú ya que, en este caso, la labor jurisdiccional se debía limitar a verificar si es que se habían vulnerado o no los derechos constitucionales (ver la lista de derechos constitucionales que fueron violados en este caso y que identificaremos en párrafos posteriores) del señor Óscar Ugarteche Galarza, al no permitírsele que inscriba su matrimonio celebrado en ciudad México en el registro correspondiente.

756

Segundo, que en atención a lo expuesto, la pretensión del demandante sí resultaba amparable, no siendo factible que sufra de algún tipo de discriminación en virtud de su orientación sexual, habiendo identificado que la parte demandada violentó los derechos constitucionales a la igualdad, no discriminación, y al libre desarrollo y bienestar, y otros reconocidos en la Constitución Política y las normas del Derecho Internacional de los derechos humanos vinculantes para el Estado peruano, así como también por las decisiones emitidas por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. Por lo que correspondía,

2 Rodríguez Campos, Rafael. La familia y el matrimonio igualitario en el Perú. Una lectura dinámica de la Constitución Política de 1993. En: Persona y Familia. Revista del Instituto de la Familia. Número 6. Enero – diciembre 2017. Universidad del Sagrado Corazón. Sobre el particular, también pueden verse los siguientes trabajos: Rodríguez Campos, Rafael. La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú. Un debate constitucional y político a propósito de la presentación de algunos proyectos de ley sobre esta materia. En: Gaceta Constitucional. Tomo 69, setiembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; Rodríguez Campos, Rafael. Uniones civiles homosexuales, religión y política. En: Gaceta Constitucional. Tomo 71, noviembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; y Rodríguez Campos, Rafael. Identidad de Género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. En: Gaceta Constitucional. Tomo 123, marzo 2018. Editorial Gaceta Jurídica.

a nuestro juicio, declarar fundada la demanda interpuesta por Óscar Ugarteche Galarza contra el RENIEC y, en consecuencia, ordenar a la entidad demandada cumplir con reconocer e inscribir el matrimonio celebrado por el demandante en el extranjero en el registro civil correspondiente.

3.2. Voto singular del magistrado Miranda Canales

Al respecto, comparto el único argumento que el magistrado Miranda Canales desarrolla para declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo:

“Este Tribunal Constitucional ha señalado que el proceso contencioso administrativo constituye una vía idónea en la que puede ventilarse este tipo de controversias relativas a resoluciones administrativas. En este sentido, al existir una vía judicial igualmente satisfactoria para cuestionar las resoluciones administrativas que son objeto de la presente demanda, la misma deberá ser declarada improcedente en aplicación del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional”.

Mi comentario:

Primero, la discusión sobre los derechos de las minorías sexuales, sobre los cuales el derecho nacional ha legislado haciendo consideraciones expresas, que, en este caso, el demandante considera discriminatorio, implica la inaplicación o reinterpretación de normas sustantivas de nuestro ordenamiento legal, por tanto, debe darse en el marco de la jurisdicción constitucional, a través de un Proceso de Amparo, por lo que la Acción Contencioso - Administrativa no es una vía igualmente satisfactoria³.

Segundo, siendo que la demanda de amparo se presentó el 12 de enero de 2012 y que la resolución materia de comentario se emitió el 11 de noviembre de 2020: ¿No resulta una grave violación al derecho al debido proceso (específicamente, al derecho al plazo razonable en la administración de justicia) del demandante, pretender que “amparados en un formalismo sin sustento” (como queda demostrado en el párrafo precedente) todo vuelva a foja cero para que el

3 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. La Convencionalización del Derecho Peruano. Autopsia al caso Susel Paredes y Esposa. En: Gaceta Constitucional. Tomo 137, mayo 2019. Editorial Gaceta Jurídica.

demandante (8 años después) vuelva a ejercer su derecho de acción “solicitando lo mismo” pero ahora en el marco de un Proceso Contencioso-Administrativo? Por supuesto que sí, quedando claro entonces que este argumento resulta a todas luces insostenible.

3.3. Voto singular del magistrado Blume Fortini

Al respecto, comparto los tres argumentos que, según mi juicio, el magistrado Blume Fortini desarrolla para declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo:

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

Mi comentario:

758 Primero, desde la Resolución de Primera Instancia se consideró importante identificar el conjunto de derechos constitucionales que pueden haberse visto amenazados o violados por la negativa del RENIEC a proceder con la inscripción del matrimonio celebrado por el demandante.

En ese sentido, la lista de derechos constitucionales identificada desde un inicio es la siguiente: derecho a la dignidad, derecho al libre desarrollo y bienestar, derecho a la igualdad y a la no discriminación, derecho a la intimidad personal y familiar, entre otros.

Luego, desde la referida Resolución de Primera Instancia se advirtió que el derecho constitucional que específicamente se busca tutelar -declarando fundada la demanda de amparo - es el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Por tanto, afirmar que el derecho constitucional que se pretende garantizar es únicamente el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es por lo menos, inexacto⁴.

4 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Kelsen y el Matrimonio Igualitario en el Perú. Autopsia a la Sentencia Ugarteche Galarza. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 222, marzo 2017. Editorial Gaceta Jurídica.

- B. La Opinión Consultiva OC- 24/17 no es vinculante, como lo dice el juez Eduardo Vio Grossi en su voto individual emitido en la mencionada opinión consultiva, opinión emitida a petición de Costa Rica. En tal sentido, como opinión no obliga a los Estados, sino sería una decisión mandatoria y coercitiva, la cual se debería haberse traducido en una resolución.**

Mi comentario:

Primero, resulta curioso que el magistrado Blume Fortini tome como referencia la opinión de uno (el único) de los siete jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) para señalar que la referida Opinión Consultiva no es vinculante. Resulta curioso pues resulta que los otros seis piensan absolutamente lo contrario. Hago este apunte como un dato referencial.

Segundo, la propia Corte IDH, en la Opinión Consultiva 21/14, emitida mediante Resolución de fecha 19 de agosto de 2014, ha señalado que también las Opiniones Consultivas son vinculantes para los Estados que son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), y que por tanto, los diversos órganos del Estado cuando realicen el correspondiente Control de Convencionalidad, lo hagan también sobre la base de lo que señala la Corte IDH en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva⁵.

Tercero, al momento de realizar el control de convencionalidad sobre el contenido del artículo 234 del Código Civil, debe tomarse en cuenta lo señalado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 24/17, emitida mediante Resolución de fecha 24 de noviembre de 2017, respecto a que la familia debe ser entendida de una forma amplia y de acuerdo a la evolución social, que, las familias compuestas por personas del mismo sexo deben acceder a la protección de sus derechos en igualdad de condiciones, con base en el siguiente razonamiento:

“Fundamento 191: Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia,

5 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. La Protección del Derecho a la Identidad de Género de las Personas Trans: Avances, retrocesos y desafíos. Arequipa, 2020. Quimera Editores.

que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención”.

“Fundamento 192: Por estas razones, la Corte coincide con su par europeo en cuanto a que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual. Asimismo, como ya se indicó, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual (supra párr. 179). El Tribunal estima importante destacar que, con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad; por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada”⁶.

760

C. Por lo tanto, para que pueda existir matrimonio entre personas del mismo sexo se requiere la modificación de la Constitución, según su procedimiento. O, en todo caso, a nivel del Código Civil podría darse una regulación especial a fin de dar algún tipo de tutela a este grupo de respetables personas, sin que la misma se denomine matrimonio, pudiendo llamarse, por ejemplo, unión civil o utilizarse otra denominación.

Mi comentario:

Primero, no resulta necesaria ni la modificación de la Constitución Política ni del Código Civil para que en este caso concreto se declare fundada la demanda de amparo.

Segundo, habiéndose acreditado que la aplicación del artículo 234 del Código Civil afectó los derechos del demandante (como se advirtió desde la

6 La Convencionalización del Derecho Peruano. Autopsia al caso Susel Paredes y Esposa. En: Gaceta Constitucional. Tomo 137, mayo 2019. Editorial Gaceta Jurídica.

Resolución de Primera Instancia), resultaba necesario un Control de Convencionalidad, aplicando la Opinión Consultiva 24/17, antes referida, que determina que el matrimonio entre personas del mismo sexo biológico, es amparado por los propios principios fundamentales positivizados en la propia Convención Americana de Derechos Humanos, como una forma de familia y una forma de matrimonio, debiendo tener presente que es justicia que las personas deben alcanzar, con la realización de sus derechos de manera igualitaria, lo que incluye a las minorías sexuales⁷.

Tercero, antes de plantear como única fórmula la modificación de la Constitución o del Código Civil para el reconocimiento del matrimonio igualitario, bastaba, como ya lo he anticipado, que el Tribunal Constitucional (3 de los 7 magistrados) agote todos los recursos de interpretación y argumentación constitucional posibles, a fin de hacer que la supuesta disposición inconstitucional (en este caso, el artículo 234 del Código Civil), resulte compatible con la Carta Política, y para ello, bastaba con hacer uso de los argumentos expuestos por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 24/17 antes mencionada⁸.

Cuarto, no debemos olvidar que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

3.4. Voto singular del magistrado Sardón de Taboada

Al respecto, comparto los dos argumentos que, según mi juicio, el magistrado Sardón de Taboada desarrolla para declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo:

7 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Kelsen y el Matrimonio Igualitario en el Perú. Autopsia a la Sentencia Ugarteche Galarza. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 222, marzo 2017. Editorial Gaceta Jurídica.

8 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. La Convencionalización del Derecho Peruano. Autopsia al caso Susel Paredes y Esposa. En: Gaceta Constitucional. Tomo 137, mayo 2019. Editorial Gaceta Jurídica.

- A. 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. Es indudable, entonces, 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.**

Mi comentario:

Primero, decir expresamente que ni los Tratados o Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ni la Constitución dicen que el matrimonio “únicamente” es la unión entre un varón y una mujer. Paso a demostrar esta afirmación:

762

El primer párrafo del artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH) establece que: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)”.

Sobre este punto, es importante hacer referencia a los principios de Yogyakarta, los cuales extienden explícitamente la DUDH a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero, cuyos derechos ya estaban incluidos implícitamente en el artículo 2 de la mencionada Declaración Universal bajo las cláusulas genéricas “de cualquier otra índole” y “cualquier otra condición”. Asimismo, debo destacar que los referidos principios son un documento que recoge una serie de principios relativos a la orientación sexual e identidad de género, con la finalidad de orientar la interpretación y aplicación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estableciendo unos estándares básicos, para evitar los abusos y dar protección a los derechos humanos de las personas lesbianas, gais, bisexuales y transexuales.

Luego, el artículo 16 de la DUDH, establece que: “Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de

iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Sobre este punto, precisamente invocando los principios de Yogyakarta, afirmamos que el derecho contemplado en el referido artículo 16 de la DUDH se aplica también a las personas homosexuales, bisexuales y las personas trans.

En esa misma línea, el numeral 2 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “El derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. Es decir, no establece una fórmula cerrada para el matrimonio visto únicamente como la unión de un varón con una mujer, o viceversa.

Del mismo modo, el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que: “Toda persona tiene derecho a construir familia; el elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”. Es decir, no establece una fórmula cerrada de modelo familiar visto únicamente como el resultado de la unión matrimonial de un varón con una mujer, o viceversa.

Por último, el numeral 2 del artículo 17 de la CADH, que establece: “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 y por las leyes internas, en la medida que **estas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención**” (el énfasis es nuestro)⁹.

9 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Kelsen y el Matrimonio Igualitario en el Perú. Autopsia a la Sentencia Ugarteche Galarza. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 222, marzo 2017. Editorial Gaceta Jurídica. Sobre el particular, también pueden verse los siguientes trabajos: Rodríguez Campos, Rafael. Rodríguez Campos, Rafael. La Protección del Derecho a la Identidad de Género de las Personas Trans: Avances, retrocesos y desafíos. Arequipa, 2020. Quimera Editores; La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú. Un debate constitucional y político a propósito de la presentación de algunos proyectos de ley sobre esta materia. En: Gaceta Constitucional. Tomo 69, setiembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; Rodríguez Campos, Rafael. Uniones civiles homosexuales, religión y política. En: Gaceta Constitucional. Tomo 71, noviembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; y Rodríguez Campos, Rafael. Identidad de Género, igualdad y no discriminación

Segundo, si los Tratados o Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos no establecen que el matrimonio es únicamente la unión entre un hombre con una mujer, o viceversa, y tampoco establecen que existe un único modelo de familia como el resultado de la unión matrimonial de un varón con una mujer, o viceversa, entonces: ¿Cómo podemos afirmar que la noción de matrimonio (concebido como unión heterosexual únicamente) es parte integrante del orden público internacional, y que por tanto, no puede reconocerse en el Perú el matrimonio igualitario porque colisiona con esta noción?

B. La demanda sustenta su pretensión en 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. Soslaya 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”.

764

Mi comentario:

Primero, es importante mencionar que no se puede limitar la labor realizada por la Corte IDH a lo expuesto en la Opinión Consultiva 24/17 (que como ya he demostrado sí es vinculante para los Estados de la OEA, según la propia Corte IDH)¹⁰.

En esa línea, es necesario hacer referencia a diferentes casos en los cuales los organismos internacionales, cuyas decisiones son vinculantes para el Estado peruano, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Caso 488/1992) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Duque vs. Colombia y Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile), se han pronunciado sobre los

a parejas del mismo sexo. En: Gaceta Constitucional. Tomo 123, marzo 2018. Editorial Gaceta Jurídica.

10 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. La Protección del Derecho a la Identidad de Género de las Personas Trans: Avances, retrocesos y desafíos. Arequipa, 2020. Quimera Editores.

derechos de las parejas homosexuales y su relación con el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación.

Empecemos con el Caso Tonnen contra Australia, en virtud del cual en el año 1994 por primera vez el Comité tomó posición respecto a los derechos de la comunidad LGTB, indicando que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se recoge que las leyes contra la homosexualidad son una violación de los derechos humanos.

Luego, hagamos mención al Caso Duque vs. Colombia, en el cual la Corte (considerando 104) estableció que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la CADH. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. Por lo tanto, ninguna norma, decisión o práctica de Derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

En esa misma línea, en este caso, la Corte (considerando 105) proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que dicha práctica sería contraria al mandato consagrado en el artículo 1.1 de la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

765

En ese mismo sentido, aparece también el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, en el cual la Corte señaló que la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. Sobre este punto, la Corte afirma que el hecho de que esta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la CADH.

Del mismo modo, también resulta importante mencionar lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación

General N° 20, sobre que “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incluye la orientación sexual. Por lo tanto, los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudez. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación.

Por último, también aparece como un referente aleccionador (más no vinculante), uno de los casos más importantes resueltos por la jurisdicción comparada. Hablo, específicamente, el Caso *Obergefell vs. Hodges*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos (5 votos contra 4 votos), mediante el cual se legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo. En este caso, que en estricto no resulta vinculante para el Estado peruano, pero que sí evidencia el giro jurisprudencial que las cortes más importantes del mundo están dando sobre esta materia, el Tribunal estadounidense señaló que será inconstitucional que los Estados prohíban el reconocimiento de este tipo de uniones o la consecución del matrimonio entre parejas del mismo sexo en sus territorios¹¹.

766

Es más, la Corte señaló que es degradante impedir que parejas del mismo sexo formen parte de una institución central de la sociedad de la nación, porque ellos también pueden aspirar a los propósitos trascendentales del matrimonio.

Segundo, queda claro entonces que aun cuando la Opinión Consultiva 24/17 no fuese vinculante para el Perú (aun cuando la propia Corte IDH considera lo contrario), existen otras fuentes que le permiten al Tribunal Constitucional peruano declarar fundada la demanda de amparo pues si bien la limitación del matrimonio a parejas del sexo opuesto puede haber parecido justa y natural, hoy su inconsistencia con el significado principal del derecho fundamental al matrimonio, como consecuencia del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, se hace manifiesta.

11 Rafael. La Convencionalización del Derecho Peruano. Autopsia al caso *Susel Paredes y Esposa*. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 137, mayo 2019. Editorial Gaceta Jurídica.

- C. “Años atrás, el Congreso debatió un proyecto de ley para introducir la unión civil entre personas del mismo sexo, pero fue archivado el 2015 por decisión de la mayoría de los integrantes de la comisión dictaminadora. Si ahora se quiere ir aún más lejos e incorporar el “matrimonio igualitario” al Derecho peruano, debe hacerse una reforma constitucional siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 206 de la propia Constitución”.**

Mi comentario:

Primero, recordar que a la fecha no existe institución alguna, ya sea matrimonio homosexual, unión civil u otra institución afín, que proteja o garantice el derecho de las parejas homosexuales a poder efectuar una unión que pueda ser reconocida por el ordenamiento jurídico, reconociéndole así la facultad de poder formar una familia, poder tener derechos sucesorios y otra serie de derechos de los cuales sí gozan las parejas heterosexuales; razón por la cual son un sector de la población que a la fecha se encuentra desprotegido y en constante discriminación, al no haberseles reconocido derecho alguno; partiendo de la realidad de que existen dichas parejas en convivencia y de que es su deseo protegerse el uno al otro.

Por tanto, efectuando una interpretación evolutiva de nuestra Constitución Política, se considera que dicho dispositivo legal (es decir, el artículo 234 del Código Civil) debe ser interpretado conforme a los cambios y exigencias que nuestra sociedad reclama, y al haber quedado demostrado que a la fecha un gran sector de la población exige algún tipo de reconocimiento a las parejas homosexuales, ya sea por medio del matrimonio, unión civil u otro dispositivo, resulta factible que a falta de existencia de dicha institución, dichas personas puedan reclamar protección de sus derechos fundamentales por la vía judicial en virtud del contenido de nuestra Carta Política, puesto que no pueden estar a la espera de que se legisle a favor de ellos.

En otras palabras, creemos que no es admisible que se sigan produciendo violaciones a los derechos de las parejas homosexuales, durante el tiempo que tome aprobar una ley que reconozca estos derechos, debiendo precisarse, además, que existe aún incertidumbre con respecto a si en el Perú se reconocerá o no derecho alguno a favor de estas parejas en un futuro inmediato, ya que esa situación ha sido justamente la que ha ocasionado que en este caso concreto se vulneren

derechos constitucionales reconocidos en el artículo 2 de la Constitución Política como el derecho a la igualdad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros¹².

Segundo, y como ya lo advertimos, no es necesario modificar la Constitución o la Ley para que una demanda de amparo sobre esta materia prospere, pues basta someter al artículo 234 del Código Civil a un Control de Convencionalidad interpretándolo de manera conforme al canon constitucional y convencional, según lo establecido no solo en la Opinión Consultiva 24/17, sino también en las resoluciones que la propia Corte IDH y otros tribunales internacionales cuya competencia ha sido reconocida por el Estado peruano han emitido.

Tercero, si se busca llevar a referéndum la pregunta: ¿Está usted de acuerdo con el matrimonio igualitario? Entonces, considero reflexionar sobre las siguientes interrogantes: 1) ¿Estaremos reconociendo el derecho constitucional a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo?; 2) ¿Por qué tendríamos que consultarles a las personas heterosexuales si las personas homosexuales deben o no tener sus mismos derechos?; 3) ¿Esta consulta no negaría la naturaleza contramayoritaria de los derechos fundamentales? y; 4) ¿Por qué la necesidad de preguntarle a la mayoría si la minoría puede ejercer los mismos derechos que ella? Como podrán suponer, la propuesta de supeditar los derechos fundamentales de la minoría al arbitrio de la mayoría no solo es inconstitucional desde el punto de vista jurídico sino peligrosa desde el punto de vista político.

12 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Kelsen y el Matrimonio Igualitario en el Perú. Autopsia a la Sentencia Ugarteche Galarza. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 222, marzo 2017. Editorial Gaceta Jurídica. Sobre el particular, también pueden verse los siguientes trabajos: Rodríguez Campos, Rafael. Rodríguez Campos, Rafael. La Protección del Derecho a la Identidad de Género de las Personas Trans: Avances, retrocesos y desafíos. Arequipa, 2020. Quimera Editores; Rodríguez Campos, Rafael. La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú. Un debate constitucional y político a propósito de la presentación de algunos proyectos de ley sobre esta materia. En: Gaceta Constitucional. Tomo 69, setiembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; Rodríguez Campos, Rafael. Uniones civiles homosexuales, religión y política. En: Gaceta Constitucional. Tomo 71, noviembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; y Rodríguez Campos, Rafael. Identidad de Género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. En: Gaceta Constitucional. Tomo 123, marzo 2018. Editorial Gaceta Jurídica.

3.5. Conclusión

Finalmente, según los comentarios expuestos, queda clara mi posición frente a los argumentos esgrimidos por los cuatro magistrados que votaron por la IMPROCEDENCIA de la demanda de amparo interpuesta por el señor ÓSCAR UGARTECHE. Si no fuera así, dejo constancia de la misma: “Reviso una y otra vez los argumentos planteados por los magistrados y estimo que en este caso interpretaron a la Constitución Política y a la Convención Americana de Derechos Humanos de conformidad con una Ley (el artículo 234 del Código Civil, específicamente), aprobada en el año 1984 cuando la homosexualidad todavía era considerada por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad”.

Como resulta claro, este proceder no solo constituye un tremendo retroceso en materia de interpretación y argumentación constitucional, sino que aparece como la excusa perfecta para seguir negando derechos y libertades a los grupos minoritarios basando esa limitación en los prejuicios y sesgos que obnubilaban las mentes de quienes legislaron en el Perú hace 37 años.

769

4. Reflexiones finales a favor del matrimonio igualitario en el Perú

Al respecto, aprovecharé las tres páginas que me restan para compartir algunas reflexiones constitucionales y políticas que justifican mi posición favorable al matrimonio igualitario en el Perú.

4.1. Un nuevo canon constitucional para los derechos y libertades

El respaldo a esta nueva figura civil, crece debido a que, en el Perú, como en los demás países de occidente, la igualdad de derechos entre personas heterosexuales y homosexuales ya es vista como parte del canon constitucional y democrático que toda sociedad moderna hace suyo. Por lo tanto, así como a nivel legislativo, empiezan a aparecer leyes destinadas a proteger los derechos de las mujeres, personas con discapacidad, grupos étnicos, y otros sectores históricamente excluidos e invisibilizados, no es extraño que en un país mayoritariamente católico y conservador como el nuestro, este tipo de iniciativas se hayan empezado a discutir recién en la segunda década del siglo XXI, más cuando históricamente en el Perú, a los políticos les ha costado muchísimo enfrentarse a la jerarquía eclesial.

Por eso creo que el futuro de este tipo de iniciativas: matrimonio igualitario, aborto o eutanasia, entre otras, dependerá mucho de la presión política y mediática que ejerzan los sectores conservadores de nuestra sociedad, encabezados, como es de suponer, por la Iglesia católica. Sin embargo, no es menos cierto que la Iglesia católica ha perdido paulatinamente, con el transcurso de los años, el enorme poder fáctico que otrora ostentaba, situación que debe ser aprovechada por quienes desde la sociedad civil impulsan este tipo de iniciativas que apuntan a construir una sociedad libre e igualitaria para todos los ciudadanos, sin importar la identidad de género u orientación sexual que estos presenten. En otras palabras, si la Iglesia católica presiona, la sociedad civil debe estar preparada para responder a nivel político y mediático, para ello, la calle siempre será una opción.

4.2. Los argumentos de quienes se oponen al matrimonio igualitario

De hecho, quienes se oponen a la aprobación del matrimonio igualitario, lo hacen a partir de dos argumentos que considero absolutamente falaces, tal y como lo demostraré a continuación:

770

A. El argumento religioso/mayoritario

El Estado peruano es no confesional. Eso quiere decir que el Perú no tiene una religión oficial y que reconoce el derecho a la libertad religiosa de todos sus ciudadanos. Si ello es así, no resulta válido afirmar que como los católicos (la mayoría) están en del matrimonio igualitario entonces estas figuras deben prohibirse. Si eso fuera cierto, ¿qué sentido tendría reconocer el derecho a la libertad religiosa de los ciudadanos si la legislación estatal estará determinada por las citas bíblicas que la Iglesia Católica convenientemente expone?

La religión es importante, eso no admite discusión. Sin embargo, al momento de legislar, las autoridades no pueden decidir en función de lo que dicte la religión mayoritaria. Si permitimos que eso pase, entonces corremos el riesgo de convertirnos en una suerte de teocracia en la cual la política no es otra cosa que un derivado de la fe. Con lo cual, la democracia republicana de la que se habla en el artículo 43 de nuestra Constitución Política terminará convertida en una forma de gobierno en la que la ley que rige a los ciudadanos transcribe el mandato divino de la fe mayoritaria. Algo que atenta contra los principios de pluralismo y tolerancia que deben ser la base de sociedades democráticas como la nuestra.

B. El argumento del orden natural

Ahora bien, como los que se oponen al matrimonio igualitario saben que el argumento religioso mayoritario no tiene mayor sustento al momento de reconocer o ampliar derechos, estos han empezado a utilizar el argumento del orden natural. Sostienen, como lo hicieron en el pasado, que el reconocimiento del matrimonio igualitario acabará con el orden natural de la sociedad y que esta terminará por destruirse. Este argumento es falso porque reconocer una situación que ya existe en la realidad (reitero, las cifras más conservadoras dicen que el 10% de la población es homosexual) no supone el fin del orden establecido. Esto es simplemente parte de un proceso de cambio social que avanzará por más que los sectores conservadores católicos y religiosos se opongan.

En todo caso, ¿por qué el temor al cambio? Recordemos que este mismo argumento fue utilizado por este mismo sector para impedir que las mujeres ejerzan derechos como el trabajo o sufragio. Se decía que si la mujer trabajaba y no se dedicaba al hogar entonces la familia se destruiría y la sociedad occidental llegaría a su fin. Han pasado más de 50 años desde entonces y seguimos acá. ¿Podemos entonces darle validez a este tipo de argumentos? Yo creo que no¹³.

771

C. Aceptamos la Unión Civil pero no el matrimonio igualitario (dicen los conservadores)

¿Por qué se quejan tanto los homosexuales exigiendo el matrimonio igualitario si ya se les va a reconocer el derecho a unirse civilmente? Esa es una expresión que algunos defensores del “orden natural” -los más progresistas entre los ultramontanos- han empezado a esgrimir en diversos medios de comunicación. En mi opinión, esta expresión únicamente disfraza un pensamiento discriminatorio que pretende decirnos que “las personas somos iguales en derechos pero que los homosexuales son menos iguales que nosotros los heterosexuales”. Y como ello es así, entonces la discriminación se mantiene pero con un nuevo esquema: matrimonio para los “iguales” (heterosexuales) y uniones civiles para los “menos iguales” (homosexuales).

13 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú. Un debate constitucional y político a propósito de la presentación de algunos proyectos de ley sobre esta materia. En: Gaceta Constitucional. Tomo 69, setiembre 2013.

Es evidente que este enfoque, además de cuestionable, no responde la pregunta del millón en este caso: ¿por qué razón las personas homosexuales no podrían unirse civilmente o contraer matrimonio si la finalidad de ambas figuras es hacer posible una vida en común? ¿Acaso las personas homosexuales no tienen iguales derechos que nosotros los heterosexuales? Los tienen, por eso esta limitación viola los valores de igualdad, dignidad y libertad que la Constitución Política reconoce¹⁴.

D. Aceptamos la Unión Civil pero jamás la adopción (dicen los conservadores)

¿Qué ocurrirá con los menores que son criados por homosexuales? ¿Acaso no terminarán adoptando la misma orientación sexual que sus padres adoptivos? Estas son las preguntas que los opositores al matrimonio igualitario hacen en los medios de comunicación. Sobre este punto, debemos saber que existen estudios que demuestran que el desarrollo alcanzado por niños criados por parejas homosexuales es igual al obtenido por quienes lo fueron por parejas heterosexuales, tal y como ha sido señalado en la Sentencia de la Corte IDH emitida en el Caso Atala Riffo y niñas vs Chile.

772

Del mismo modo, se sabe que la orientación sexual de las personas no está determinada por la de sus padres. Si ello fuese así, entonces ¿cómo explicamos que en una sociedad mayoritariamente heterosexual tengamos aproximadamente a un 10% de población homosexual? Muy simple, la orientación y/o identidad sexual de las personas no se adquiere por imitación. Así como la identidad sexual de los padres no garantiza una paternidad o maternidad responsables.

E. El matrimonio igualitario destruirá a la familia (dicen los conservadores)

Ahora bien, a propósito de la reapertura de debate sobre el matrimonio igualitario en nuestro país, generado por esta sentencia y por la postura que algunos candidatos a la presidencia de la República en estas Elecciones Generales 2021 han mostrado frente al tema, vengo escuchado decir a una serie de

14 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Chile aprueba el acuerdo de vida en pareja para heterosexuales y homosexuales: ¿Se aprobará en el Perú la unión civil? En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 87, marzo 2015. Editorial Gaceta Jurídica

personalidades provenientes del sector más conservador (católico) de nuestra sociedad, que el modelo de familia que el Estado reconoce es únicamente el que está relacionado con el matrimonio.

Quienes se oponen a la aprobación del matrimonio igualitario, usan este falaz argumento para hacernos creer que, si una familia no tiene como base el matrimonio, concebido como la unión entre un varón y una mujer (con fines básicamente reproductivos) entonces no puede ser considerada como tal. Por ello, afirman estas personas, el matrimonio igualitario debe ser rechazado pues pone en peligro el modelo de familia que el Estado y la sociedad reconoce.

Bueno, ya que las mentiras proferidas por este sector se difunden como si fueran verdades bíblicas, y con el único afán de brindarle a los lectores la información necesaria para que sean ellos mismos los que se formen su propia opinión sobre este tema, es que aprovecharé este espacio para volver a responder la pregunta que ya hemos formulado: ¿La Constitución Política del Perú reconoce un único tipo de familia (la matrimonial)? No, mil veces no.

F. Los fantasmas inventados

773

Como habrán podido apreciar, el concepto de familia ha ido cambiando con el paso del tiempo. Eso es algo lógico teniendo en consideración que se trata de un instituto natural sujeto al devenir del espacio y tiempo histórico. Hoy en día el modelo familiar tradicional ya no es el mayoritario, eso no quiere decir que haya entrado en crisis, simplemente que el concepto de familia se ha ampliado y nuevos modelos o tipos familiares surgen producto de factores sociales, económicos y culturales, que ninguna fe o religión está en condiciones de frenar.

Por eso, con el mayor de los respetos, a quienes se oponen al matrimonio igualitario en nuestro país, debo decirles que su oposición es antojadiza y carente de sustento, ellos dicen que la aprobación de esta figura (legislativa o jurisprudencialmente) acabará con la familia tradicional, elevando el número de parejas homosexuales y lésbicas, como si una ley tuviese el poder para determinar la identidad de género u orientación sexual de los ciudadanos. Para ellos, el matrimonio igualitario marcará el inicio del final de nuestra especie. ¿Puede uno creer en esta “teoría” y no sentir vergüenza de sí mismo? Evidentemente no.

A estos señores habría que decirles que “el modelo de familia tradicional” ya no es el hegemónico, eso no quiere decir que no estén en su derecho de

promoverlo y buscarlo como parte de su opción personal de vida, lo que no pueden hacer es imponer su particular visión de las cosas sobre la de todos los demás, como si todos estuviésemos de acuerdo con ellos, como si todos creyésemos en que Adán y Eva fueron nuestros primeros padres, como si el modelo de familia bíblico instaurado hace más de 2000 mil años no hubiese sido rebasado por la fuerza de la historia.

Alguien dijo alguna vez que solo Dios y los idiotas no cambian. Yo no le tengo miedo al cambio, sobre todo cuando este busca reconocer derechos y libertades para todas las personas, permitiéndoles ir en busca de su felicidad en condiciones de libertad e igualdad. Por eso a quienes se oponen al matrimonio igualitario les pregunto: ¿A qué le tienen miedo?

5. Reflexión final

Como creo haber demostrado, son básicamente dos los argumentos que fundamentan la posición de quienes se oponen al matrimonio igualitario: a) El religioso mayoritario; y a) El natural y/o tradicional. En mi opinión, ambos argumentos no pueden servir de justificación para rechazar el matrimonio igualitario. Sostengo ello por tres razones puntuales: a) La moral que protege la Constitución Política es la moral civil y no la de un grupo religioso en particular; b) La opinión de la mayoría no puede justificar la restricción de derechos a una minoría basada en su orientación y/o identidad sexual; y c) No se busca acabar con el matrimonio (heterosexual) sino permitir que más personas puedan celebrarlo. Yo estoy de acuerdo con el matrimonio igualitario, pues permite defender la libertad individual frente a prácticas históricamente excluyente, allanando el camino hacia la construcción de una sociedad más tolerante, solidaria, libre e igualitaria.