

ANÁLISIS CRÍTICO DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

CRITICAL ANALYSIS OF HOMOSEXUAL MARRIAGE

Miguel Ángel Sánchez del Solar Quiñones

masdsq@hotmail.com

Maestro en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de San Martín de Porres

1.- Introducción.

El presente estudio se propone analizar el sustento de la sentencia emitida por un Juzgado Constitucional, en la causa seguida por el Sr. Oscar Ugarteche Galarza contra el RENIEC, en relación a la negativa de este último, para registrar el matrimonio celebrado por el demandante con otro hombre, en la ciudad de México.

La negativa de RENIEC se fundamentó en todas las instancias administrativas, en la existencia del artículo 234 del Código Civil, que define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, lo que en buena cuenta impide la unión en matrimonio de dos personas del mismo sexo.

El demandante sostuvo a lo largo de todas las instancias administrativas, que la decisión de RENIEC violaba sus derechos a la igualdad y la no discriminación.

Así entonces, el juzgado constitucional fallará sobre la cuestión si la negativa de RENIEC, fundada en la aplicación del artículo 234 del Código Civil, violenta o no los principios constitucionales de igualdad y no discriminación que ha alegado el demandante y el objetivo de este trabajo es determinar si la lógica deductiva del

juzgado es coherente y efectivamente provee el sustento suficiente para el sentido de la sentencia.

Es en razón a ese objetivo meramente lógico-analítico, que el análisis se circunscribe a cada uno de los 35 considerandos de esa sentencia, asumiendo que la secuencia expositiva elegida por el juzgador, se propone mostrar la estructura lógico-deductiva de su raciocinio jurídico, que le habrá de permitir, fundadamente, llegar al fallo que emita.

Cabe advertir que siendo ese el propósito primordial de este análisis, habremos de poner énfasis casi exclusivamente en el raciocinio lógico de los considerandos y su concatenación hacia el contenido de la sentencia, enfoque que creemos admite la prescindencia de condicionantes referencias a autores o bibliografía, porque para los propósitos del discernimiento que nos propusimos, esas referencias no eran un pre-requisito ni una condición de validez académica, para revelar el contenido lógico de un raciocinio judicial concreto.

No dudamos adicionalmente, que en distintos lugares de nuestro desarrollo analítico, el uso de los conceptos bien pudo haber merecido recurrir a referencias de diversos autores, pero, como se podrá advertir en la lectura, las nociones a las que aludimos son concepciones básicas que precisamente por eso, no justificaban el abundamiento de las referencias de las que hemos prescindido.

Terminada la exposición crítica sobre cada considerando de la sentencia, esperamos esbozar de manera sintética, la postura que a lo largo de todo el análisis hemos ido presentando de manera fragmentaria, con cada comentario a los considerandos.

Finalmente, queremos anticipar sobre el hecho que durante la lectura del texto aparecerán varias notas al pie de página, siendo que algunas corresponden a notas de la propia sentencia y otras son nuestras.

Ambas se podrán diferenciar, sin embargo, por el hecho que cuando se trata de las notas de la sentencia, el llamado de la nota aparecerá en el texto mismo del considerando. Todas las demás notas son nuestras.

2.- El análisis de los Considerandos

2.1

PRIMERO: Que, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil señala que, toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso;

Que toda persona tiene derecho a tutela, es un considerando innecesario de analizar en relación con la conclusión final, pues esta premisa es tan válida para este caso, como para cobrar dinero, pedir posesión, reconocimiento de paternidad o cualquier otra pretensión. No cuenta entonces para valorar la conclusión final.

2.2

SEGUNDO.- Que, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, conforme a lo dispuesto por el artículo ciento ochenta y ocho del Código Procesal Civil;

Que el juez debe adquirir certeza para resolver fundándose en la prueba, parece ser igualmente un supuesto innecesario de análisis particular para este caso, pues en principio es tan general como el anterior, pero, tiene un detalle que se hará evidente en el siguiente considerando.

2.3

TERCERO.- Que, asimismo el numeral ciento noventa y seis del acotado cuerpo de leyes prevé que salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos

El Tercer considerando, que la carga de la prueba corresponde a quien postula un hecho, en principio tendría que ser también una cuestión general, tanto como las dos anteriores y por eso como ellas, su análisis parece innecesario y sin aporte alguno sobre la solución final de la sentencia, sin embargo, nos preguntamos a propósito de este considerando: ¿qué hechos ha alegado el demandante, para pedir que se inscriba su matrimonio?

No fluye de la sentencia qué hechos da el juzgador por probados y a través de qué medios probatorios es que ha llegado a alguna convicción que le permita tomar su decisión final, pero consideramos que se abre un abanico muy rico en contenido sobre esta cuestión, si se plantea desde otra perspectiva: ¿qué hechos hay que probar en el Perú para pretender que un matrimonio entre dos hombres celebrado en otro país se inscriba en el registro civil peruano?

O la otra perspectiva conceptual posible en esta cuestión: el tema de si un matrimonio entre dos hombres celebrado en otro país puede inscribirse como tal en el Perú, ¿no es acaso una cuestión de puro derecho, donde lo que hay que discutir no son hechos sino y sólo cuestiones de derecho?

Nos parece que el juzgador no tiene presente ninguna de esas dos cuestiones, pues sólo a manera de cliché nos consigna toda la cuestión de las pruebas, sin referirse en absoluto a las cuestiones de puro derecho, evidenciando que para él el tema en cuestión es sólo la probanza de hechos.

Sin embargo, como quedará comprobado después de recorrer todos los considerandos de la sentencia, no solamente el juzgador no analizará ninguna cuestión de hecho, sino que lo único que habrá de hacer en su desarrollo de la sentencia, es analizar conceptos jurídicos y normativa nacional e internacional,

cuestiones de puro derecho que como vemos, no tuvo en cuenta entre sus primeros considerandos.

2.4

CUARTO.- Que, el objeto de un Proceso Constitucional de Amparo es el de reponer las cosas al estado anterior a la afectación de un derecho constitucional mediante hechos u omisiones por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado;

Que el objeto del Amparo es reponer las cosas al estado anterior a la afectación del derecho constitucional vulnerado, es el primer tema que comienza a apuntar a la cuestión de fondo en este caso.

Al respecto, cabe señalar que la cuestión que la acción de amparo sea una acción de carácter restitutivo, es efectivamente una idea base en los alcances del amparo y en este caso ha de entenderse que con esta acción se restituirá entonces el derecho vulnerado con o a través del acto administrativo de RENIEC.

Pero, la pregunta surge categórica a partir de una simple reflexión: si el amparo restituye un derecho, obviamente se trata entonces de un derecho o estado pre-existente que en razón del acto de RENIEC, fue vulnerado modificando negativamente esa situación previa.

Y la pregunta es: ¿cuál era o en qué consistía el derecho que ya tenía el demandante en razón a ser casado en México y según la legislación mexicana con otro hombre y que RENIEC vulneró con su decisión?

Tal situación anterior, no era otra sino la circunstancia que el demandante estaba casado con otro hombre en México según la legislación mexicana, de donde habrá de concluirse forzosamente, que la decisión de RENIEC no cambió ni pudo haber cambiado en absoluto, esa situación jurídica previa: después de la decisión

de RENIEC el demandante seguía tan casado en México con otro hombre, como lo estaba antes de ese pronunciamiento.

Y también ocurría, antes que RENIEC dijera nada, que el demandante en el Perú y según la legislación peruana, no estaba casado con otro hombre ni ese no-matrimonio, estaba por supuesto registrado.

RENIEC entonces, tampoco cambió esa situación previa del demandante con su pronunciamiento, porque luego de tal pronunciamiento, el demandante seguía no-casado con otro hombre en el Perú y ese estado de no-casado, seguía sin registro.

Luego del pronunciamiento de RENIEC, entonces, los derechos previos del demandante, de ser casado en México con otro hombre y de no estar casado con otro hombre en el Perú y que tal estado no estuviera registrado en nuestro país, permanecían tan intactos e invariados, como estaban antes de tal pronunciamiento.

¿La restitución de qué derechos entonces era posible de ser peticionada a través del amparo, si los derechos del demandante no habían sido cambiados en ninguno de sus alcances? En nuestra opinión, ninguno.

Por esas razones entonces, creemos, no es ni podía ser que el demandante pretendiera con el Amparo una restitución a un estado de cosas anterior al pronunciamiento de RENIEC, que se hubiera visto vulnerado con o por esa decisión, pues esa situación anterior era y seguía siendo la misma, tanto en México como en el Perú, después y pese al pronunciamiento de RENIEC.

Habría que añadir desde esa perspectiva de análisis, que la decisión de RENIEC pudiera considerarse alternativamente como una amenaza al derecho del demandante, puesto que la *amenaza* es también causa suficiente para recurrir al amparo.

Desde esa perspectiva, hay que considerar efectivamente, que si por un lado la decisión de RENIEC no causo ni pudo causar cambio alguno en la situación de los derechos del demandante y por tanto no hubo ni pudo haber habido afectación negativa directa a tales derechos con dicha resolución, bien pudiera ser que pese a ello, esa resolución pudiera ser de todos modos una amenaza a esos derechos, ya que no era una afectación negativa directa.

Sin embargo, eso también hay que descartarlo.

Y la razón fundamental para descartar esa potencialidad gravosa que pudiera atribuirse a esa resolución, se deriva de la consideración que si los derechos del demandante permanecieron los mismos y no sufrieron alteración alguna luego de emitirse en última instancia el acto administrativo, no puede ser entonces que ese acto, que no causo alteración ni daño a los derechos del demandante, habiéndose pronunciado directa y explícitamente sobre el fondo de la pretensión del demandante, tenga sin embargo capacidad intrínseca para ser una amenaza a esos mismos derechos.

Así entonces, en principio y consecuentemente, el amparo aparece como improcedente, porque la pretensión del demandante ni era ni podía ser restitutiva a una situación anterior, no modificada negativamente por el acto de RENIEC, ni tampoco pudo tratarse de una *amenaza* a esos mismos derechos previos.

Y aquí nos parece que comienza a revelarse una primera parte del fondo de la cuestión que en realidad se discute y se resuelve con esta sentencia: como RENIEC no modificó ni podía haber modificado la situación previa del demandante, entonces, lo que éste en realidad pretendía, no era una restitución de derechos, sino justamente que su situación en el Perú de no-casado con otro hombre –que RENIEC sólo certificó o ratificó–, cambie a la de casado con otro hombre y que, consecuentemente, ese cambio se registre, lo cual no es ni podría ser una pretensión restitutiva perseguible con el amparo, sino todo lo contrario: porque se trataba de obtener un cambio sobre la situación de sus supuestos derechos, la acción a seguir tenía que ser otra distinta al amparo.

Parece sin embargo, que la improcedencia del amparo habría sido descartada por la Corte Superior, que dispuso que éste fuera admitido, cuestión que no analizamos aquí por no estar incluida en la sentencia

2.5

QUINTO.- Que la pretensión del demandante consiste en que: 1) Se disponga el reconocimiento ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de su matrimonio celebrado en la ciudad de México con el ciudadano FIDEL AROCHE REYES;

En el Quinto Considerando, el juez consigna cuál es la pretensión del demandante: que RENIEC reconozca en el Perú, el Estado Civil de su matrimonio celebrado en México con otro hombre.

Que coincidencia.

Justamente al consignar la pretensión, el juzgador no hace sino ratificar nuestra observación anterior.

El demandante entonces, no pretende que se le *restituya* su condición de casado con otro hombre en México, puesto que tal cosa no había sido vulnerada, ni tampoco pretende que se le restituya su condición de no-casado en el Perú con otro hombre, pues tal situación permanecía invariable, sino que solicita que se cambie su condición en el Perú, reconociéndosele casado con otro hombre en razón de su matrimonio en México, siendo que en el Perú no está previsto en el ordenamiento positivo el matrimonio entre dos hombres, pues la ley lo circunscribe a la unión hombre-mujer.

En buena cuenta, el demandante pretende por vía del amparo, que se le conceda un derecho que nuestra normativa interna no reconoce expresamente y no que se le restituya un derecho violentado o amenazado con el acto de RENIEC, como postula en apariencia.

Más claro, no puede ser: no se trata ni se trató nunca de la restitución de un derecho vulnerado o amenazado por el pronunciamiento de RENIEC y por tanto, reiteramos nuestra creencia que el amparo debió declararse improcedente.

Como consecuencia inevitable de lo anterior, consideramos que el juzgador no tenía entonces competencia para pronunciarse sobre la cuestión de fondo a través de esta vía, por lo que nos parece que estaríamos frente a un pronunciamiento nulo.

2.6

SEXTO.- Que, el artículo 4° de nuestra carta magna establece lo siguiente: “*Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio*

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

En el Sexto Considerando, se consigna que la Constitución establece que el Estado protege a la familia y promueve el matrimonio, que son sin duda dos temas que comienzan a apuntar a la cuestión de fondo.

¿Para qué los señala el juez?

No nos parece evidente el motivo, salvo la consideración que el juez pretenda inferir de esa norma constitucional, de algún modo, que ella sirve suficientemente o coadyuva eficazmente, a sostener que el matrimonio entre dos hombres en el Perú, con la legislación vigente, es inscribible en RENIEC.

Pero, en razón a que el Estado promueve el matrimonio, ¿se puede inferir de allí que el matrimonio entre dos hombres es una forma de promover el matrimonio en

el Perú y por tanto es posible que esa unión sea legal y deba registrarse, pese al texto expreso de la ley vigente?

Y desde la otra perspectiva, ¿la celebración y registro de un “matrimonio” entre dos hombres, es una forma de proteger a la familia en el Perú?

El juez, ya que ha hecho referencia a ese texto constitucional, ha de demostrarnos entonces que efectivamente la protección a la familia que dispensa la constitución, cobra realidad jurídica en la autorización a contraer matrimonio entre dos hombres, lo que a su vez implica demostrar qué relación existe entre las nociones de familia y matrimonio, puesto que de la protección a la familia, se pretende extraer la autorización para la unión en matrimonio de dos hombres.

Y por otro lado, a partir de la consideración que el Estado promueve el matrimonio, habrá de demostrarnos el juez también, que de allí es posible colegir que la unión entre dos hombres, a pesar del texto legal expreso en contrario, es una forma de promover el matrimonio, al que nuestro Código Civil vigente caracteriza como la unión entre un hombre y una mujer, genéticamente hablando, un varón y una mujer y no, genéticamente, dos varones o dos mujeres.

Si alguien ve en esa norma positiva del Código Civil –y no en la decisión de RENIEC, que se limita a aplicar dicha norma- algo discriminatorio y por tanto eventualmente violatorio de un derecho constitucional, pues entonces la vía para lograr la pretensión de unir en matrimonio a dos hombres, pasa por una acción de alguna índole y de carácter constitucional seguramente, pero, esa acción habrá de ser contra la norma legal del Código Civil que impide ese registro y no contra RENIEC a través de un amparo, puesto que de ningún modo se pretende restituir a ninguna situación anterior que se hubiera visto violentada o amenazada por la decisión de RENIEC.

Lamentablemente, el juez en este considerando, sólo señala que el Estado promueve el matrimonio y que protege la familia, pero, ni aquí ni más adelante, sustentará cómo o porqué esas dos líneas de acción del Estado, pueden ser el

ancla o el fundamento desde el cual puede extraerse la conclusión que el matrimonio entre dos hombres puede y debe ser registrado en el Perú, pues se trata de un derecho constitucional.

Finalmente, cabe llamar la atención sobre la última parte de este artículo en el que se señala que *la forma del matrimonio es regulada por la ley*, porque será sobre esta parte de este artículo, que el juez comenzara a desarrollar su fundamento sobre la inconstitucionalidad del artículo 234 del C.C.

El problema de partida de ese enfoque, sin embargo, se hace manifiesto con la sola consideración de la existencia en derecho de dos conceptos base: *fondo y forma*, siendo que *la forma*, es algo totalmente distinto y separado del *fondo*.

Con más precisión conceptual: todo el derecho privado nacional, está construido sobre la noción elemental de acto jurídico, que tiene a su vez, una *forma* expresamente prevista o no de ocurrir, lo cual determina su validez o no en tanto acto jurídico.

Y desde esa perspectiva, cabe señalar que el matrimonio es considerado por nuestro sistema legal, naturalmente como un acto jurídico y en tanto tal, se trata además de un acto jurídico que tiene una *forma* de celebrarse expresamente prevista en la ley, más exactamente: *la forma* de celebración del matrimonio está expresamente regulada por los artículos que van del 248 al 268 del C.C.

Así entonces el relevamiento por parte del juez, que el texto constitucional establece que *la forma* del matrimonio se regula por la ley, nos debe remitir forzosamente a todas las normas que regulan *la forma* del matrimonio, que son las disposiciones anteriormente señaladas.

Y hay que enfatizar esta precisión, pues ella pondrá en evidencia, más adelante, la incongruencia de la ruta deductiva del juez.

2.7

*SÉPTIMO.- Que, nuestro código civil establece en su artículo **234 lo siguiente:**
“... El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.(...)”;*

Este considerando no es ni más ni menos que la consignación literal del artículo 234 del C.C. que establece, precisamente, que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, genéticamente hablando.

Es de suponerse que hecha esa referencia a la literalidad de dicha norma -que es textualmente limitativa pues reduce el matrimonio a la unión hombre-mujer-, acto seguido el juez debe desarrollar la lógica del enfoque que habrá de permitirle sostener que el matrimonio, contra el texto de esa ley, también es posible entre dos hombres en el Perú, derivando esa conclusión a partir de la declaración que hace la constitución de la obligación del Estado de promover el matrimonio y proteger a la familia, toda vez que esa es la referencia constitucional que hasta este momento de su discurso, ha utilizado el juzgador.

Veremos si esa lógica ruta, es seguida por el juez.

2.8

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

En este considerando el juez consigna que a partir de los dos considerandos anteriores, puede inferirse que la ley que regula la forma del matrimonio es el código civil.

Pero esta inferencia, no resulta clara respecto de para qué la trae a colación el juez, pues no se logra advertir cómo *la forma* de celebración del matrimonio, expresamente regulada, tenga trascendencia para la cuestión que ha de

ventilarse, pues el tema en cuestión al que va apuntando el juzgador, es un tema sobre *el fondo*: se trata de la definición de lo que es matrimonio y no de una cuestión sobre *las formas* del matrimonio.

Pero quizás la referencia a *la forma*, pensamos, puede haber tenido un sustento lógico: asumir o entender que *sólo la forma* del matrimonio es la que habrá de regular la ley, mas no así la esencia o fondo del matrimonio como concepto, pues el texto constitucional se lo habría reservado a la constitución misma, de suerte que a la ley, entonces, la Constitución no le ha delegado la facultad de definir el concepto de matrimonio.

Pero esa línea de pensamiento, sin embargo, para ser sostenible, exigiría que al haberse arrogado la Constitución y de manera exclusiva la definición de lo que habrá de entenderse por matrimonio, pues sea la Constitución misma la que defina al matrimonio en el propio texto constitucional y, ocurre que esa definición es la gran falencia en la constitución: no define expresamente qué es o qué debe entenderse por matrimonio y por tanto, habrá de ser sumamente difícil sino imposible, demostrar cómo la constitución se habría reservado para sí la definición o alcances del concepto matrimonio, toda vez que no lo define por ninguna parte.

Más aún, de tratarse de esa línea de pensamiento –que la Constitución se ha reservado para sí la definición de matrimonio-, el juez estaría infiriendo que la ley no puede regular el *fondo* o la esencia del concepto matrimonio -como una suerte de prohibición o limitación-, sólo a partir del hecho que el texto constitucional habría asignado a la ley la prerrogativa de regular *la forma*, siendo sin embargo esta inferencia prohibitiva, una deducción insostenible: no puede deducirse que por el hecho de señalar que la *forma* la regula la ley, por eso y nada más, la ley quedó prohibida por la Constitución de regular el fondo o esencia del concepto matrimonio, pues se estaría haciendo una interpretación contrario sensu, totalmente inapropiada desde el punto de vista técnico, que limita tal tipo de interpretación únicamente a las normas expresadas en sentido negativo.

Así entonces, si este fuera el caso, el juez tendrá que hacer una enorme labor de estructuración conceptual para, primero, encontrar una forma correcta de deducir del texto constitucional que el concepto matrimonio, en su noción esencial, ha sido reservado a la constitución, por la constitución misma; luego, demostrar el fundamento jurídico conceptual por el que pueda sostenerse que la unión entre dos hombres o dos mujeres es también un matrimonio, sin que tal cosa este expresamente contemplada en el texto constitucional, para finalmente poder sostener que el artículo 234 es contrario a la Constitución.

Veremos nuevamente, si esa ruta lógica e imperativa es seguida por el juez, en caso fuera que ese ha sido su entendimiento.

2.9

NOVENO.- Que, si bien es cierto nuestra Constitución Política, establece que la forma del matrimonio se regule por la ley, también es cierto que dichas leyes no pueden ser contrarias a la propia Constitución, puesto que según nuestra conocida Pirámide de Kelsen¹, nuestra Carta Magna es la norma de mayor jerarquía, por lo que en caso de conflicto con otros dispositivos legales, tendrá que prevalecer la primera;

En este considerando, el juez sostiene que si bien se ha atribuido a la ley la regulación sobre *la forma* del matrimonio, esa ley de ningún modo puede contravenir a la constitución, lo cual es naturalmente lógico y necesario, pero nuevamente, no se entiende qué se propone inferir el juez de esto.

En primer lugar porque la manera en que se habrá de evidenciar que las normas sobre *la forma* del matrimonio son contrarias a la Constitución, pues será revisando el contenido de esas normas sobre *la forma* y ocurre que en el C.C.,

¹ Es un sistema jurídico graficado en forma de **pirámide**, el cual es usado para representar la **jerarquía** de las leyes, unas sobre otras y está dividida en tres niveles, el nivel fundamental en el que se encuentra la **constitución**

como ya señalamos anteriormente, en efecto existen varias normas que se refieren a *la forma* del matrimonio (particularmente desde el artículo 248 hasta el 268 del C.C.), ninguna de las cuales es siquiera señalada por el juez.

Lo anterior, nos lleva a la forzosa conclusión que el juez se confunde: considera que el artículo 234 del Código Civil es una norma sobre **la forma** del matrimonio, en primer lugar, contra el propio elemental texto de ese artículo que no es sino una definición del matrimonio y por tanto una norma sobre **el fondo** del matrimonio y en segundo lugar, en contra de la evidencia que se muestra ante sus propios ojos, que **la forma** del matrimonio está regulada por las reglas expresas que señalamos anteriormente, ninguna de las cuales, obviamente, hace o podría haber hecho referencia alguna a qué debe entenderse por matrimonio.

Así entonces, esta ruta seguida por el juzgador, para sostener que el artículo 234 del C.C., puede ser inconstitucional porque si bien regula **la forma** del matrimonio, lo hace en contra de la Constitución, está construida sobre un error lógico-conceptual evidente, porque el artículo 234 del C.C., de ninguna manera puede ser considerado una norma que regule **la forma** del matrimonio.

Si lo que el juez quiso decir, en cambio, era que la constitución no ha autorizado a la ley a regular qué es matrimonio (fondo), puesto que eso es materia privativa de la constitución, pues lo que tenía que demostrarnos era precisamente cómo así es que la Constitución se ha reservado para sí la definición de matrimonio extrayéndola de la esfera de la ley.

Porque, si no hay forma de demostrar lo anterior, ha de colegirse que es la ley precisamente la que debe definir el fondo de qué es matrimonio y el código civil entonces lo ha hecho de modo formalmente correcto, sin que esa concepción de matrimonio pueda ser considerada incompatible con la Constitución o que la contravenga pues, como se ha advertido, la Constitución no consigna un contenido expreso del concepto matrimonio que además precise que se trata de la unión entre dos personas sin consideración a su sexo o género, definición que

efectivamente haría al concepto de matrimonio del Código Civil, una norma incompatible con la Constitución.

La cuestión que plantea el juez, entonces, al sostener que ninguna regulación sobre **la forma** del matrimonio puede contravenir la Constitución, siendo una afirmación verdadera, carece de sentido para la causa, si se la pretende aplicar a un análisis sobre el artículo 234 del C.C. pues esta norma, de ninguna manera es una regla sobre **la forma** del matrimonio.

Cabe señalar, sin embargo, que el juzgador no necesitaba adoptar esa perspectiva conceptualmente errónea para analizar la inconstitucionalidad del artículo 234 del C.C., pues la regla general es que ninguna norma, sea sobre fondo o forma, puede contravenir el texto constitucional y así, la cuestión sobre si el matrimonio concebido como una unión hombre-mujer en ese artículo, violenta o no el texto constitucional, puede naturalmente ser evaluada sobre su inconstitucionalidad directamente, sin necesidad alguna de referirse a la delegación para regular **la forma** del matrimonio que la Constitución consigna, ni menos aun calificando erróneamente al contenido del artículo 234 del C.C. como una norma sobre **la forma** del matrimonio.

2.10

DÉCIMO.- Que, basándonos en lo expuesto en los considerandos anteriores esta Judicatura considera pertinente recordar lo establecido en el artículo 1° de nuestra Constitución, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 1.- Defensa de la persona humana

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

Asimismo ha establecido en su artículo 2° incisos 1, 2, 7, 22; lo siguiente:

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a **su libre desarrollo y bienestar**. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece;

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

(...)

7. Al honor y a la buena reputación, **a la intimidad personal y familiar** así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida;

Con la finalidad de poder determinar si el artículo 234° de nuestro Código Civil es contrario o no a nuestra Constitución;

En resumen, lo que consigna el juez en este considerando es lo siguiente: (i) que basándose en los considerandos anteriores...(ii) el juez recuerda que la constitución establece varios derechos fundamentales de las personas, entre los que resalta con negritas los siguientes: a la igualdad ante la ley, a su libre desarrollo y bienestar y a la intimidad personal y familiar, para con esos derechos en contraste (iii) determinar si el artículo 234 del CC -ese que dice que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer-, es inconstitucional.

En buena cuenta, el juez en este considerando revela, finalmente, su intención de analizar si el texto del artículo 234 del CC es contrario a la constitución,

proponiéndose establecer tal oposición, a partir de los alcances de los derechos fundamentales que él ha resaltado en este mismo décimo considerando.

Cabe relevar a estas alturas del discurso, el hecho que el juzgador añade esos nuevos criterios de evaluación sobre la inconstitucionalidad, sin haber desarrollado aún y previamente, cómo las acciones de *promover el matrimonio* y *proteger a la familia* que la Constitución asigna al Estado, se engranaban de una manera lógico-deductiva, para coadyuvar la conclusión que el matrimonio entre dos hombres es jurídicamente posible en el Perú.

Y señalamos esa circunstancia, porque creemos que se muestra a lo largo de toda la sentencia esta metodología, supuestamente deductiva, que arriba a conclusiones señalando premisas que en ningún caso son desarrolladas, de un modo que permitan asimilar la forma en que la deducción se evidencia correcta y procedente, a partir del contenido de sus supuestos.

Así entonces, se habrá de evidenciar que en este considerando el juez se limitará a señalar otros fundamentos, pero tampoco realizará con ellos ningún análisis que nos demuestre cómo de aquéllos derechos fundamentales, se puede arribar a la conclusión que proclama.

Vamos a adelantar dos líneas de análisis que están impuestas para el juez, si lo que pretende demostrar es que el texto del artículo 234 del C.C es contrario a la Constitución.

En primer lugar, la cuestión de si el artículo 234 del C.C. es contrario a la Constitución, parte de un aspecto muy sencillo en realidad: como el texto del artículo 234 es una definición de matrimonio, entendiéndolo como la unión entre un hombre y una mujer, esa definición de matrimonio será contraria a la Constitución, sólo y en la medida que en nuestra Constitución exista una definición de matrimonio que establezca de modo unívoco, que el matrimonio es una unión entre dos personas, cualesquiera fuera su sexo.

Sólo así, efectivamente el artículo 234 del C.C. será contrario a la constitución, pues estaría restringiendo a la unión heterosexual, un derecho que la Constitución contempla accesible de modo irrestricto a personas del mismo sexo.

Esta primera cuestión que el juez debe analizar, veremos más adelante cómo la enfoca, si es que se detiene a analizarla.

Y la segunda línea de análisis que debe forzosamente seguir el juez, si la anterior no es posible, será la siguiente: si fuera que el artículo 234 del C.C. no es contrario a la Constitución de la manera directa señalada anteriormente, tendrá que evidenciarnos entonces, cómo a partir de alguno o varios de los derechos fundamentales que nos ha señalado, puede inferirse y llegarse a la conclusión que el matrimonio entre personas del mismo sexo es jurídicamente admitido en el Perú, por constituir ese tipo de unión un derecho fundamental consignado de modo indirecto en la Constitución.

En tal sentido, puesto que el juez ha identificado y relevado los especiales derechos fundamentales que a él le parece que sustentan lo que quiere concluir, pues tendrá que revelarnos de qué manera, a partir del contenido de esos derechos, puede concluirse que el acceso a la institución matrimonial es un derecho para cualquier persona, sin importar su sexo.

Así, tendrá que demostrarnos cómo a partir del derecho fundamental de las personas a (i) la igualdad ante la ley, (ii) de su derecho a un libre desarrollo y bienestar y (iii) de su derecho a la intimidad personal y familiar, se puede concluir que las personas del mismo sexo tienen derecho al matrimonio y por tanto el C.C. efectivamente es contrario a la Constitución.

No obstante lo anterior, nos permitimos hacer un análisis del texto constitucional, a fin de proponer que de manera indirecta en la Constitución sí se define que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer.

Esa referencia indirecta está en el texto del artículo 5 de la Constitución que dice:

“Artículo 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.”*

Dos cosas hay que tener en cuenta para enmarcar esta disposición constitucional.

La primera, que ya en otra parte la Constitución ha señalado que el Estado promueve el matrimonio y desde esa perspectiva de promoción a la institución matrimonial, el establecimiento de otra institución paralela y similar -como esta unión de hecho-, que tuviera sus mismas consecuencias, no haría sino ir en contra de la promoción de la institución matrimonial que el propio Estado proclama.

Por tal razón, si bien se establece otro régimen de vinculación similar al matrimonio entre las personas, al mismo tiempo se limitan las consecuencias jurídicas de esa institución alterna, pues no se trata de menoscabarlo, de allí que esta norma asigne a esa unión un régimen que solo se precisa sobre la comunidad de bienes y que se consigne además, que estará sujeta en cuanto sea aplicable, al régimen de gananciales que es exclusivo del matrimonio.

Y no puede pasar inadvertido que nuestra Constitución sí dispone de manera explícita que esta unión de hecho es *la unión de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial.*

Así entonces, si una unión de hecho entre un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial, genera un régimen de bienes similar al régimen de gananciales que contempla el matrimonio, ello ha de ser así, porque esa unión de hecho, es similar al matrimonio y por tanto, similarmente, a nivel del texto constitucional, el matrimonio es también una unión entre un hombre y una mujer.

En esa norma sobre la unión de hecho, entonces, creemos que existe un sustento lógico suficiente a nivel constitucional, para aseverar que el matrimonio es también la unión de un hombre y una mujer como está definido en el C.C.

Y a partir de esta norma sobre la unión de hecho, además, no hay forma lógica de inferir que el matrimonio pudiera ser en nuestra Constitución, la unión de dos personas de cualquier sexo, como postula implícitamente el juez de la causa.

Finalmente, aun sin considerar el artículo 5 anteriormente referido y limitándonos sólo al hecho que nuestra Constitución no contempla una definición de matrimonio, cae por su propio peso que corresponde entonces a la ley dar una definición de lo que es matrimonio y de allí ha de seguirse que la definición vigente en el artículo 234 del C.C., de ser una unión entre un hombre y una mujer, no es ni puede ser considerada una norma que va, cuando menos directamente, en contra de ninguna norma expresa de nuestra Constitución.

2.11

DÉCIMO PRIMERO.- Que, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna establece lo siguiente: *“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”*; asimismo el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece: *“El contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”*.

En este considerando el juez glosa varias normas con las que nos dice dos cosas: (i) que va a realizar un proceso de interpretación normativa y (ii) puesto que tal interpretación es sobre derechos constitucionales, habrá de guiarse por lo dispuesto en (i) *la Declaración Universal de Derechos Humanos* y (ii) *los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú* y

además por lo dispuesto en (iii) *los tratados sobre derechos humanos, así como de (iv) las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.*

Aquí ha de tenerse presente que todas y cada una de esas fuentes normativas, para el caso que se trata, habrán de ser analizadas desde una única perspectiva, a saber, si ellas contemplan al matrimonio como un derecho fundamental y si definen al matrimonio como la unión entre dos personas del mismo sexo; o alternativamente, si consignan derechos humanos sustanciales de los que puede derivarse que el matrimonio es la unión entre dos personas sin importar su sexo.

Adicionalmente, hay que tomar en cuenta que el juez está trazando una línea limítrofe respecto de esas fuentes, pues como lo implica en su recuento, se trata de fuentes en las que el Perú es parte y resultan por eso vinculantes.

2.12

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, el primer párrafo del artículo 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante DUDH, establece lo siguiente: “*Artículo 2°.- 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 (...)*” (Lo resaltado es agregado); con respecto a dicho punto esta Judicatura considera pertinente recordar los *Principios de Yogyakarta*², los cuales extienden explícitamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero, cuyos derechos ya estaban incluidos implícitamente

² Principios de Yogyakarta, es 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, gays, bisexuales y transexuales (LGBT).

en el artículo segundo de la mencionada *Declaración Universal* bajo los genéricos «o de cualquier otra índole» y «o cualquier otra condición», es necesario resaltar que dichos principios no han sido adoptados por los Estados en un Tratado, y por tanto no constituyen, por sí mismos, un instrumento vinculante del Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, sus redactores pretenden que los Principios de Yogyakarta sean adoptados como una norma universal, esto es, un estándar jurídico internacional de obligatorio cumplimiento para los Estados, ante lo cual algunos países han expresado sus reservas.

En este considerando, creemos que se revelan importantes incongruencias en la lógica propia de la sentencia.

En primer lugar, el juzgador expresa su entendimiento que en la DUDH hay una cuestión de principios básica: todos los derechos que se proclaman en ella, se extienden a *todas las personas* sin distinción de ninguna índole, porque así se proclama literalmente en ese artículo 2°.

Sentada esa premisa entonces, todos los derechos que contenga la DUDH, habrán de extenderse también a todos los miembros de la comunidad LGBT, debiendo precisarse sin embargo, que desde la lógica del juez, esa expansividad inclusiva se viabiliza por la intermediación de los *Principios de Yogyakarta*, como si por alguna razón, la intermediación de tales principios fuera requerida para aquella expansión.

Vamos a analizar ahora algunas cuestiones generales implícitas en este considerando, empezando por el tema de las fuentes.

En el considerando anterior, nos dijo el juez que iba a hacer una interpretación que por referirse a derechos humanos, tendría que ser guiada por todos los instrumentos legales que para el Perú deben regir en esta materia y que son los instrumentos de derecho internacional público sobre Derechos humanos a los que el Perú se hubiera adherido, incluyendo los pronunciamientos de las cortes correspondientes.

Pero, una vez declarados y reconocidos esos límites, es el propio juez el que nos confiesa que incluirá entre esos instrumentos “*legales*” a los *Principios de Yogyakarta*, que no son sino un documento privado, suscrito por un grupo de expertos privados, que no ha suscrito el Perú en ningún tratado bilateral o multilateral, ni ha sido suscrito tampoco por ningún otro país del mundo en ningún otro tratado y que continúa siendo por eso sólo un documento *privado, pero que no obstante eso* –pequeña cosa-, *el juez habrá de utilizar esos Principios de Yogyakarta*, en razón a que sus autores aspiran a que tal documento adquiera validez universal (¿?).

Es decir, el juez nos informa de manera expresa que contra sus propios límites legales trazados en cuanto a las fuentes, se va a fundamentar en un documento privado no vinculante para nuestro país ni para ningún otro en el mundo -y que no constituye ni podría constituir entonces un referente normativo-, porque le parece que la intención de sus autores es valiosa de alguna manera.

Por esa razón de libre arbitrio, de discrecionalidad benévola y empática con los *Principios de Yogyakarta*, que no son ni podrían ser una norma referente ni vinculante para el Perú o ningún otro país en el mundo, el juez nos confiesa sin embargo su voluntad de aplicarlos, atribuyéndoles una significación jurídica que de ninguna manera tienen o podrían tener, según el mismo lo confiesa en este considerando.

Nos parece que esa postura, acaso pueda estar lindado con el prevaricato.

Por otro lado, el juez declara entender que todos los derechos proclamados en la DUDH, ya estaban implícitamente reconocidos para todos y cualquier miembro de la comunidad LGBT en el artículo 2° que transcribe, porque entiende que los genéricos “*de cualquier otra índole*” o “*cualquier otra condición*”, que consigna esa norma, así lo implican.

Con esta última aseveración, sin embargo, el juzgador hace evidente entonces la insustancialidad de su referencia a los principios de Yogyakarta, como

presupuesto conceptual para sostener que a los miembros de la comunidad LGBT, no se les pueden negar bajo ningún criterio, de ninguna índole, los derechos fundamentales que la DUDH contiene.

Esta última inferencia, dicho sea de paso, que tiene un peso muy importante en el raciocinio del juzgador a lo largo de su sentencia, es sin embargo una aseveración incorrecta, como lo exponemos en el siguiente Considerando.

2.13

DÉCIMO TERCERO.- Que, asimismo 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”*; por lo que se puede deducir que basándonos en lo expuesto en el considerando anterior, los principios de Yogyakarta buscarían que el derecho contemplado en el artículo 16° de la DUDH, se aplique también a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y las personas transgénero;

Es en este considerando que el juez aplica su lógica deductiva anterior: si todos los derechos proclamados por la DUDH han de ser accesibles *a toda persona* sin distinción alguna, entonces los derechos reconocidos en este artículo 16 habrán de ser accesibles también a cualquier miembro de la comunidad LGBT.

Este raciocinio, expresado sólo de manera sintética por el juez, encierra múltiples aspectos que, pasaremos a analizar.

Como primera cuestión está la siguiente pregunta: ¿qué derechos reconoce este artículo 16?

Como fluye de su texto, se trata en primer lugar, de reconocer el derecho de *hombres y mujeres* a contraer matrimonio.

Pero dice más la norma: que ese derecho no puede restringirse por razones de raza, nacionalidad o religión.

Surge entonces otra pregunta: si todos los derechos reconocidos por la DUDH han de ser otorgados a todas las personas, sin restricciones de ninguna clase, como lo proclama el artículo 2° de la misma DUDH, ¿por qué razón es necesario consignar esas restricciones de raza, nacionalidad o religión, respecto del derecho a contraer matrimonio, si en ninguna circunstancia, para ningún derecho, ninguna restricción puede aplicarse? ¿Se trata acaso de una redundancia innecesaria? ¿O acaso de un descuido intrascendente de la DUDH?

En principio, parece una innecesaria redundancia del artículo 16, consignar expresas restricciones al matrimonio que no pueden ser admitidas, estando ya una regla general y absoluta que impide cualquier restricción para cualquier derecho, incluido el derecho a contraer matrimonio, como la que se consigna en el artículo 2°.

Y pensando entonces sobre qué razón habría para consignar de modo expreso tales limitaciones, hemos revisado todo el texto de la DUDH y hemos encontrado varias cosas sorprendentes.

Este artículo 16, es un artículo muy especial y distinto a todos los demás artículos de la DUDH, en dos muy notorios aspectos que pasamos a reseñar.

La universalidad de los derechos reconocidos por la DUDH, está diseminada por todos los artículos de este documento, a través de las expresiones “*toda persona*”, “*todo ser humano*”, “*todo individuo*” y “*nadie*”, plasmando efectivamente que los derechos que se proclaman están asignados a **todos los seres humanos**, en tanto y sólo **seres humanos**, sin distinción alguna de ninguna índole efectivamente, ni siquiera en cuanto al sexo....excepto en el artículo 16!

Efectivamente, este artículo es el único artículo de toda la DUDH, en el que los sujetos a los que se asignan los derechos, están diferenciados como “*los hombres*” y “*las mujeres*”!

No se dice, pues, *toda persona* o *todo individuo* o *todo ser humano*, tiene el derecho a casarse, que son los términos que justamente no distinguen en cuanto al sexo y que son los términos que la DUDH expresamente consigna para todos los demás derechos que contempla.

Este artículo 16, entonces, es el único artículo de la DUDH que no pretende abstraer toda y cualquier diferencia entre los seres humanos, mediante el uso de los términos *personas* o *seres humanos* o *individuos*, sino que expresamente consigna, de modo excepcional y distinto, que los sujetos a los que se asignan los derechos que contempla ese artículo 16, son *los hombres y las mujeres*, incrustando así con resplandeciente notoriedad, un criterio de diferenciación expreso, como es el sexo o el género si se quiere.

El derecho a contraer matrimonio entonces, en la propia DUDH, está expresamente restringido a *los hombres y las mujeres* y no está reconocido, como todos los demás derechos de la DUDH, para *todas las personas* o *todos los individuos* o *todos los seres humanos*, sin consideración a su sexo, como ocurre con todos los demás derechos que contempla la DUDH, que son reconocidos sin consideración o relación al sexo de los sujetos de derecho³.

Y plasmada así esa única diferenciación en la DUDH, sí hace sentido que habiéndose consignado una diferenciación supuestamente “prohibida” –por el artículo 2º que niega cualquier diferenciación en base al sexo-, sea la misma

³ Al respecto, Carlos J. Zelada y Alonso Gurmendi Dunkelerg consignan dos pronunciamientos de dos cuerpos colegiados Internacionales, en los que precisamente se releva la existencia de esta particular y excepcional forma de referirse a *hombres y mujeres*, cuando se trata del derecho a contraer matrimonio. El artículo es “*Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los Derechos Humanos.*”. Páginas 266 268. Copia electrónica accesible en: <http://ssrn.com/abstract=2830254>

DUDH la que se cuide de reiterar -con exclusión del sexo naturalmente- que no se podrá restringir el matrimonio en base a raza, religión o nacionalidad.

No puede haber dudas entonces, respecto al hecho evidente que acabamos de mostrar: la propia DUDH incrusta en el artículo 16 una condición restrictiva para el acceso a los derechos que contempla este artículo y así, el derecho a contraer matrimonio está limitado a quienes son *hombres y mujeres*, estableciendo un criterio diferenciador en base al sexo, para los derechos que este artículo contempla.

Y a partir de lo anterior, en consecuencia, no se puede sostener que el derecho a contraer matrimonio sea un derecho concedido por la DUDH a *todas las personas*, sin consideración a su sexo, pues no es eso lo que dice el artículo 16, sino todo lo contrario: justamente este artículo a modo de excepción sobre todos los demás artículos de la DUDH, es el único que restringe el derecho que contempla a *los hombres y mujeres*, diferenciando, en base justamente a su sexo, a los sujetos del derecho que reconoce.

Y si el derecho a contraer matrimonio que reconoce de manera restringida el artículo 16 a *los hombres y mujeres*, no está en consecuencia reconocido para *todas las personas o todos los seres humanos* sin distinción de su sexo, entonces, no es sostenible la inferencia que el derecho a contraer matrimonio, puesto que es un derecho para todas las personas –este es el error fundamental del entendimiento del juez-, entonces y por eso, alcanza también a cualquier miembro de la comunidad LGBT.

No estaba en lo correcto el juzgador, entonces, cuando aseveraba que todos los derechos contemplados en la DUDH, eran para todas las personas sin ninguna limitación o distinción, fundamentándose en que el hecho que aparecían consignadas las expresiones genéricas de “*cualquier índole*” o “*cualquier otra condición*” en el artículo^{2º} ¿porque eso, siendo correcto en principio, tiene sin embargo una excepción única, que es el derecho a contraer matrimonio, que sí

está expresamente restringido por la propia DUDH para *los hombres y las mujeres*, diferenciándolos precisamente en base a su sexo.

Y desde esa perspectiva, que el juez consigne en este considerando nuevamente la búsqueda de los autores de los Principios de Yogyakarta, para que los derechos contemplados en el artículo 16 se extiendan a toda la comunidad LGBT, se revela diáfana como una insustancial mera referencia política, carente de todo valor jurídico en el raciocinio del juzgador, que no solamente no contribuye a sostener que el derecho a contraer matrimonio sea un derecho reconocido implícitamente por la DUDH para *todas las personas*, sino que además revela la intención del juez de hacer de esos Principios de Yogyakarta –inútiles en tanto fuente normativa para este caso-, un protagonista central en su raciocinio deductivo.

2.14

DÉCIMO CUARTO.- Que, otro dispositivo internacional el cual es vinculante para el Estado Peruano es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴, a este respecto esta Judicatura considera pertinente recordar el caso *Toonen contra Australia*⁵, en virtud del cual en el año 1994 por primera vez la ONU se posicionó respecto a los derechos LGBT, indicando que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se recoge que las leyes contra la homosexualidad son una violación de los derechos humanos.

⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento de carácter internacional, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Organización de las Naciones Unidas, mediante resolución N°2200a (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Aprobado por el Decreto Ley N°22128. Instrumento de Adhesión: 12 de abril de 1989, depositado el 28 de Abril de 1978. El instrumento de adhesión fue aceptado como ratificado por las Naciones Unidas por ser signatario el Perú.

⁵El caso Toonen contra Australia (Nicholas Toonen contra Australia) fue un asunto conocido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (caso 488/1992), como consecuencia de una denuncia del residente tasmano Nicholas Toonen el 4 de abril de 1994. El caso dio lugar a la derogación de las últimas leyes contra la sodomía australianas, cuando el Comité determinó que las prácticas sexuales consentidas entre adultos y en privado estaban protegidas por el concepto de “vida privada” del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A partir de este considerando, seguirán varios con el mismo sentido y propósito: el juez nos presentará varias referencias jurídicas internacionales vinculadas a los Derechos Humanos y/o a la comunidad LGBT, que él cree que fortalecen (i) el carácter discriminatorio de la concepción del matrimonio como una unión hombre-mujer y (ii) la expansividad del derecho al matrimonio hacia la comunidad LGBT, que el juzgador cree que ya quedaron establecidos en la DUDH.

En este considerando, la primera referencia es al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respecto del cual la ONU se habría posicionado en el sentido de reconocer que tal Pacto, implica que las leyes contra la homosexualidad son una violación de los derechos humanos.

¿Qué aporta esto a su tesis central, que la unión hombre-mujer en la categoría matrimonio es una discriminación? No logramos aclararlo, pues de la declaración que las leyes que reprimen la homosexualidad son una violación a los derechos humanos, no puede darse el salto que, en consecuencia, el concepto matrimonio, como unión-hombre-mujer, es discriminatorio, a menos que pretenda sostenerse que el concepto matrimonio, es una norma que reprime la homosexualidad.

Por otro lado, tampoco se puede encontrar vinculación conceptual entre la declaración que las leyes que reprimen la homosexualidad son una violación a los derechos humanos y que el matrimonio es un derecho que en la DUDH debe entenderse como accesible a cualquier miembro de la comunidad LGBT.

Este considerando entonces, tampoco contribuye con las tesis que el juez sostiene en su resolución y consideramos que es prescindible en su raciocinio.

2.15

DÉCIMO QUINTO.- Que, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su numeral 2) del artículo 23 lo siguiente: “(...) 2. *Se reconoce el derecho de hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. (...)*”; asimismo el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece lo siguiente “*Toda persona*

tiene derecho a construir familia; el elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella; por último La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en adelante CADH, establece en numeral 2) artículo 17° lo siguiente : “ (...) *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 éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención (...)*”; estableciendo la CADH en su artículo 24° lo siguiente: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a la igual protección de la ley*”

Esta es la segunda referencia a fuentes internacionales.

Respecto de la cita del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el juez consigna el numeral 2 del artículo 23, en el que se reconoce el derecho del *hombre y de la mujer* a contraer matrimonio y sin hacernos ningún comentario al respecto.

Pese a ese silencio, no nos cabe la duda que el juez pretende señalarnos que en este instrumento internacional, como en la DUDH, se asigna el derecho al matrimonio como un derecho humano, lo cual, según él, abunda en su postura.

Nuevamente, pasa inadvertido a los ojos del juzgador el detalle, de ninguna manera menor, que la referencia de esa norma es para *los hombres y las mujeres* -como ocurría en la DUDH-, siendo además coincidente el otro mismo hecho que señalamos anteriormente: que en este Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos los derechos que contempla, están asignados a *todas las personas* o *todos los individuos*, excepto en este inciso 2) del artículo 23, en el que de modo expreso y excepcional, nuevamente, los derechos que se reconocen en esa norma, se limitan para *los hombres y mujeres!*

Hay que descartar entonces la referencia por incorrecta: el derecho al matrimonio, en este instrumento internacional, tampoco está concebido para todos *los seres*

humanos sin distingo alguno, sino que está reconocido restrictivamente y en función a su sexo, para *los hombres y las mujeres*.

En cuanto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se refiere, hay que señalar solamente dos cosas.

La primera se evidencia con la glosa que consigna el juez: el derecho a construir familia.

Familia no es matrimonio y por tanto de ese derecho a construir familia, no hay forma de dar el salto deductivo para sostener que en consecuencia, el concepto matrimonio, como unión-hombre-mujer, es discriminatorio.

Así mismo, tampoco es posible deducir de la existencia del derecho a construir familia, que es efectivamente un derecho para cualquier persona, que contraer matrimonio es igualmente un derecho para cualquier persona y por tanto accesible a cualquier miembro de la comunidad LGBT.

La segunda cuestión no fluye de la glosa del juez sino de lo que el juez no dice sobre la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: que entre esos derechos y deberes, no se menciona en absoluto al matrimonio y por eso precisamente, el juez ha tenido que consolarse con referir el derecho de cualquier persona a formar familia, ante la ausencia de una norma en esta declaración, que se refiera al matrimonio.

La inclusión de esta declaración, entonces, hay que descartarla también como fundamento.

La referencia a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, tiene las mismas dos cuestiones elementales que la referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 1) se trata de derechos reconocidos a *hombres y mujeres* y no a *todas las personas* sin distinción de su sexo y 2) todos los demás derechos reconocidos en esta Convención, efectivamente están reconocidos para *todas las personas* sin distingo de ninguna clase, y el matrimonio, de manera

singular y excepcional, aparece restringido a *los hombres y mujeres*, precisamente en razón a su sexo.

Consideramos entonces que esta referencia, como la referencia anterior al Pacto, hay que descartarla por las mismas razones.

Consideración aparte merece la inclusión por el juez del artículo 24 de la Convención, que declarando la igualdad de las personas ante la ley, establece la prohibición de discriminar.

Nuevamente el juez se limita a reproducir sus fuentes textuales y a callar sobre su manera de entenderlas o analizarlas.

En este caso, ha de sobreentenderse que lo que el juez quiere señalar es que en la Convención, como en nuestra norma nacional, la discriminación está prohibida.

Sin embargo, de esa normativa no hay forma de dar el salto a que, por lo tanto, el matrimonio como una unión hombre-mujer, es discriminatorio; así como tampoco hay forma de inferir a partir de la no discriminación como regla general, que por tanto, el derecho al matrimonio también alcanza para cualquier miembro de la comunidad LGBT.

Esta referencia, por eso, también ha de ser descartada.

2.16

DÉCIMO SEXTO.- Que, en reiterada Jurisprudencia Constitucional, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado 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**. 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*⁶. 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 monoparentales⁷ o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*⁸(Lo resaltado es agregado); debiendo resaltar 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 esta Judicatura considera que un homosexual está en todo se 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 este considerando, finalmente el juez sí nos presenta cómo hace una inferencia a partir de ciertas consideraciones.

Al mostrarnos su proceso lógico, sin embargo, nos revela otra vez sus incongruencias deductivas.

Por un lado, el juez nos relata la evolución de una institución como la familia, para evidenciarnos que esa institución inevitablemente estará sujeta a cambios, porque inevitablemente también, cambiaran los contextos sociales.

⁶ La locución latina **pater familias** (o paterfamilias), traducida literalmente, significa el padre de familia. Es un término latino para designar al “padre de la familia.” La forma es irregular y arcaica en latín, preservando la antigua desinencia genitiva.

⁷ Por **familia monoparental** se entiende aquella familia nuclear que está compuesta por un solo progenitor (varón o mujer) y uno o varios hijos. Ocasionalmente y cuando una familia monoparental está a cargo de una mujer se utiliza la expresión falsamente etimológica **familia monomarental**.^{1 2} También llamado **padres solteros**

⁸ Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa

Nada incorrecto en el asunto, nos parece, y suscribimos la premisa.

Sin embargo, luego de ese prolijo y fundamentado relato, el juez pretende extrapolar la cuestión al matrimonio.

Esa pretensión, tampoco parece inadecuada o inoportuna: el matrimonio, como la familia, también es una institución social y por tanto, no tendría porque no estar sujeta al cambio de contextos sociales y verse afectado por estos.

Esa extrapolación nos parece absolutamente correcta y adecuada en principio y en tanto tenga ese textual contenido.

Lamentablemente, el juez no hace esa extrapolación posible y válida, sino que luego de reconocer que el derecho a contraer matrimonio no es lo mismo que el derecho a formar familia, declara por sí y ante sí –pero nos lo presenta como una deducción extrapolada de su relato anterior-, que no debe existir ningún impedimento para que se pueda formar una familia partiendo de un matrimonio homosexual!

Es, como suele decirse coloquialmente hoy, alucinante –literalmente-, ese raciocinio.

Porque si bien se puede hipotetizar que la familia podrá seguir evolucionando y en el futuro podrá haber uniones homosexuales y que el sistema legal acabara recogiendo y regulando esos cambios, de ninguna manera puede inferirse y sostener que en razón a ese futuro posible, hoy no debe haber impedimento alguno para que así ocurra y por tanto que toda persona homosexual tiene hoy el derecho, jurídicamente reconocido, a contraer un matrimonio legal.

Trataremos de ser más precisos aun.

Una persona homosexual, puede sin duda alguna crear lazos familiares hoy y construir familia, como cualquier otra persona, pero, no le es accesible crear una familia a partir de un matrimonio, porque el matrimonio no le es accesible jurídicamente.

El juez, que considera que los miembros de la comunidad LGBT deben tener acceso al matrimonio tal cual está regulado, ha pretendido inferir que el matrimonio homosexual debiera ser jurídicamente posible hoy, porque no ve ninguna razón para que eso le sea negado y ese es su único fundamento, en todo este ampuloso desarrollo sobre la familia: que él no ve ninguna razón para que se niegue ese derecho.

2.17

DÉCIMO SÉPTIMO.- Que, en base a lo indicado en el considerando anterior esta Judicatura considera pertinente recordar el concepto de interpretación evolutiva, debiendo hacer mención al caso 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, en el cual el Tribunal Constitucional Español estableció que la Constitución es un *árbol vivo*⁹ 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 sólo 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. Esa lectura evolutiva de la Constitución, lleva al Tribunal Constitucional español a desarrollar la noción de cultura jurídica, que considera el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla; La

⁹ Criterio que deriva de la Sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo

aplicación de la interpretación evolutiva, sin recurrir a otras técnicas interpretativas, se alía con cierta doctrina italiana que ha defendido cómo las modificaciones tácitas de la Constitución se verifica en la fase que 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 interpretativa¹⁰;

En este considerando, el juez nos adelanta otro de sus fundamentos: que él puede hacer una interpretación de la Constitución, cambiándola sin necesidad de modificarla expresamente, en razón a que existe el concepto llamado interpretación evolutiva.

No vamos a entrar a esta inmensa materia de discusión, pues desenfocaría los objetivos de este trabajo.

Nos conformamos por ahora con señalar que si se nos avisa que se hará una interpretación de la Constitución, para cambiarla sin modificación formal alguna, una cuestión que no podrá obviarse, será que se nos presente con claridad en qué consistió el contenido del cambio interpretativo, mostrándonos el contenido previo en contraste con el posterior.

Pero, como veremos, eso no ocurrirá.

2.18

DÉCIMO OCTAVO.- Que, esta Judicatura considera pertinente recordar los diversos acontecimientos que se han ido presentando en el mundo con respecto al reconocimiento del derecho de los homosexuales a poder contraer matrimonio

¹⁰ Vid. Lavagna, C.: *Costituzione e socialismo, Il Mulino, Bologna, 1977*

entre ellos mismos, debiendo indicar que en 2001 Los Países Bajos fue el primer Estado del mundo en reconocer el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo; en Bélgica el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 30 de enero de 2003; en España la ley que reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio entró en vigor el 3 de julio de 2005; La ley de matrimonios homosexuales en Canadá se hizo efectiva el 20 de julio de 2005. Fue el primer país del continente americano que lo legaliza; En diciembre de 2005 una sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica dictaminó que era injustificable la discriminación basada en la orientación sexual y dio un plazo de 12 meses al gobierno para que modificara la Ley Nacional de Matrimonio sustituyendo las palabras marido o esposa por la palabra cónyuges; En Noruega la ley que establece el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 1 de enero de 2009; El matrimonio entre personas del mismo sexo en Suecia entró en vigor el 1 de mayo de 2009; ley de los matrimonios entre personas del mismo sexo en Portugal entra en vigor al día 5 de junio del 2010; El 11 de junio de 2010, el Parlamento de Islandia aprobó sin votos en contra (con 49 diputados presentes de un total de 63). Islandia se convirtió así en el noveno país del mundo que aprueba el matrimonio entre personas del mismo sexo; el 15 de julio de 2010 cuando se aprobó en Argentina el matrimonio entre personas del mismo sexo; en Dinamarca la ley que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 15 de junio de 2012; en Uruguay el 10 de abril de 2013 se aprobó el proyecto de ley que incluye dentro del matrimonio a las parejas homosexuales; en Nueva Zelanda la ley entró en vigor en agosto del 2013; en Francia el viernes 17 de mayo de 2013, el Consejo Constitucional de Francia validó la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo; así como también se ha reconocido en Brasil, Irlanda, Colombia, México, Estados Unidos, etc.

Este considerando no es sino el recuento de un número de países en los que ha ocurrido un hecho jurídico sumamente relevante para el juez, que se nos presenta junto al dato de cuándo y cómo fue que ocurrió.

El hecho consistió en la promulgación en esos países, de la ley que reconocía el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Así el juez nos muestra pues, que el matrimonio, como la familia, va cambiando en el mundo y ya es posible en algunos países que personas del mismo sexo se casen.

Pero justamente con esta información, el juzgador se despoja de lo que cree que es un fundamento, en vez de incorporar una razón.

Efectivamente, toda esa relación de países, con los años en que reconocieron jurídicamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que nos evidencia es que, antes de esos reconocimientos legales expresos mediante la promulgación de las leyes respectivas, el matrimonio entre personas del mismo sexo, no era posible y tanto no lo era, que precisamente fue necesario hacer las modificaciones legales.

El juez nos refiere además un caso particular no ya de una ley que aprobara esos derechos, sino de una sentencia, que conminó al poder ejecutivo para que cambiara la legislación sobre el matrimonio de manera que fuera posible entre personas del mismo sexo.

¿Qué significa toda esa información?, dos cuestiones fundamentales.

La primera, que darle cabida dentro de la institución matrimonial, a las uniones entre personas del mismo sexo, siendo que todos esos países regulaban esa

institución como una unión hombre-mujer, requirió forzosamente un acto legislativo expreso sin el cual esas uniones no podían acceder a la institución matrimonial, de allí precisamente la necesidad del acto legislativo.

Y en segundo lugar y justamente a partir del caso del Tribunal Constitucional de Sudáfrica que el mismo juez nos refiere, hay que advertir que incluso un Tribunal Constitucional como ese, teniendo ese poder de interpretar evolutivamente la Constitución, no se atrevió a tanto y se limitó a conminar al poder ejecutivo para que cambie la normativa, mientras que este juzgador, él justamente, se reconoce empoderado para hacer una interpretación evolutiva y concluir que sí existe en nuestra legislación vigente el derecho de dos personas del mismo sexo para acceder al matrimonio y que por tanto, sin necesidad de requerirse un cambio legislativo expreso, sino con solamente su decisión, sí es posible en el Perú que dos personas del mismo sexo registren como matrimonio su unión, contra el sentido explícito de la legislación formal vigente.

Así pues, es el propio juzgador quien nos muestra cómo se ha resuelto la cuestión que tiene entre sus manos, por países y tribunales foráneos, a través de decisiones legislativas expresas que viabilizaron el acceso de parejas del mismo sexo a la institución matrimonial u otra equivalente, para acto seguido actuar él totalmente en contra de toda esta casuística en la que pretendía fundamentarse: el juzgador nos adelanta que en su judicatura en el Perú, sin necesidad de un cambio legislativo que modifique el texto expreso de la ley, ese acceso de parejas homosexuales a al registro, habrá de darse judicialmente y por vía de interpretación.

2.19

DÉCIMO NOVENO.- Que, esta Judicatura puede apreciar en base al reconocimiento del matrimonio de personas homosexuales en el mundo, que desde el año 2001 recién se empezó a reconocer dicho derecho a dichas personas, debiendo indicar que nuestro Código Civil data del año 1984, momento

en el cual era inimaginable pensar en una institución como la del matrimonio de personas del mismo sexo, razón por la cual el contenido del artículo 234° de dicho dispositivo legal no fue cuestionado por un largo periodo de tiempo; sin embargo en vista de los cambios sociales que se han ido presentando, es que a la fecha esta Judicatura considera que dicho artículo del Código Civil no se ha adaptado a dichos cambios que se han presentado en el mundo, razón por la cual hoy existe un largo debate sobre si se debe aprobar o no un matrimonio entre personas del mismo sexo;

No nos resulta claro, el propósito de este considerando que en buena cuenta se limita a (i) declarar que nuestra norma nacional sobre el matrimonio se ha quedado rezagada en el tiempo y no ha evolucionado alineándose con una parte de la legislación comparada y (ii) reconocer que existe hoy en el Perú, un largo debate sobre si se debe aprobar o no un matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sobre la primera aseveración, no es sostenible que en razón a la existencia en la legislación comparada de una normativa en determinado sentido -aun cuando fuera abundante y que no lo es además en este caso-, por esa razón, en un proceso nacional se alegue esa circunstancia, como fundamento de una sentencia que pretende interpretar en contra del contenido de la legislación peruana.

Y sobre lo segundo, cabe señalar que el texto expreso del considerando revela claramente una cosa que quizás el juzgador no advirtió al escribir: si existe un debate sobre si se debe aprobar o no un matrimonio homosexual, ello sólo revela que el matrimonio homosexual no está vigente y precisamente por eso es que se discute si debe existir o no.

Ello lleva a concluir implícitamente, a partir de las propias expresiones del juzgador, que el sistema legal vigente no admite ese tipo de matrimonio.

Y cabe precisar entonces, que la discusión no es ni ha sido si el sistema legal vigente, interpretado evolutivamente, habrá de admitir ese tipo de matrimonio o no.

2.20

VIGÉSIMO.- Que, esta Judicatura tiene presente que no es adecuado pronunciarse sobre si se debe o no regular el matrimonio de personas del mismo sexo en nuestro país, limitándose a la labor Jurisdiccional de verificar si es que se han vulnerado o no los derechos constitucionales del señor Ugarteche Galarza Oscar, al no permitírsele que se le reconozca su matrimonio celebrado en la ciudad de México;

Esta proclamación de pulcritud funcional por parte del juzgador, encierra varias cuestiones.

Por un lado, reconoce como inoportuno cualquier pronunciamiento de su parte, sobre si se debe o no regular el matrimonio de personas del mismo sexo y por otro, deja constancia que en su labor, se limitará a verificar si se han vulnerado los derechos del demandante al no reconocerle su matrimonio en otro país.

Sobre lo primero, debe reconocerse que esa suerte de voluntaria inhibición a pronunciarse respecto a si se debe regular o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, es difícil de comprenderla en su verdadero sentido, luego que el propio juzgador ha esparcido a lo largo de sus considerandos previos las siguientes aseveraciones:

- (i) En el Considerando Décimo, que en su sentencia habrá de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 234 del C.C., que conceptúa al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer.
- (ii) En el Considerando Décimo Segundo, que el derecho al matrimonio es un derecho accesible a todos los miembros de la comunidad LGBT, pues eso está implícitamente dispuesto en la DUDH y por tanto el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo esta ya implícito en la normativa vigente.

(iii) En el Considerando Décimo Sexto, que el juzgador no ve ningún impedimento para que una persona tenga derecho a construir familia partiendo de un matrimonio homosexual.

(iv) En el Considerando Décimo Octavo, que una diversidad de países en el mundo ha reconocido ya los derechos de las personas homosexuales a contraer matrimonio.

(v) En el Considerando Décimo Noveno, que el artículo 234 del C.C., no se ha adaptado a esos cambios sociales en el mundo.

Así pues, habiendo declarado expresamente todo lo anterior, ¿hay algo no dicho por el juzgador en relación al debate sobre si debe o no regularse el matrimonio entre personas del mismo sexo? o visto desde otra perspectiva, ¿cómo es que todo lo dicho anteriormente por el juzgador, no es de ninguna manera un pronunciamiento sobre tal debate?

En cuanto a la segunda cuestión, el juzgador declara que se limitará a verificar si los derechos del demandante han sido o no vulnerados; y ello habrá de significar entonces que antes de pronunciarse sobre esa vulneración, tendría que exponernos, cuando menos dos cosas: (i) cuál o cuáles eran los tales derechos del demandante y (ii) cómo o por qué, entonces, la decisión de RENIEC vulneró esos derechos.

Sin embargo, antes de perfilar o caracterizar el o los derechos del demandante, el juzgador ya se adelantó a señalar que la vulneración que va a analizar habría consistido en no reconocer al demandante su matrimonio celebrado en México, con lo cual nos revela que en su visión de la causa, el demandante tenía el derecho a tal reconocimiento y registro, siendo ése entonces el derecho vulnerado.

Y lo que tratamos de relevar con lo anterior, es que el juzgador, hasta este momento de su exposición, se ha limitado a señalar un conjunto de normas de nuestra Constitución, así como de distintos Tratados internacionales, que de

alguna manera mencionan algo sobre matrimonio, familia, igualdad, discriminación, etc., pero, fuera de ese señalamiento y de la consignación de los respectivos textos, no ha desarrollado de ninguna manera ni bajo ninguna forma, la lógica conceptual que debiera llevarlo desde esa normativa a la conclusión mayor que constituye su tesis central, cual es, que la norma del C.C. es discriminatoria porque nuestra Constitución y/o la normativa internacional a la que el Perú se ha adherido, reconocen el derecho a contraer matrimonio, asignándolo a las personas, sin relación alguna a su sexo.

Como se verá más adelante, el juzgador intentará extraer de algunos aspectos de esa normativa, la conclusión que ha pretendido demostrar a lo largo de toda su resolución, pero será en una suerte de último fatigado esfuerzo que, por eso probablemente, se revela como un esfuerzo insuficiente.

2.21

VIGÉSIMO PRIMERO.- Que, esta Judicatura considera pertinente recordar la diferencia entre los conceptos “diferenciación y discriminación”. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funda en causas objetivas y razonables. Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable. (**EXP. N.º 02835-2010-PA/TC**).

Nada que decir sobre esto, pues en términos generales estamos de acuerdo con estas ideas base del juzgador.

Sin embargo, la diferencia entre esos dos conceptos que la judicatura expone, corresponde solamente a su acepción abstracta y pura, útil para analizar cualquier tipo de acto que pudiera considerarse discriminatorio, pero no permite discernir si el artículo 234 del C.C., concreta una discriminación.

El siguiente paso, por tanto, era imprescindible: evidenciar cómo y por qué en el artículo 234 del C.C., puede estarse dando un trato discriminatorio, a partir de las nociones que el juzgador ha expuesto de manera general y abstracta sobre la discriminación.

Sin embargo, ese análisis no lo hace la judicatura en este considerando, dando la impresión que lo deja para el siguiente.

Pero, como veremos, ni en el siguiente considerando ni en ningún otro de los que restan, ese análisis será hecho.

Por esa razón, nos parece inevitable desarrollar una parte de nuestra perspectiva al respecto en estos comentarios, porque no nos queda la menor duda que el concepto de discriminación, habrá de aplicarlo la judicatura sin mayor análisis explicativo, para discernir si la unión hombre-mujer del artículo 234 del C.C., es discriminatoria.

Comenzaremos haciéndonos una pregunta: ¿por qué razón el derecho a contraer matrimonio está limitado en el artículo 234 del C.C. a *los hombres y las mujeres*, como ocurre igualmente en la DUDH en la que no está previsto para *todas las personas*?

La pregunta no sólo tiene sentido lógico, sino que apunta directa y totalmente al fondo de la cuestión de la discriminación, pues en el fondo pide que se muestre cuál es la razón objetiva que pudiera estar detrás de ese tratamiento a los hombres y las mujeres, que parece ser desigual en relación a las personas del mismo sexo.

Vamos a exponer nuestra perspectiva.

Ya sabemos que diferenciar y discriminar son cosas distintas, siendo que la última está prohibida y lo primero sí se admite jurídicamente, como lo señala el propio juzgador.

Y lo esencial que define la discriminación está en un trato desigual a quienes son iguales, como también lo dice la judicatura.

En función a lo anterior entonces, ha de seguirse que la perspectiva de partida para la evaluación de si es discriminatorio que el acceso al matrimonio se restrinja a la unión hombre-mujer, según dispone el artículo 234 del C.C., habrá de enfocarse en determinar si esa unión es igual o no a la unión de dos hombres y/o la unión de dos mujeres, toda vez que de darse el caso que todas esas uniones fueran objetivamente iguales, entonces, un trato distinto para unas y otras, obviamente sería discriminatorio.

Y visto con detenimiento el texto del artículo 234 del C.C., se puede advertir que en la definición de nuestra norma, es precisamente la unión hombre-mujer, el sujeto de la categoría matrimonio. No es un hombre por su lado o una mujer por el suyo, quien se constituye en el sujeto de la institución matrimonial.

De allí ha de seguirse que es justamente la unión hombre-mujer, la que debe compararse con las uniones hombre-hombre o mujer-mujer, para ver si objetivamente se trata de lo mismo y por lo tanto, determinar si efectivamente hay un trato desigual para una misma situación de hecho.

Y no tenemos demora alguna en enfatizar, categóricamente, que de ninguna manera esas uniones son ni podrían objetivamente ser iguales, a partir de lo más elemental y directo de su configuración propia, que es lo esencial y característico de esas uniones distintas.

La unión hombre-mujer, sostenemos, tiene un aspecto objetivo que de ninguna manera tienen ni tendrán del mismo modo las otras dos uniones y que se deriva de manera directa y simple de su constitución biológica y sexual: la unión-hombre-mujer, por sí misma, tiene la capacidad de reproducir la especie humana.

La unión de dos hombres no podrá por sí misma hacerlo. Incluso ni siquiera uno de ellos podrá albergar en su seno, a quien pudiera ser su propia descendencia individual.

La unión de dos mujeres, tampoco podrá por si misma procrear otro individuo de nuestra especie, aunque una de ellas sí podrá albergar en su seno a su propio y directo descendiente.

Esas tres uniones, entonces, en su manifestación objetiva y de hecho más próxima y directa, son totalmente distintas entre sí, cabiendo naturalmente añadirse otra diferencia derivada directamente de esa especificidad, a saber, la filiación, que será forzosamente distinta, para cada tipo de unión.

Por esas razones biológicamente objetivas, la definición de matrimonio del artículo 234 del C.C., se refiere solamente a la unión de un hombre y una mujer, precisamente en base a ese criterio de diferenciación, como es el sexo biológico y no puede por tanto considerársela discriminatoria.

Y por esa razón, lo que viene ocurriendo jurídicamente, es que se hace cada vez más evidente que las uniones de personas del mismo sexo, con fines de vida común similares a los del matrimonio, se están propagando sin tener un marco normativo que regule esas relaciones en todos los efectos jurídicos que pudieran y debieran generarse, porque el Estado Peruano no les ha dado todavía suficiente relevancia jurídica.

Existe efectivamente entonces un tratamiento normativo expreso para las uniones hombre-mujer y ningún tratamiento normativo expreso para las uniones entre las personas del mismo sexo, pero siendo esa situación efectivamente desigual, resulta siendo un trato desigual para lo que es desigual y no un trato desigual para uniones que son iguales.

2.22

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que, en base al considerando anterior, esta Judicatura se hace la siguiente interrogante: ¿Existe una razón objetiva y razonable para no reconocer el matrimonio homosexual celebrado por el señor Ugarteche Galarza Oscar en la ciudad de México?; debiendo tenerse en cuenta que el artículo 2° de

nuestra Constitución Política indica que los derechos y libertades reconocidos en nuestra Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por el Perú?

Para comprender la postura de nuestros comentarios, creemos útil configurar previamente la ruta central del raciocinio del juzgador, que precede a la pregunta que eligió hacerse en este Considerando.

Primero, en el Considerando Décimo, expresamente declara que su propósito es determinar si el artículo 234 del C.C., es contrario a la Constitución; sostiene después en el Considerando Décimo Octavo, que varios países en el mundo ya reconocían el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio; añade en el Considerando Décimo Noveno, que en su opinión el artículo 234 del C.C. se ha rezagado respecto de esos cambios en el mundo y finalmente en el Considerando Vigésimo Primero, expone las diferencias que existen entre discriminación y diferenciación.

¿A dónde apunta esa ruta sino a discernir a continuación, si puede considerarse entonces al artículo 234 del C.C., como una norma discriminatoria?

Nos parece inequívoca esa inferencia y por ello sostenemos que lo que correspondía era preguntarse entonces, sobre si existía o no una razón objetiva para que el artículo 234 del C.C., estableciera que la institución matrimonial es accesible sólo para la unión hombre-mujer.

La pregunta que se hace el juzgador sin embargo, es otra: se pregunta si hay una razón objetiva y razonable para no reconocer el matrimonio de dos homosexuales celebrado en México, con lo cual desenfoca completamente las cosas.

En primer lugar, la correcta pregunta de si el artículo 234 del C.C., tiene detrás una razón objetiva, supone una búsqueda de su respuesta a partir del contenido de esa norma y en buena cuenta podría entenderse como formulada al legislador.

La pregunta elegida por la judicatura, en cambio, está dirigida a RENIEC, deliberadamente, pidiéndole el sustento *objetivo y razonable*, del acto administrativo denegatorio.

Así entonces, cabe relevar que la correcta pregunta ya indicada, supone un cuestionamiento a la normativa vigente - que por lo demás, era el objetivo expresamente declarado por la judicatura en el Considerando Décimo-, mientras que la pregunta elegida por el juzgador, supone un cuestionamiento sobre las razones (*objetivas y razonables*) que tuvo RENIEC para su decisión administrativa.

Dos planos conceptuales, totalmente distintos.

2.23

VIGÉSIMO TERCERO.- Que, esta Judicatura considera que la razón en la cual se ha fundamentado la denegación del reconocimiento del matrimonio celebrado con el demandante en el extranjero, es por la única razón de que fue celebrado entre personas homosexuales, no constituyendo dicho argumento ser razonable y objetivo, por lo que resulta altamente discriminatorio y contrario tanto a nuestra constitución, como a todos los dispositivos internacionales citados en la presente resolución;

Y aquí el juzgador se contesta su propia pregunta, a su propia manera.

Para empezar, RENIEC decidió no acceder a lo solicitado, alegando la existencia del artículo 234 del C.C. en el que se dispone que la institución denominada matrimonio, sólo es accesible a la unión de un hombre y una mujer y por esa razón solamente, denegó la solicitud.

El juzgador, acomodando las cosas para que encajen en la ruta que ha optado, considera que RENIEC alegó como razón para negar la solicitud, la circunstancia que el matrimonio fue celebrado entre personas homosexuales, como si su fundamento hubiera sido una suerte de raciocinio propio en el que por su cuenta,

RENIEC se habría permitido elucubrar sesudas razones y consideraciones, para caracterizar una mera cuestión de hecho (la homosexualidad de los contrayentes) y resolver fundándose en esa caracterización.

Como podrá comprenderse, de ninguna manera es lo mismo decir que se deniega la pretensión al registro porque la norma vigente lo impide expresamente, siendo esta una razón fundada en norma expresa; a decir alternativamente, que se deniega ese mismo registro, por una consideración de hecho, a saber, que las personas involucradas, son homosexuales.

El juzgador entonces desvía el foco de atención centrado en el contenido del artículo 234 del C.C., hacia la homosexualidad supuestamente alegada como motivación para denegar el registro.

Con ello, el juzgador evita pronunciarse directamente sobre cuál pudiera haber sido la razón por la que ese artículo 234 circunscribe el matrimonio a la unión hombre-mujer.

Y puesto que la decisión de RENIEC tiene por única razón que el matrimonio fue celebrado por personas homosexuales, entonces esa decisión no es objetiva ni razonable, en criterio de la judicatura.

Habiendo llegado al punto en que el juzgador cree haber puesto en evidencia que la razón de RENIEC no era *ni objetiva ni razonable*, entonces, no hay sino que consignar que esa razón era por tanto *altamente discriminatoria* y así, el prerequisite conceptual que el juzgador requería para corregir la decisión de RENIEC, queda expuesto y fundamentado en su resolución.

Finalmente, hay que relevar que el juzgador en este considerando ya había llegado a la conclusión que la decisión de RENIEC era altamente discriminatoria y por tanto sólo restaba declarar que por eso era inconstitucional y por tanto ilegal y NULA.

Ese paso, podía perfectamente tomarse en apenas un considerando más. Sin embargo, como se verá, todavía restan doce considerandos adicionales.

24.-

VIGÉSIMO CUARTO.- Que, esta Judicatura considera que viene al caso recordar una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, el EXP N 00139 2013-PA/TC, caso P. E. M. M; caso el cual estaba referido a una persona transexual la cual estaba solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y por consiguiente en su partida de nacimiento, indicándose entre los fundamentos que obtuvo, mediante un proceso judicial de cambio de nombre ante el Juzgado Civil de San Martín (Exp. ; 104-2008), que éste fuera cambiado de un prenombre masculino (J. L.) a uno femenino (P. E.), cambio que fue inscrito como anotación marginal en su partida de nacimiento en la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima). Posteriormente P.E.M.M. solicitó al RENIEC que le expida un nuevo DNI con sus nuevos nombres (P.E.), adjuntando para ello la partida de nacimiento con la anotación marginal. Refiere que el RENIEC cumplió con cambiar el prenombre de P.E.M.M. pero indicando que su sexo es “masculino”, lo cual considera que afecta su derecho fundamental a la identidad pues esto le causa un estado de depresión e incomodidad, debiendo precisarse que el Tribunal Constitucional declaró infundada dicha demanda; sin embargo los magistrados ETO

CRUZ y MESÍA RAMÍREZ, emitieron voto singular, indicando que la demanda debería de ser declarada fundada en su totalidad, en base a que se lesionaba el derecho a la dignidad de P.E.M.M puesto que tenía apariencia de mujer, y, sin embargo, tenía el sexo de masculino, con lo cual se pone en cuestionamiento el goce de otros derechos que la propia Constitución le reconoce y propicia, a su vez, situaciones diferenciadoras de trato que afectan su derecho a la igualdad;

¿Cuál es la pertinencia del contenido de este considerando en la resolución del juzgador?

Porque su relato sobre el contenido del fallo que refiere, no nos conduce a ninguna parte ni nos provee de más referencia que el hecho que dos magistrados del TC opinaron en determinado sentido, en una resolución que por mayoría se decidió de distinto modo, siendo que la decisión por mayoría no acogió la demanda y por tanto no hay decisión del TC en favor de algún criterio de los hasta este momento esgrimidos por el juzgador.

De manera que no se trata de una fuente jurisprudencial. Incluso, el voto en minoría sólo puede significar jurídicamente que la decisión válidamente adoptada no lo fue por unanimidad, de suerte que cualesquiera hubiera sido el contenido del voto en minoría, éste no tiene efectos jurídicos.

Diera la impresión, sin embargo, que es justamente en los alcances del voto en minoría que el juzgador pretende basar alguna idea que tal vez más adelante se esclarezca.

Así entonces, este considerando aparece como una irrupción o quiebre en la lógica expositiva de la sentencia, sin que nos provea de una indicio sobre cuál es ahora el norte que se persigue en el desarrollo de la resolución.

2.25

VIGÉSIMO QUINTO.- Que, esta Judicatura considera necesario 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 si gozan las parejas heterosexuales; razón por la cual son un sector de la población el cual a la fecha se encuentra desprotegido y en constante discriminación, al no

habérseles 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.

Hemos señalado que el juez prácticamente ya declaró que la decisión de RENIEC es nula por ser un acto ilegal y que lo es, porque el demandante tiene el derecho a que se reconozca su matrimonio con otro hombre en otro país.

Y si eso es así, ¿Cómo se ha de entender que en este considerando el juez parta por afirmar-*contra* el contenido de su propia decisión-, que en el Perú no existe el matrimonio homosexual o dicho de otra manera, que las personas del mismo sexo no tienen el derecho de acceder al matrimonio?

¿Cuál es o era entonces el derecho que RENIEC violentó en el demandante, si en el Perú no existe el derecho de las personas del mismo sexo a acceder a la institución llamada matrimonio?

Pero sin perjuicio de lo anterior, ¿cuál es la pertinencia de la idea que personas del mismo sexo que deciden hacer vida en común en el Perú, no tienen un marco regulatorio que defina sus derechos, en tanto fundamento de esta resolución?

¿Es que acaso considera el juzgador que la supuesta constatación por él de esa realidad de hecho, le provee de algún tipo de empoderamiento o fundamento para su decisión final?

Hacemos esta pregunta, porque sólo desde una perspectiva como la que ella plantea, entenderíamos que el desarrollo de este considerando es pertinente para la resolución judicial, pues la nulidad del acto de RENIEC ya fue sustentada y en nada abunda al respecto este considerando.

Veremos qué efecto tiene entonces, si fuera que llega a tener alguno o si, como tantos otros considerandos, se trata de una idea cuya prescindencia en la resolución no afecta en nada su sentido.

2.26

VIGÉSIMO SEXTO.- Que, el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, establece los derechos de la persona, indicándose que toda persona tiene los derechos los cuales se mencionan en dicho artículo, entre los cuales figura el de la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, dignidad, proyecto de vida etc; derechos los cuales esta Judicatura considera han sido vulnerados en el presente caso;

Este considerando, encierra uno de los misterios más insondables de la resolución: ¿cómo y por qué la negativa de RENIEC a registrar ese matrimonio en base a una norma legal vigente, violenta el derecho a la igualdad o el de la dignidad al proyecto de vida y los derechos “etc.” del demandante?, nunca lo sabremos porque el juzgador no nos lo ha dicho, habiéndose limitado, varias veces, como en esta, simplemente a declararlo, lo cual, nos parece, debiera ser revisado también, en cuanto al tema de la falta de motivación en las resoluciones judiciales.

2.27

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Que, si bien es cierto a la fecha ya ha existido la iniciativa legislativa, de una promulgación de una ley de unión civil, dicho proyecto no fue aprobado, por lo que esta Judicatura considera que no es factible que se sigan produciendo vulneraciones a los derechos de las parejas homosexuales, en el transcurso de tiempo que se apruebe una ley la cual reconozca derecho alguno de dichas personas, debiendo precisarse además que existe aún incertidumbre con respecto a si en el Perú, se reconocerá derecho alguno a dichas parejas en un futuro;

Este considerando, perfectamente pudo ser parte o estar unido al considerando Vigésimo Quinto anteriormente consignado por el juzgador.

Por su contenido, no es más que la continuación de su idea expuesta en aquél considerando anterior, que debió haber seguido entonces, con la noción que esa

ausencia regulatoria sobre las personas del mismo sexo y sus derechos, está acompañada por incertidumbres y vulneraciones a tales derechos, situación que esa Judicatura no considera factible.

Pero nuevamente, ¿cuál es la pertinencia, en tanto fundamento de esta resolución, de la declaración del juzgador en el sentido que esa Judicatura no considera factible que continúen la incertidumbre y las vulneraciones a los derechos de las personas del mismo sexo?

¿Es que acaso el juzgador porque no considera factible que continúen la incertidumbre y las vulneraciones a los derechos de las personas del mismo sexo, siente o estima que su resolución será el punto de quiebre que defina este estado de cosas?

¿Es ese el tipo de poder del cual se siente empoderado este magistrado por ser juez?

Siempre creímos que la función de los jueces era aplicar las leyes vigentes y no suplirlas en ocasión de emitir sentencias, con nuevos y distintos contenidos según fueran surgiendo las ideas en el tiempo.

Finalmente, tampoco vemos en este considerando pertinencia alguna con el resultado de la resolución, pues no abunda en la nulidad del acto de RENIEC.

2.28

VIGÉSIMO OCTAVO.-Que, esta Judicatura considera que no es acorde a derecho que a la fecha no existe institución alguna la cual reconozca algún derecho a favor de dichas parejas homosexuales, debiendo precisarse que si bien es cierto no representan la mayoría de la población, representan un gran número de personas, tal como se ha podido apreciar en las diferentes marchas y manifestaciones que se han ido produciendo en los últimos años en nuestro país;

En concordancia y como consecuencia de su declaración personal anterior, el juzgador nos comunica que en su criterio, no es acorde a derecho – cómo y por qué no es acorde a derecho, tampoco nos lo dirá-, que no exista ninguna institución que reconozca algún derecho a favor de las parejas homosexuales.

Este considerando, fuera de ser otro apéndice del Considerando Vigésimo Quinto y que muy bien pudo estar incluido en aquél, nos parece prescindible jurídicamente respecto de los alcances que pudiera tener la resolución final, pues como varios otros considerandos, se limita a una mera declaración de las creencias o pareceres personales del juzgador y no provee fundamentos jurídicos a la decisión final.

2.29

VIGÉSIMO NOVENO.- Que, efectuando una interpretación evolutiva de nuestra Constitución, esta Judicatura considera que dicho dispositivo legal, 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 reclama 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;

Esta, nos parece, es otra postulación de principios personales del juzgador.

Pero a diferencia de las anteriores, aquí se dice de manera resumida que a falta de una institución legal expresa, que reconozca derechos a las parejas homosexuales, tales derechos pueden muy bien ser reconocidos por el poder judicial, vía la reinterpretación constitucional evolutiva.

En buena cuenta, se sostiene que lo que no se consigue del Congreso aun, mediante un cambio de la ley, podrá conseguirse del Poder judicial a través de la función jurisdiccional.

Con esta última noción, parece revelarse que el conjunto de las ideas propias que el juzgador ha ido desarrollado en los últimos considerandos, se conjugan para darle marco y sustento a lo que el juzgador siente o cree que está a punto de decidir y que requiere, por necesidad, un contexto de tales alcances.

Nos parece que el juzgador se piensa en un momento en que él y su resolución, habrán de convertirse en el punto de quiebre del estado negativo de cosas respecto a los supuestos no reconocidos derechos de las parejas del mismo sexo, de cara a un sistema legal que no les da cabida de manera expresa, arrogándose entonces la función y facultad de asignar derechos no reconocidos por la legislación vigente, en base a una interpretación evolutiva de la Constitución.

Sólo así, puede entenderse este conjunto de declaraciones previas que, cabe señalarlo, no tienen añadida ninguna referencia directa o indirecta respecto a de dónde emanan y cómo se justifican jurídicamente.

2.30

TRIGÉSIMO.- Que, es pertinente recordar un acontecimiento muy importante que se presentó en los Estados Unidos, en el cual el Tribunal Supremo de los Estados Unidos determinó en una votación 5-4 la legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo. De esta forma 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 territorios, esto sucedió en el caso *Obergefell v. Hodges*¹¹, en el cual se estableció lo siguiente: “Es degradante impedir que

¹¹ *Obergefell v. Hodges* fue un caso judicial en la Corte Suprema de los Estados Unidos en el cual el tribunal falló que el matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser prohibido por la legislación estatal, por lo que estableció que los matrimonios de este tipo son válidos en todos los estados y deben poder celebrarse en todo el país, conforme lo prescribe la Constitución de los Estados Unidos.

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. La limitación del matrimonio a parejas del sexo opuesto puede haber parecido justa y natural, pero su inconsistencia con el significado principal del derecho fundamental al matrimonio se hace ahora manifiesta”;

Este considerando no es más que otro referente del contexto que el juzgador busca estructurar y presentarlo, a fin que justifique o sustente su evolutiva interpretación.

En los Estados Unidos de Norteamérica, el Tribunal Supremo de ese país, determinó la legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo, por esa razón -suponemos que pensara el juzgador-, aquí en el Perú, la Corte también podrá determinar su legalización.

Cabe recordarle al juzgador, sin embargo, que ese Tribunal Supremo, pertenece a un sistema legal distinto al nuestro, en el que no es la ley promulgada sino la interpretación judicial, la fuente más recurrida en la determinación de derechos, cosa que no ocurre o no debiera ocurrir en nuestro país, donde la fuente natural y recurrente de los derechos es la ley.

El nuevo constitucionalismo, no debe olvidar que esa circunstancia sigue siendo la base de la estructura de nuestros sistemas jurídicos y que arrogarse la facultad de cambiar el contenido de las leyes a través de interpretaciones constitucionales, por más que se las llame evolutivas, debe tener el límite de no menoscabar la función legislativa que nuestra misma Constitución asigna al Congreso, como ocurre con muchos sistemas legales en el mundo, que son como el nuestro.

2.31

*TRIGÉSIMO PRIMERO.- Que, esta Judicatura considera pertinente recordar lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en el popular y reciente caso *Duque vs Colombia*¹² estableció en su considerando N° 104 lo siguiente: “La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, 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”, asimismo en su considerando 105° estableció lo siguiente: “En ese sentido, el instrumento interamericano 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 Convención⁸⁹. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana.”*

Esta declaración de la Corte, es reiterativa de la prohibición a discriminar, pues reafirma que no se pueden restringir los derechos de **una persona**, a partir de su orientación sexual.

Compartimos la idea general, sin duda, pero, ya hemos postulado e insistido varias veces, que el derecho al matrimonio es el único derecho que en la legislación positiva de los Derechos Humanos, está restringido a *los hombres y las mujeres* y no está reconocido para *todas las personas*, precisamente porque esa

¹²Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Duque vs Colombia, sentencia del 26 de febrero del 2016, el caso se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional de Colombia por la alegada exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una pensión de sobrevivencia tras la muerte de su pareja, supuestamente con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo.

restricción se fundamenta en un criterio diferenciador expreso, que esa legislación contempla a manera de excepción única, a saber, el sexo biológico.

Creemos sin embargo, que se puede aportar algo más, desde la perspectiva de los conceptos, en base a los alcances de este considerando.

Si imagináramos que todas las personas en el mundo, no sólo tuvieran su sexo biológico exactamente definido, sino que sus deseos de copulación sexual, además, fueran para todos absolutamente unívocos, en el sentido que todos los hombres sólo sintieran atracción por las mujeres y viceversa, creemos que la expresión "*orientación sexual*", carecería de sentido en una sociedad así y solamente se hablaría de *los hombres y las mujeres* y de su *impulso sexual*.

A partir de esa perspectiva, queremos sugerir que la expresión "*orientación sexual*", cobra realidad y sentido sólo a partir del hecho que existen seres humanos de ambos sexos que tienen y sienten atracción sexual por personas de su mismo sexo y que esa singularidad puede ser llamada por eso mismo y entonces, una *orientación sexual*, queriéndosela identificar como algo diferente de la atracción que de manera generalizada sienten los individuos por las personas del otro sexo.

De allí ha de seguirse que en la evolución de la comprensión de los alcances de los términos relacionados a las cuestiones de los Derechos Humanos, la idea que la *orientación sexual* no puede ser un fundamento para no reconocer derechos, ha de entenderse como referida de manera exclusiva para las personas precisamente con *orientación sexual*, es decir, para todos los miembros de la comunidad LGTB, en el sentido que de ninguna manera, por el solo hecho que estas personas tengan una *orientación sexual* y por lo tanto, por el sólo hecho que sexualmente tengan una conducta distinta a la de las personas heterosexuales, por eso nomás, se podrán restringir sus derechos.

Y a partir de allí, nos parece perfectamente comprensible que cuando en la legislación positiva sobre los Derechos Humanos, se hace referencia explícita aunque única y excepcional, a *los hombres y mujeres*, como conformantes del matrimonio, se está haciendo una diferenciación entre *todas las personas*, a partir de su sexo, para restringir el matrimonio a la unión heterosexual y por eso, de ningún modo esa diferenciación basada en el sexo, puede ser vista como una discriminación fundada en la *orientación sexual*.

Las personas con *orientación sexual*, entonces, no son ni podrían ser *los hombres y las mujeres* a que se refiere recurrentemente la legislación positiva de los Derechos Humanos, cuando toca al matrimonio.

El juzgador, recurrentemente también, pretende desconocer la expresa y textual forma de haberse escrito y reconocido al matrimonio, como relacionado a la unión hombre-mujer, en la legislación positiva de los Derechos Humanos y pretende inferir de cada expresión que encuentra sobre el derechos de *todas las personas* para no ser restringidas sobre los derechos fundamentales que la legislación positiva reconoce, que la diferenciación sexual entre *los hombres y las mujeres* no existe para propósitos del matrimonio, porque tampoco existen razones objetivas para esa diferenciación, como si las diferencias biológicas entre los sexos fueran una fantasía inventada y una realidad imposible de comprobación.

Queremos ser más precisos todavía.

Los hombres y las mujeres son distintos biológicamente -lo creemos cierto y comprobado-, pero esa diferencia de ningún modo debe o puede significar -en la lógica de los alcances de los Derechos Humanos-, que en razón a ser mujer o ser hombre, biológicamente, habrán o podrían haber derechos para hombres inaccesibles a las mujeres o viceversa.

Y cosa muy distinta es, sin embargo, que en base precisamente a esa diferencia biológica, se generen tratamientos diferenciados de circunstancias o derechos,

que todavía hoy son perfectamente comprensibles, precisamente porque su fundamento está en esa diferencia biológica.

Desde cuestiones de hecho, como baños para mujeres y baños para hombres, deportes para hombres y mujeres, hasta cuestiones legales como el derecho al descanso pre y post natal o la edad de la jubilación, el feminicidio, etc., todas, son evidencia irrefutable que la diferenciación sexual en la raza humana ha requerido de creaciones de conductas, instituciones y derechos, también diferenciados porque se trata de una realidad manifiesta que exigió y exigirá siempre ese trato desigual.

En toda otra cosa, para la cual la diferencia biológica es inocua, no puede darse el caso que ocurran consecuencias jurídicas en contra de cualquier persona ni puede darse un trato no igualitario.

Y es en función a todo lo anterior, entonces, que entendemos que existen dos formas distintas de discriminación: la discriminación en base al sexo de las personas y la discriminación de las personas en base a su *orientación sexual*, siendo que ambas están expresamente prohibidas

Así, una mujer lesbiana, por ejemplo, puede sufrir los dos tipos de discriminación prohibida por los Derechos Humanos: (i) aquella basada solamente en el hecho que biológicamente es mujer y que sería una discriminación en base a su sexo, como la que podría ocurrir en un ambiente laboral; y (ii) aquella que se pueda fundar en el hecho que fuera lesbiana, que sería una discriminación en base a su orientación sexual, como la que puede ocurrir en lugares públicos a propósito de sus manifestaciones de afecto con la pareja.

En función a todas las consideraciones anteriores entonces, nos parece claramente sustentable que contraer matrimonio es un derecho fundado en una diferenciación biológica y por tanto fundado en una diferenciación entre los sexos y no puede ser, por eso, visto como una forma de discriminación en base a la *orientación sexual*, como pretende entenderlo el juzgador.

Llegados a este punto, creemos necesario también desarrollar el aspecto quizás más importante de toda esta discusión.

¿Se trata en el fondo de todo esto, que las personas homosexuales tengan acceso al matrimonio? ¿Tienen el derecho de aspirar a una vida en común con los efectos jurídicos que el sistema asigna a la institución matrimonial?

Empezaremos por la segunda pregunta.

Desde nuestra perspectiva, las personas homosexuales, no por eso, se han convertido en tanto personas, en un sujeto de derechos de menor valía o cosa parecida y tienen y deben tener por tanto, los mismos derechos que las personas heterosexuales en tanto personas.

Pero, no pudiendo negarse la diferencia biológica entre las personas, que las hace mujeres y hombres, eso mismo trae como consecuencia irrefutable, que la unión hombre-mujer, de hecho y en los hechos, sea totalmente distinta a la unión hombre-hombre y a la unión mujer-mujer y por esa razón, no tenemos duda alguna que el diseño jurídico de la unión hombre-mujer, tal cual esta articulado, no puede de ningún modo ser accesible a ninguno de esos dos tipos de uniones alternativas y distintas.

Sin embargo, siendo legítimas las aspiración de las personas homosexuales, tiene que haber una respuesta del sistema legal, pero, esta tendrá que ser acorde con la naturaleza biológica distinta de esas uniones y por tanto, no se trata de permitir el acceso a la institución matrimonial a las uniones hombre-hombre y/o mujer-mujer, sino de diseñar un marco legal alternativo -incluso para cada tipo de unión, pues nos parecen distintas entre sí estas dos últimas-, como ya lo indicamos anteriormente.

Y ello no tiene nada de extraño o particular en el mundo jurídico, pues en general el diseño lógico del derecho, está construido precisamente sobre las diferencias entre las categorías que lo componen, siendo que esas categorías base se

diseñan en función precisamente a sus diferencias, que son a veces tenues aspectos, pero que no obstante despliegan toda una regulación distinta.

Por ejemplo, la diferencia entre un contrato de comodato y uno de arrendamiento, es que por el arrendamiento se paga una renta, mientras que el comodato es a título gratuito.

Pero esa sola diferencia sin embargo, ha generado toda una regulación distinta para cada contrato y con distinta magnitud y despliegue, pues el arrendamiento consta de 46 artículos (del N°1,666 al N° 1,712), en los que se desarrollan múltiples aspectos del mismo, mientras que en otra parte está regulado el comodato con 26 artículos (del N°1,728 al N° 1,754), que igualmente desarrollan diferentes aspectos del contrato.

Así pues, esa diferencia entre dos categorías conceptuales, comodato y arrendamiento, ocurre porque existe una diferencia básica entre esas dos categorías y de la misma forma ocurre en el resto del sistema jurídico, en el que a distintos conceptos o categorías jurídicas, diseñadas en base a ciertas diferencias de hecho, les corresponden tratamientos jurídicos distintos, precisamente porque existe una diferencia entre las categorías.

En este caso, estamos frente a lo mismo desde una perspectiva conceptual: la unión hombre mujer, es biológicamente distinta a las otras dos uniones y por ese simple hecho –que dicho sea de paso no es ni simple ni poca cosa-, esa unión tiene un conjunto de reglas sintetizadas en la categoría *matrimonio*, que contempla aspectos que sólo tienen sentido a partir de la heterosexualidad.

Por ejemplo, la filiación y la patria potestad reguladas dentro del capítulo del matrimonio, están descritas y asignadas en el C.C., asumiendo el ejercicio de las funciones biológicas combinadas de modo heterosexual.

Una unión homosexual, no va a generar de ningún modo descendencia a través del ejercicio combinado de su sexualidad común y esa circunstancia de hecho,

tiene que generar una regulación normativa expresa y distinta sobre filiación y patria potestad.

Por otro lado, por ejemplo, es una causal de terminación del vínculo matrimonial, la homosexualidad sobreviniente al matrimonio, hecho que sólo es concebible en una unión hombre-mujer y de ningún modo podría serlo para los otros dos tipos de uniones.

No puede ser entonces que lo que está en juego sea si las personas homosexuales pueden acceder o no al matrimonio tal cual está diseñado, como no se trata tampoco que se modifiquen los alcances del matrimonio para que cobije las uniones homosexuales.

Esto último, particularmente, porque no hay que olvidar que las uniones heterosexuales, sea en matrimonio o en concubinato, son la inmensa mayoría y que las uniones homosexuales son, así, apenas una minoría, por lo que carece de toda proporción y justeza, pretender rediseñar los derechos de casi todos, para que los pocos, encuentren su bienestar.

Así entonces, nuestra postura frente a esas dos interrogantes es categórica: de ninguna manera se trata de buscar y encontrar la manera cómo las personas homosexuales puedan acceder a la institución matrimonial.

No debiera ocurrir jurídicamente, que por vía de “*simple*” modificación del artículo 234 del C.C. -sustituyendo la expresión *hombre y mujer*, por *personas*-, las uniones de dos hombres y dos mujeres, encuentren la singularidad de su unión homosexual, regulada eficaz y completamente con la normativa actual, que está diseñada sobre la base de la heterosexualidad.

Y por otro lado, como ya dijimos, sería una desproporcionada solución, que siendo mayoritaria la unión hombre-mujer, se reestructure su regulación normativa, para que se dé cabida a todas las justas necesidades distintas que las uniones homosexuales requieran.

Ni una ni otra cosa son correctas ni necesarias.

Las personas homosexuales, naturalmente tienen todo el derecho a que el sistema legal diseñe una categoría ad-hoc, que contemple todos los aspectos biológico-diferenciales que la separan de la categoría matrimonio y todos los derechos similares que no se fundamenten en esa diferenciación.

De lo que se trata entonces, es de crear una regulación propia que se ajuste al hecho que las uniones hombre-hombre y mujer-mujer, por ser biológicamente distintas a la unión hombre-mujer, habrán de tener –incluso tal vez cada una de ellas por separado-, una regulación propia que se adecue lo más posible a su realidad.

Así, creemos que esa futura normativa podrá establecer una institución similar y paralela al matrimonio, que denominándose de manera distinta, tendrá su propia y distinta regulación en cuanto a la filiación y la patria potestad, para empezar; estará acompañada seguramente de los mismos derechos patrimoniales que los del matrimonio, pues estos no están asignados en base a la diferencia biológica; y finalmente vendrá acompañada también con distintos y variados ajustes sobre otras reglas del matrimonio, como la disolución, la duración y en fin, todas aquellas cuestiones que los miembros de la comunidad LGBT sabrán idear mejor, por mejor conocer sus necesidades y expectativas.

2.32

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Que, en su Observación General No. 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que en “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. 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

viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación¹³;

Las cuestiones sobre la orientación sexual y la identidad de género, como ya venimos mostrándolo, son referidas por el juzgador recurrentemente a fin de reforzar su tesis fundada en la discriminación. No sentimos entonces que debamos agregar nada ya a lo expuesto por nuestra parte.

2.33

TRIGÉSIMO TERCERO.- Que, asimismo la Corte Interamericana estableció en el famoso caso Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile¹⁴ lo siguiente: “la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta 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 Convención Americana”;

¹³ Cfr. Consejo Económico y Social (CESCR), Observación General N° 20: la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20. párr. 32

¹⁴ Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 81. Asimismo el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera

Este considerando, creemos, nos lo ofrece el juzgador para hacer una analogía con su propia función al momento en que habrá de resolver.

En resumen, lo que nos refiere es que aquella Corte no se ha visto reprimida en pronunciarse sobre algún determinado aspecto vinculado a las minorías sexuales, por el sólo hecho que entre los Países Miembros no haya habido consensos al respecto.

Y hay que precisar por nuestra parte, la Corte no se ha sentido reprimida de ninguna manera, porque lo que tiene que aplicar es un instrumento supranacional, aceptado por todas las partes, entre las que están incluso y justamente, aquellas que no han tenido una actitud en línea con el consenso que hubiera podido existir entre las otras partes contratantes.

Así, la falta de consenso entre algunas de las partes contratantes del tratado que debe aplicar la Corte, se revela como una circunstancia sin trascendencia jurídica para su función.

Creemos que el juzgador quizás considera como la Corte, que él está de cara a una falta de consenso sobre el tema que tiene entre sus manos y sin embargo, como la Corte también, esa falta de consenso no será motivo para no pronunciarse y fallar, como si tal poder le hubiera sido delegado, como ocurre en el caso de la Corte que se refiere.

2.34

TRIGÉSIMO CUARTO.- Que, tal como se ha podido apreciar, ha quedado demostrado que a la fecha existen cada vez más Estados los cuales están permitiendo y aceptando dentro de su legislación una regulación ya sea del matrimonio homosexual o de alguna otra figura similar, esto en vista de los cambios y exigencias que se han ido presentado en el pasar del tiempo, asimismo ya existe pronunciamientos de la Corte Internacional de Derechos Humanos, referidos a los derechos de las personas homosexuales; razón por la cual esta

Judicatura considera que no es acorde a derecho que continúe las vulneraciones de los derechos de las parejas homosexuales;

Compartimos con el juzgador su aserto: hoy, hay varios países ya que contemplan en su legislación interna, normas que regulan algún tipo institución para dar cabida a las expectativas de las parejas homosexuales en su objetivo de hacer vida en común de manera similar al matrimonio.

Discrepamos, sin embargo, con lo que creemos que es su intención al hacernos esta referencia, a saber, que como ya es una realidad en otros países esa regulación, este hecho habrá de ser un soporte para que el juzgador sustente su decisión. Eso, no es ni puede ser un fundamento jurídico.

2.35

TRIGÉSIMO QUINTO.- En consecuencia en atención a los considerandos anteriores y las normas glosadas, se desprende que la pretensión del demandante sí resulta amparable, no siendo factible que sufra de algún tipo de discriminación en virtud de su orientación sexual, habiendo la parte demandada violentado los derechos constitucionales a la igualdad, no discriminación, y al libre desarrollo y bienestar; consideraciones por las cuales, de conformidad con lo establecido con los arts. 1º, 2º y 200º inc. 2 de la Constitución, arts. 1, 2, artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna, artículo 2º y 16º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Impartiendo Justicia a Nombre de la Nación,

Este último considerando resume desde la lógica del juzgador, las razones para su decisión.

El juzgador parte por declarar de manera implícita pero certera, que en sus considerandos anteriores ya ha quedado suficientemente demostrado todo lo que aquí habrá de referir en apretada síntesis.

Iremos tomando cada aspecto separadamente.

Como primera cuestión, la judicatura consigna que la pretensión del demandante es amparable.

Y ¿cuál es esa pretensión que resulta amparable?, pues la que el propio juzgador consignó en su Quinto Considerando y que efectivamente era la verdadera y única pretensión del demandante, a saber, que “...*se disponga el reconocimiento ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil*”, en el Perú, “...*de su matrimonio celebrado en la ciudad de México...*”, obviando el evidente contrasentido que tal pretensión no era ni pudo haber sido considerada como una pretensión restitutiva, como expusimos en nuestros comentarios sobre este asunto y que no podía entonces tramitarse como una acción de amparo.

La pretensión del demandante siempre fue *el reconocimiento* en el Perú, de un derecho adquirido bajo las leyes mejicanas, pero a través del amparo, siendo que ese reconocimiento, por ser una *pretensión de cambio en el estado civil* del demandante, de ningún modo era ni podía ser una pretensión restitutiva, pues no hay forma de restituir algo que previamente no existía.

Cabe añadir, por otro lado, que respecto de ese derecho a que se reconozca en el Perú el matrimonio de dos hombres celebrado en México, el juzgador no nos ha señalado en ningún momento de su raciocinio y sus considerandos, ninguna norma que lo contemple, pese al hecho evidente que esa norma sí existe.

Y las normas para contestar la directa, verdadera y única pretensión del demandante, están en el Código Civil.

Nos referimos a las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en el Código Civil: (i) el artículo 2,070°, que establece que la ley aplicable para

establecer el estado civil de las personas naturales es la ley de su domicilio y el artículo 2,050°, que establece que los derechos adquiridos de manera regular bajo la ley extranjera que según la norma de conflicto peruana fuera competente, tendrán la misma eficacia en nuestro país.

Así entonces, el supuesto derecho del demandante a que se le reconozca aquí un derecho adquirido en otro país, tiene en principio una regulación expresa que responde a esa pretensión y además tiene una ruta procesal propia, que no es ni podría haber sido la acción de amparo.

Queremos precisar no obstante lo anterior, que no pretendemos asegurar que esas normas orienten categóricamente la respuesta del sistema legal peruano a la pretensión del demandante, en un sentido positivo, pues este enfoque es también, como en el caso del acceso de parejas homosexuales al matrimonio en el Perú, un tema en discusión¹⁵.

Como podrá concluirse de las precisiones anteriores, podemos advertir que el juzgador, en vez de contestar directamente la pretensión del demandante señalándonos en qué norma se fundamenta su derecho a que se le reconozca aquí el matrimonio celebrado en México, ha dedicado más bien todos sus esfuerzos a tratar de demostrarnos que el matrimonio en el Perú no puede ni debe ser un derecho que este constreñido a la unión heterosexual, que no es de ninguna manera lo mismo.

Así pues, el tema de si el demandante tenía o no el derecho a que se le reconozca en el Perú su matrimonio celebrado en México, tenía normas expresas y directas que sin duda permitían un pronunciamiento al respecto, sin tener que haber pasado, necesariamente, por la cuestión de si las parejas homosexuales

¹⁵ Al respecto, recomendamos la lectura del artículo *“Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los Derechos Humanos.”*, de Carlos J. Zelada y Alonso Gurmendi Dunkelerg. Copia electrónica accesible en: <http://ssrn.com/abstract=2830254>

Y dejamos constancia que tenemos algunas importantes discrepancias con las cuestiones que se desarrollan en ese artículo, pero no es este el lugar para discutir las.

tienen acceso en el Perú a la institución del matrimonio, si el artículo 234 del C.C ha devenido o no en una norma discriminatoria y demás cuestiones que el juzgador tan afanosamente ha intentado desarrollar en su sentencia.

Por otro lado, como el juzgador ya ubicó procesalmente en el amparo la cuestión que debe resolver, busca entonces después de señalar el derecho, indicar su supuesta violación, aunque, insistimos, sin habernos dicho nunca en qué fundamento normativo se sustenta tal supuesto derecho.

En esa línea discursiva, declara el juzgador que el demandante no puede sufrir más discriminación en razón a su orientación sexual -como si lo hubiera probado suficientemente ya en sus considerandos anteriores-, no explicándonos tampoco esta vez, cómo es que el acto de RENIEC discrimina en contra del demandante en base a la orientación sexual de éste.

Añade finalmente el juzgador, que RENIEC ha violentado los derechos del demandante a la igualdad, a la no discriminación y a su libre desarrollo y bienestar, sin tampoco habernos explicado cómo y de qué manera particular, es que esa precisa decisión de RENIEC, afecta a cada uno de esos derechos.

Y por todo lo anterior y las disposiciones normativas internacionales que ha citado, el juzgador declara FUNDADA la demanda y ordena la inscripción del matrimonio celebrado en México.

Así el juez, olvidando que es una causa sobre acción de amparo, no advierte que su decisión la toma sin precisar cuál ha sido el derecho vulnerado, en qué consistió esa vulneración y en qué consiste la restitución del estado de cosas afectado.

Y totalmente fuera del contexto de la acción de amparo, el juez ordena que RENIEC haga algo que no había hecho antes y que registre lo que antes no estaba registrado.

A través de una acción de amparo entonces, el demandante habría logrado que se cambie su estado civil en el Perú y no que se le restituya nada.