



DOCTRINA PRÁCTICA

La figura del matrimonio igualitario en el Perú: la protección de la familia homoparental y la jurisprudencia constitucional

Luisana Isell Vega Zeña*

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO

1. Introducción. — 2. Reconfiguraciones estructurales de la familia: nuevas formas de convivencia familiar reconocidas por el Tribunal Constitucional. — 3. Definición y análisis de la homoparentalidad como nuevo tipo de familia. — 4. El interés superior del niño en el contexto de una familia homoparental. — 5. La figura del matrimonio igualitario: la realidad en el Perú a partir del caso *Ugar-teche* y la jurisprudencia constitucional comparada. — 6. Conclusiones. — 7. Referencias bibliográficas.



RESUMEN

A la luz de los principios de igualdad y no discriminación, la autora considera necesario la recepción en nuestro ordenamiento de la familia homoparental, para lo cual se analiza la evolución de la noción de familia, el interés superior del niño, así como la jurisprudencia comparada sobre el matrimonio igualitario y la realidad peruana a partir de lo resuelto en el caso *Ugar-teche*.



ABSTRACT

In light of the principles of equality and non-discrimination, the author considers it necessary to receive the homoparental family in our legal system, for which the evolution of the notion of family, the best interests of the child, as well as comparative jurisprudence is analyzed. on equal marriage and the Peruvian reality based on what was resolved in the case Ugar-teche.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y licenciada en Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la UNMSM. Experiencia docente en Teoría del Estado en la Escuela de Ciencia Política de la UNMSM.



Palabras clave: Derecho de igualdad y no discriminación / Familia homoparental / Interés superior del niño / Matrimonio igualitario

Recibido: 19-01-21

Aprobado: 26-01-21

Publicado en línea: 04-05-21



Keywords: *Right to equality and non-discrimination / Homoparental family / Best interests of the child / Equal marriage*

Title: *The figure of equal marriage in Peru: the protection of the homoparental family and constitutional jurisprudence*

1. Introducción

Los derechos humanos se caracterizan por su contenido universalista y de inherencia al ser humano; en ese sentido, deben constituir la estructura principal del Estado democrático y constitucional de derecho. Sin embargo, somos testigos de la existencia de grupos minoritarios de personas que no gozan de los mismos derechos al igual que la mayoría y que además, institucional e históricamente, han sufrido la desposesión de sus derechos, cuyo sustento en el caso específico es su orientación sexual. Ante esta injusticia padecida se propone como política de solución: el reconocimiento (propuesto por HONNETH y FRASER), que no es más que investir de legalidad su existencia.

La familia y el Estado de fluidez en su composición ha demandado la reacción del legislador y, en algunos casos, de pronunciamientos judiciales, quienes reconocen la interpretación evolutiva de instituciones como el matrimonio o la familia; en el caso del Perú, la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 09332-2006-PA/TC reconoció la existencia de familias

ensambladas, ratificando su criterio en el Expediente N.º 01204-2017-PA/TC.

Ahora bien, parte del proyecto de vida de algunas personas pertenecientes a las minorías sexuales, es la pretensión que sus familias gocen de reconocimiento legal, siendo el matrimonio la figura institucional más idónea. En algunos países el tema ha sido superado hace mucho mediante la aprobación legislativa; en otros, ha sido el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema las que vía sentencias interpretativas han reconocido el matrimonio igualitario, otorgando al Parlamento, en algunos casos, una moratoria para que puedan legislar sobre el matrimonio conforme al derecho de igualdad y no discriminación. En el Perú, con la reciente sentencia en el caso *Ugarteche*, el Tribunal Constitucional dejó pasar la oportunidad para emitir un pronunciamiento garantista de derechos, resolviendo por la improcedencia (voto en mayoría) a partir de la interpretación pétrea e inmutable de la institución del matrimonio, ocasionando la desprotección legal de parejas que buscan formalizar su unión en el Perú, así como de familias homo-

parentales que existen y demandan ser reconocidas como tales.

2. Reconfiguraciones estructurales de la familia: nuevas formas de convivencia familiar reconocidas por el Tribunal Constitucional

El nuevo contexto social, educativo y fundamentalmente económico ha deconstruido el paradigma de la familia tradicional caracterizada por roles de género históricamente definidos; en consecuencia, tenemos ahora a la mujer independiente financieramente, más activa en el campo laboral, de investigación y universitario, contexto que ha causado un impacto en la sociedad y en la estructura familiar. Álvaro ESPINOZA¹ refiere que este factor promoverá la búsqueda de modelos familiares que disminuyan los riesgos asociados a las rupturas con el fin de reducir los costos vinculados con una separación; ello significa que las nuevas conformaciones familiares no se invistan de formalidad, configurándose nuevas realidades como lo son las recientes composiciones y estructuras familiares.

El concepto tradicional de familia, desde hace algún tiempo, dejó de responder al nuevo contexto, hecho que fue advertido por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 09332-2006-PA/TC (2007), en el cual el máximo ente

de interpretación constitucional hizo referencia por primera vez a las familias monoparentales y reconstituidas conformadas a partir de la viudez o el divorcio, cuya identidad debía de salvaguardarse conforme manda el artículo 4 de la Constitución.

Casi una década después, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 01204-2017-PA/TC (2018), reitera la protección a las familias ensambladas, profundizando en las características propias de este grupo (f. j. n.º 34);

- Comprende una pareja cuyos integrantes deciden voluntariamente fusionar sus proyectos de vida, y en la cual uno de ellos o ambos posee hijos de una relación previa. También comprende a parientes con lazos cercanos que voluntariamente deciden hacerse cargo de la atención, cuidado y desarrollo del niño o niña en forma habitual.
- Generalmente, se originan por razones de abandono, viudez, divorcio o separación de uniones de hecho. Este último, con base en la relación de equivalencia que existe en nuestro ordenamiento entre el matrimonio y la unión de hecho; tal como lo ha dispuesto el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil (cfr. STC N.º 09708-2006-AA/TC).
- La nueva identidad familiar debe guardar algunas características para reconocerse como tal. Estas características pueden consistir en “habitar y compartir vida de familia

1 ESPINOZA COLLAO, Álvaro, “¿En qué está la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar”, en *Tla-melaua*, vol. 10, n.º 41, 2017, p. 226.

con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento” (STC N.º 09332-2006-PA/TC).

IMPORTANTE

[R]esulta un exceso la interpretación forzosa del artículo 4 de la Constitución, así como la preponderancia del artículo 234 del Código Civil, que declara expresamente la heterosexualidad de los contrayentes (el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer) con el objetivo de restringir un derecho.

No obstante, el Tribunal Constitucional, en su afán tuitivo de la familia, integra disposiciones de protección de la familia contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Perú; así, se hace referencia al inciso 1 del artículo 23 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado), al artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (protección a la familia) y al artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (derecho a fundar un familia), remarcando la protección de la familia no solo desde el ámbito interno, sino también en el derecho internacional. En la resolución del Expediente N.º 01204-2017-PA/TC, se hace mención incluso al caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*

(2018) y a la Opinión Consultiva OC 21/14 emitida por la Corte Interamericana, ambos en relación con la familia extensa, siempre que persistan lazos cercanos y personales.

Sin embargo, en la argumentación sobre los nuevos esquemas o modelos familiares, se denota un mutismo total de parte del Tribunal Constitucional en relación con las conformaciones de familias homoparentales, quienes tienen una estructura funcional casi idéntica a la de una familia convencional. Así, por ejemplo, en el Expediente N.º 01204-2017-PA/TC del 2018, no se hace mención alguna a las familias homoafectivas, pese a existir jurisprudencia interamericana a esa fecha que señalaba que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma (caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, párr. 142); así como la Opinión Consultiva OC 24/17, en la cual la Corte IDH observa que una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo frustraría el objeto y fin de la Convención (párr. 189). Bastaba con reconocer que este tipo de familias también existen.

Por ello, más allá de hurgar sobre características específicas que permitan definir o conceptualizar la constitución de una familia y, como consecuencia de ello, garantizar su protección bajo un esquema restringido, el estudio de la es-

estructura o dinámica familiar debería de abordarse desde la teoría sistémica que:

[S]e fundamenta más que en los rasgos de la personalidad de sus miembros, en el conocimiento profundo de la familia como un grupo con una identidad propia y como escenario en el que tienen lugar un amplio entramado de relaciones interpersonales en el que cada integrante de la familia puede ser considerado como un subsistema que aporta a su propio sistema y estructura familiar².

Ello bajo el principio de que la familia es la institución natural más importante para el ser humano, ya que se constituye en el marco para su desarrollo tal como señaló la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2542 (XXIV de 1969), denominada “Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social”, en la cual se define a la familia como “eje de desarrollo, unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes [...] siendo esta institución clave para la elevación del nivel de vida material como espiritual”; y en igual sentido prescribe el artículo 4 de la Constitución, toda vez que reconoce a la familia y al matrimonio como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad.

2 ESPINAL, Isabel; Adelina Gimeno COLLADO y Francisco GONZÁLEZ SALA, “El enfoque sistémico en los estudios sobre la familia”, en *Revista Internacional de Sistemas*, n.º 14, 2004-2006, p. 23.

3. Definición y análisis de la homoparentalidad como nuevo tipo de familia

La heteronormatividad se ha constituido como parámetro jurídico de las relaciones familiares a lo largo de siglos. Sin embargo, la realidad se ha tornado cambiante al legitimarse y permitirse jurídicamente el matrimonio entre parejas del mismo sexo en algunos países del mundo, cuestión que genera gran debate fundamentalmente de carácter moral y religioso.

Ahora, si bien el reconocimiento del matrimonio igualitario visibilizó a la familia constituida por parejas del mismo sexo, se debe acotar que estas familias ya existían de *hecho* como una realidad de la que no se habla por considerarla contraria a la naturaleza de esta institución. En lo que se refiere a estas uniones, muchas de ellas cuentan con hijos provenientes de relaciones heterosexuales anteriores, de adopción de niños por parte de uno de los padres en calidad de soltero, o de embarazo mediante técnicas de reproducción asistida, incluyendo la maternidad subrogada. En ese sentido, la familia homoparental incluye a las familias lesbomaternales y transgénero, incluso pueden ser nucleares, ensamblada o extendida, puesto que desarrollan una dinámica igual a la de una familia heterosexual, adscritas a los mismos comportamientos y relaciones intrasistémicas que dotan de funcionalidad a este grupo humano. En consecuencia, “al referirse a la familia, es importante no partir de una perspectiva tradicional, con una estruc-

tura previamente definida y que excluya otras concepciones y conformaciones”³.

Esta tipología familiar, recientemente reconocida en algunos países que han cuestionado la heteronormatividad en favor de garantizar los derechos humanos de todos, aún son la excepción y no la regla, puesto que en una serie de países existe la proscripción y hasta el castigo de las relaciones entre personas del mismo sexo bajo el delito de sodomía y, por lo tanto, la nula garantía de los derechos de esta minoría; otros Estados han aceptado uniones civiles de carácter meramente patrimonial exceptuando la adopción de hijos bajo el argumento de proteger el principio de interés superior del niño.

Tenemos, por otro lado, percepciones desde la sociedad que se concretan en el rechazo a la conformación de familias homoparentales y que se explican por la dificultad de romper con lo que se ha legitimado como un modelo de familia, además de tener como principal fundamento que los niños de padres homosexuales serán más propensos a sufrir confusión sobre su género y su identidad sexual. Estas creencias, señala PATTERSON⁴, se reducen a cuestiones his-

tóricamente asociadas con toma de decisiones judiciales en procesos de tenencia y políticas públicas que rigen el cuidado de crianza y la adopción. Por ejemplo, la creencia que lesbianas y gay padecen una enfermedad mental por el solo hecho de tener una orientación sexual no heterosexual; se aduce, también, que las lesbianas son menos maternas que las mujeres heterosexuales y que las relaciones homoafectivas dejan poco tiempo para interacciones con sus hijos impera, además la preocupación que los niños que viven con madres lesbianas o padres homosexuales podrán ser estigmatizados y victimizados por la sociedad.

Paradójicamente, la preservación y promoción de la familia se ha convertido en un poderoso discurso político invocado por liberales, moderados y los ultraconservadores, quienes presentan un proyecto de familia sea desde el punto de vista de inclusión o de exclusión de ciertas uniones familiares, privilegiando a las familias de la triada heterosexual, matrimonial y nuclear, en desmedro de cualquier otro tipo de familia ajena a lo esperado, más aun si dentro de la diversidad familiar se encuentran niños criados por padres del mismo sexo, algo que resulta inconcebible según los cánones morales y religiosos de agrupaciones conservadoras, enarbolándose como discurso oficial el no reconocimiento siquiera de la unión civil. En ese sentido, ROBALDO⁵

3 CAPDEVIELLE, Pauline; Mariana MOLINA FUENTES, Haydeé GÓMEZ AVILEZ y Alejandro MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La agenda de la laicidad en 2018*, México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 101.

4 PATTERSON, Charlotte J., “Lesbian and Gay Parents and Their Children: Summary of research findings”, en *Lesbian & Gay Parenting*, Washington: American Psychological Association, 2005, p. 7.

5 ROBALDO, Marcelo, “La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia. Aportes para la discusión”, en *Punto Género*, n.º 1, 2011, p. 181.

refiere que es prioritario dar espacio y legitimidad a las familias homosexuales, toda vez que al interior de estas conviven personas con idénticos derechos al resto y que, sin embargo, aún son tratados como ciudadanos de segunda categoría. Ante ello subyace la reivindicación del reconocimiento, una sociedad que respete la diferencia y en la “cual la integración en la mayoría o la asimilación de las normas culturales dominantes no sea ya el precio de un respeto igual”⁶.

Finalmente, es pertinente señalar que ostentar una orientación sexual distinta a la heterosexual no se constituye en parámetro válido para menospreciar o inhabilitar a dichas personas de su labor de padres, madres o miembros conformantes de una familia, más allá de ese simplista prejuicio.

4. El interés superior del niño en el contexto de una familia homoparental

¿Puede la homosexualidad, su expresión, la convivencia con una pareja del mismo sexo vulnerar el interés superior de sus hijos? Al respecto, hace poco más de tres décadas se han realizado investigaciones empíricas y estadísticas en el campo de la psicología y las áreas sociales a fin de determinar los efectos de la homoparentalidad en la crianza y adopción de niños. Ahora bien, estas investigaciones han concluido en la no existencia de perjuicios en contra

de los niños y adolescentes que son criados por familias homoparentales, además de no encontrarse diferencias sustanciales entre los niños criados en familias del mismo sexo y hogares heterosexuales, determinando que los padres homosexuales son tan competentes en su desempeño parental como los padres heterosexuales, no obstante los detractores argumentan que “cualquier niña o niño educado en una familia gay correría la amenaza inminente de psicosis, como si una estructura, llamada necesariamente ‘Madre’ y necesariamente ‘Padre’”; establecida en el nivel de lo simbólico fuera un soporte psíquico necesario contra una agresión de lo real⁷.

En virtud de ello, estos tipos de familia son difícilmente reconocidas por la sociedad fundamentalmente por prejuicio; además de ello, el Estado se niega a reconocerlas como un elemento esencial en la dinámica de la sociedad y, por el contrario, los veta y proscribe por considerarlas antinaturales, manteniendo su *statu quo* de posición marginal frente al derecho. Los fundamentos son esencialmente religiosos, simplistas y de concepción restrictiva sobre lo que significa y abarca una familia, produciendo con ello que estas familias y sus miembros no sean reconocidas y sean notoriamente discriminadas por los demás miembros de la sociedad que se erigen como primera categoría, y por el

6 FRASER, Nancy y Axel HONNETH, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político filosófico*, Madrid: Morata, 2006, p. 14.

7 BUTLER, Judith, *El grito de Antígona*, Barcelona: El Roure, 2001, p. 96.

estado mismo que impone un patrón heterosexista en desmedro de lo diversa que pueden resultar las familias.

El tema de las familias homoparentales ha sido superado en algunos Estados (29 Estados en el mundo reconocen el matrimonio igualitario), siendo tema insoslayable la crianza y tenencia o adopción de hijos para las parejas que así lo desean. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de México, al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010⁸, sobre el derecho a las parejas homosexuales a adoptar menores de edad, señaló “la heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad – homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas” (f. j. n.º 338). Asimismo, se ha demostrado que la homosexualidad no es adquirida a través de hábitos o por convivencia, de la misma forma que la heterosexualidad, considerar aquello como argumento, sería demostrar “una visión reduccionista si se piensa que un niño/a que crece en una familia homoparental va a adolecer de la identificación con un rol de género”⁹.

Si nos remitimos a los pronunciamientos de las cortes supranacionales, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, en relación con el interés superior del niño, en el caso *Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012) señaló: “El objeto general de proteger el Principio del Interés Superior del Niño es en sí mismo un fin legítimo, sin embargo, no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra del padre o madre por la orientación sexual de cualquiera de ellos” (párr. 108). En un caso sobre discriminación en el proceso de tenencia de una menor contra el padre por ser este homosexual, la Corte Europea de Derechos Humanos sentenció que el Estado de Portugal violó el artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos humanos, toda vez que la Corte de Apelaciones de Lisboa llevó a cabo una diferencia de trato en desmedro del señor Salgueiro Da Silva por el solo hecho de su orientación sexual, actuación que no pasó por el test de proporcionalidad y razonabilidad, hecho que no tolera el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰.

Seguidamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en el caso *X y otros c. Austria. Aplicación n.º 19010/07* (2013), reiterando que la relación de una pareja del mismo sexo que cohabita y que vive en una relación estable de hecho esta dentro de la noción de “vida familiar”, al igual que la

8 Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al 16 de agosto del 2010. Acción de Inconstitucionalidad. 2/2010. Recuperado de <<https://bit.ly/3mrnwWo>>.

9 Ministerio de Desarrollo Social y Familia de Chile.

10 *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*. Aplicación n.º 33290/96, 1999. Este caso emblemático constituyó un referente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Karen Atala y niñas vs. Chile*, resuelto en el 2012, es decir, más de una década después.

relación de una pareja de distinto sexo en la misma situación (párr. 94).

Por lo tanto, se puede concluir que la convivencia de una pareja del mismo sexo, no es *per se* dañina o perjudicial para sus hijos, tomándose en cuenta que las leyes nacionales, los instrumentos jurídicos internacionales, en especial la Convención sobre los Derechos del niño y las Observaciones de su Comité son los parámetros de validez de las decisiones en las que tenga que ver el interés superior del niño. Así, el cuadro 1 contiene las principales pautas para la determinación de este interés en cada aspecto de la vida de un niño, más aún tratándose de los procesos judiciales o la toma de decisiones públicas o privadas que los afecten.

Elementos y garantías que determinan el Interés Superior del Niño (ISN) a partir de la Observación General N.º 14 CRC/C/GC/14	
Elementos para determinar el ISN	Garantías procesales para la observancia del ISN
a) La opinión del niño (el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).	a) El derecho del niño a expresar su propia opinión.
b) La identidad del niño.	b) La determinación de los hechos.
c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.	c) La percepción del tiempo.
d) Cuidado, protección y seguridad del niño.	d) Los profesionales cualificados.
e) Situación de vulnerabilidad.	e) Representación letrada.
f) El derecho del niño a la salud.	f) La argumentación jurídica.
g) El derecho del niño a la educación.	g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones.
h) Búsqueda de un equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés superior	h) La evaluación del impacto en los derechos del niño.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de la Observación General N.º 14 RC/C/GC/14, 29 de mayo del 2013.

En esa línea, cabe recalcar que la Convención sobre los Derechos del Niño señala que estos no pueden ser discriminados bajo ninguna circunstancia propia o la de sus ascendientes; vale decir, los niños no pueden ser segregados socialmente por la condición —en este caso en particular— por la orientación sexual de sus padres; asimismo, la sociedad juega un papel prioritario en el desarrollo óptimo de un niño, pues debe de regirse por los principios de respeto y tolerancia, así como de no discriminación, esquema que debe ser replicado en los colegios, bajo una política educativa inclusiva y por demás respetuosa de toda minoría. De la misma manera, no cabe duda sobre la angustia que padecen los niños cuando estos o sus padres son discriminados, excluidos o aislados de la sociedad a la cual pertenecen, máxime si es mandato constitucional la protección de la familia.

Como anota ALVES DE FARIA¹¹, en países en los cuales las parejas del mismo sexo están impedidas de establecer una relación legal entre ellas y con sus hijos (salvo el progenitor biológico), los derechos y el bienestar de los niños corren el riesgo de verse afectados seriamente, ya que estos enfrentarán desafíos que no les ocurre a los niños nacidos y criados en un contexto hetero familiar. Dado el

11 ALVES DE FARIA, Gabriel, “Sexual Orientation and the ECtHR: what relevance is given to the best interests of the child? An analysis of the European Court of Human Rights approach to the best interests of the child in LGBT parenting cases”, en *Family & Law*, abril del 2015, p. 6.

hecho de que solo uno/a tenga la consideración de padre o madre legal, el otro enfrentará dificultades en la mayoría de actividades comunes para criar a un niño, además de no ser reconocido ni por la sociedad ni por el sistema jurídico como su padre/madre, incluso en el peor de los casos, si su padre o madre biológico/a falleciera, el padre o madre —no reconocido— no podría ejercer la patria potestad, dejando al menor en la orfandad, caso que se agrava cuando el niño ha sido concebido por técnicas de reproducción asistida, esto es lo que verdaderamente atenta contra el interés superior del niño.

IMPORTANTE

[E]s pertinente señalar que ostentar una orientación sexual distinta a la heterosexual no se constituye en parámetro válido para menospreciar o inhabilitar a dichas personas de su labor de padres, madres o miembros conformantes de una familia, más allá de ese simplista prejuicio.

Lo que queda claro es que existen dos posturas irreconciliables entre aquellos que están a favor de la homoparentalidad y aquellos que la rechazan de plano invocando el interés superior del niño, lo cierto es que cuestiones como la posible estigmatización social, el probable estrés o aislamiento que sufrirían los menores, no pueden ser datos que validen una investigación o alguna línea de opinión que se precie de ser objetiva, expresando intolerancia hacia la diversificación de

las familias que no se adscriben a los principios de la familia heterosexual, hecho que debe estar proscrito en un estado en el cual prime la igualdad y dignidad de todos.

5. La figura del matrimonio igualitario: la realidad en el Perú a partir del caso *Ugarteche* y la jurisprudencia constitucional comparada

La figura jurídica del matrimonio resulta ser la más idónea como institución de protección legal de la familia. El Perú está lejos de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, y esto porque el Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 01739-2018-PA/TC, resolvió declarar improcedente la demanda de amparo interpuesta por Oscar Ugarteche contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), quien solicitaba el reconocimiento y registro de su matrimonio celebrado en México (2010) con el señor Fidel Aroche. Los votos de los magistrados en mayoría señalan en buena cuenta lo siguiente:

- La figura del matrimonio es la heterosexual, de ahí que la complementariedad de los sexos desemboca en el nacimiento de nuevas personas, dotándolas por ello de un peculiar e intenso valor social. Los nuevos ciudadanos, que aseguran la continuidad social, proceden de uniones entre personas de distinto sexo, no de uniones homosexuales. La Constitución en su artículo 4 consagra el matrimonio heterosexual, en con-

cordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17.2)¹².

- El proceso contencioso-administrativo es la vía idónea en la que puede ventilarse este tipo de controversias relativas a resoluciones administrativas¹³.
- La Constitución no consagra el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo (párr. 1). Como es de verse, no hay referencia alguna en la Constitución ni en la CADH al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo ni habilitación alguna al respecto¹⁴ (párr. 6).
- No todo derecho adquirido fuera del Perú tiene que ser reconocido como válido en el Perú. Aunque el matrimonio de Ugarteche con Aroche fue celebrado válidamente en Ciudad de México, colisiona con la noción de matrimonio contenida no solo en el Código Civil, sino también en la Constitución. La Convención Americana no dice, pues, que contraer matrimonio es derecho de las personas; dice que es derecho *del hombre y la mujer*,

es decir, de *dos* personas de sexo *opuesto*. La Convención Americana no ampara tampoco la poligamia ni el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁵.

Sin ánimo de hacer un análisis pormenorizado de cada voto singular, se puede mencionar que reducir el matrimonio a la complementariedad de la genitalidad o la reproducción resulta discriminatorio respecto de personas que, aun siendo heterosexuales, deciden no tener hijos o no pueden tenerlos naturalmente por cuestiones biológicas como la edad o la infertilidad, de ahí que un matrimonio heterosexual que resulte en creación de personas sea más valioso que cualquier otro, resulta ser una falacia. Por otro lado, la Constitución expresamente no señala la heterosexualidad como criterio fundamental del matrimonio, es más, ni siquiera se hace referencia a ello, solo señala: “La comunidad y el estado [...] también protegen a la familia y promueven el matrimonio”; por lo tanto, resulta un exceso la interpretación forzosa del artículo 4 de la Constitución, así como la preponderancia del artículo 234 del Código Civil, que declara expresamente la heterosexualidad de los contrayentes (el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer) con el objetivo de restringir un derecho.

Otra arista de la fundamentación en mayoría fue la interpretación literal de

12 Voto singular del magistrado Ferrero Costa.

13 Voto singular del magistrado Miranda Canales.

14 Voto singular del magistrado Ernesto Blume Fortini.

15 Voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte, en alusión a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, reforzando el carácter restrictivo de derechos sobre la base de los acuerdos internacionales que no expresan en su contenido que el matrimonio puede celebrarse entre dos personas del mismo sexo, soslayando la interpretación evolutiva de los tratados sobre derechos humanos, considerados instrumentos vivos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su homólogo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por otro lado, los temas relevantes del voto en minoría fueron: que las personas con orientación sexual no heterosexual son un grupo humano históricamente discriminado; la orientación sexual como un componente esencial del ser humano se ratifica la interpretación del artículo 1.1 de la CADH sobre el término “cualquier otra condición social”, entendida como optimización de la dignidad de la persona humana, y por ende la orientación sexual como categoría protegida por la CADH, además de pertenecer al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Se hace mención a lo señalado por la Corte IDH en la OC 24/17 (para el magistrado Eloy Espinoza-Saldaña es vinculante) en relación con el reconocimiento del matrimonio igualitario en los países de la región que no lo han legislado, pues no solo basta con reconocer la existencia del

colectivo LGTBIQ, sino también debe de reconocerse sus proyectos de vida, lo que pasa por reconocer el matrimonio igualitario¹⁶.

No obstante, comparando lo que señaló en mayoría el Tribunal Constitucional del Perú con lo resuelto por otras cortes constitucionales o supremas, tenemos, por ejemplo, el caso de España, en el cual el Tribunal Constitucional español, ante la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley 13/2005 que aprobaba el matrimonio igualitario¹⁷, refirió que la institución del matrimonio bajo una interpretación evolutiva debe ser acomodada a la vida moderna y a la realidad social. En relación con la adopción de menores por parte de matrimonios conformados por padres del mismo sexo, el Tribunal Constitucional precisó que la resolución judicial que aprueba la adopción de un menor siempre pretenderá el bienestar de este y la protección de su Interés Superior, así como la idoneidad del adoptante o adoptantes, idoneidad que nada tiene que ver con su orientación sexual. Por todos los motivos expresados en la sentencia, se resolvió desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la citada ley.

16 Voto de los magistrados Marianella Ledesma, Ramos Nuñez y Eloy Espinoza-Saldaña.

17 La modificación que se realizó al segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil quedó con la siguiente redacción: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Del mismo modo, Sudáfrica se convirtió en el primer país del continente de África en aprobar el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Esto fue consecuencia de lo resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica, quien determinó que prohibir el matrimonio a parejas del mismo sexo era discriminatorio e inconstitucional, y ello porque la Constitución de Sudáfrica de 1996 fue la primera en el mundo en proscribir la discriminación expresamente por razón de género y de orientación sexual.

Para mayor precisión, la Corte Constitucional se pronunció en el caso *Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v Minister of Home Affairs and Others* (CCT 60/04), señalando que la sociedad sudafricana es tan diversa en conformaciones familiares que resulta inapropiado afianzar cualquier forma particular como la única social y legalmente aceptable. Existe un imperativo constitucional que conlleva a reconocer a estas uniones. La Corte precisó también que excluir a las parejas del mismo sexo de los beneficios y responsabilidades del matrimonio resulta ser una reliquia sobreviviente de prejuicios sociales destinados a evaporarse, es recordar que las parejas del mismo sexo son extraños, y que su necesidad de afirmación y protección de sus relaciones íntimas como seres humanos son menos valiosas y menos dignas que la de las parejas heterosexuales. Por lo tanto, resolvió que la redacción del artículo 30 (3) del *Marriage Act 25 de 1961*, que señalaba esposo o esposa, era inconsistente con el artículo 9 de la Cons-

titución; no obstante, dicha inconsistencia se suspendía por 12 meses a partir de la fecha de la sentencia para permitir que el Parlamento corrija los defectos advertidos. Si el Parlamento no corrigiera los defectos dentro de este período, se entenderá que el artículo 30 (3) del *Marriage Act 25* se lea inmediatamente “cónyuge” del matrimonio, sin precisar hombre o mujer. El Parlamento, dentro de la fecha prevista por la Corte, aprobó el 30 de noviembre del 2006 el matrimonio para las parejas del mismo sexo por considerarlo de acorde a su Constitución.

Francia¹⁸ reconoce el matrimonio igualitario desde el 17 de mayo de 2013, con la Ley Nro. 2013-404¹⁹ (*Mariage pour tous*). Los grupos conservadores señalaron que está ley era inconstitucional ya que el matrimonio era una figura permitida solo a un hombre y una mujer. El Consejo Constitucional Francés invocó el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que refería: “La ley debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar”. En el caso de la adopción, el Consejo precisó que las parejas del mismo sexo que deseen adoptar un niño estarán sujetas a las mismas formalidades que las parejas constituidas por un hombre y una mujer, es decir, deben de cumplir un procedimiento destinado a establecer su

18 Reconocía desde el año 1998 el “pacto de solidaridad”.

19 La ley modifica el artículo 143 del Código Civil en la siguiente manera: “El matrimonio es contraído por dos personas de diferente sexo o del mismo sexo”.

capacidad para criar a un niño (Décision n.º 2013-669 DC (2013), f. j. n.º 52). En consecuencia, se declara que la Ley N.º 2013-404 no vulnera la Constitución ni la tradición francesa.

En Brasil, se reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo el 14 de mayo del 2013, convirtiéndose en el tercer país sudamericano en hacerlo (después de Argentina, 2010, y Uruguay, 3 de mayo del 2013). El Consejo Nacional de Justicia de Brasil legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo en todos los estados; ello como referencia de la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil en su pronunciamiento relativo a una acción de inconstitucionalidad (ADI 4277) del 2011, que resolvió a favor de reconocer a las parejas del mismo sexo que viven en uniones estables.

En el 2015, Estados Unidos de Norteamérica, a través de la Corte Suprema se pronunció sobre el caso *Obergefell* (2015), resolviendo en resumen lo siguiente: que son cuatro principios que demuestran las razones por las cuales el matrimonio es una institución fundamental bajo la Constitución y aplicable con igual fuerza a parejas del mismo sexo: 1) la primera premisa es que el derecho a una elección personal, como lo es el matrimonio, es inherente al concepto de la autonomía individual. 2) El derecho al matrimonio es fundamental porque soporta la unión de dos personas como no lo hace ninguna otra institución. Las parejas del mismo sexo tienen el mismo derecho que las parejas de sexo opuesto a disfrutar de

una asociación íntima. 3) La base para proteger el derecho al matrimonio es la salvaguarda a los niños y las familias. Sin el reconocimiento, la estabilidad y la predictibilidad que ofrece el matrimonio, los niños sufrirían el estigma de saber que sus familias de alguna manera son inferiores a las otras. 4) Los casos de la Corte y las tradiciones de la Nación dejan claro que el matrimonio es la base del orden social de la Nación. La Corte resuelve que el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo se deriva de la garantía de igual protección de la décimo cuarta enmienda y, por lo tanto, no pueden ser privadas de este derecho y libertad, pudiendo las parejas del mismo sexo ejercer el derecho fundamental al matrimonio en todos los estados de Norteamérica.

IMPORTANTE

En las últimas dos décadas, se ha dado una suerte de posmodernización de la familia, a raíz de un nuevo contexto social, educativo y fundamentalmente económico que ha deconstruido el paradigma de la familia tradicional o nuclear caracterizada por roles de género históricamente definidos.

En Colombia, el contexto fue una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional contra el artículo 113 del Código Civil (que señalaba que el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer que se unen con el fin de vivir juntos, procrear y de auxi-

liarse mutuamente), entre otras normas referidas al matrimonio de característica heterosexual.

A través de la sentencia C-577/11 (2011), la Corte Constitucional resolvió bajo el principio de pluralidad familiar en relación con el derecho de igualdad y al concepto amplio de familia, prohibiendo la desprotección a causa de la orientación sexual, señalando que el reconocimiento a las parejas homosexuales no puede quedar limitado a los aspectos meramente patrimoniales, ya que existen componentes afectivos que animan su convivencia. En consecuencia, la unión marital de hecho como alternativa resulta insuficiente; por ello, era menester superar aquel déficit de protección mediante la inclusión de una institución que torne factible la posibilidad de optar entre la unión de hecho y la formalización de su relación a partir de una vinculación jurídica específica como el matrimonio al igual que las parejas heterosexuales. Con ello, declaró EXEQUIBLE (inconstitucional) la expresión “un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 113 del Código Civil, exhortando al Congreso de la República, para que antes del 20 de junio del 2013 legisle con la finalidad de eliminar el déficit de protección advertido, si el Congreso hacía caso omiso a la exhortación, las parejas del mismo sexo podrían acudir ante notario o juez competente para formalizar su vínculo contractual.

Incumplido este plazo por parte del Congreso, nuevamente se recurrió a la Justicia Constitucional (Sentencia SU214/16). La Corte Constitucional

ratificó la sentencia C-577/11, señalando que dos personas del mismo sexo tienen derecho a unir sus vidas mediante una institución reconocida por el estado, como lo es el matrimonio, puesto que los contratos civiles innominados no suplen el déficit de protección, confirmando además que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al veinte de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica.

Interesantes fueron los casos que resolvieron las altas cortes de justicia en Austria (diciembre del 2017), Taiwán (mayo del 2017 y recién efectivo en mayo del 2019), Ecuador (junio del 2019), cuya Corte Constitucional resaltó que la Opinión Consultiva OC24/17 constituye un instrumento internacional de derechos humanos de aplicación inmediata en el Ecuador y Costa Rica (mayo del 2020), después de cumplido el plazo de 18 meses otorgado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (que aplicó la obligatoriedad de la Opinión Consultiva 24/17) para que el Parlamento legislara sobre el matrimonio igualitario.

En el Perú, más allá de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, desde el ejecutivo se emitió el Decreto Supremo N.º 220-2020-EF (agosto del 2020), norma complementaria del Decreto Supremo N.º 063-2020, la misma que dispone el apoyo solidario de los funcionarios y servidores públicos del poder ejecutivo para la entrega económica a favor de los deudos del personal de salud fallecidos a consecuencia del COVID-19. Lo novedoso de esta normativa

es el reconocimiento expreso que hace el estado de las uniones de personas del mismo sexo²⁰ al considerarlas también como beneficiarias de esa entrega económica, pero, como se observa, estamos aún años luz de la protección integral de los derechos fundamentales para todos en el Perú, y en especial el reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ante ello evoco lo que Navi Pillay, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008-2014) señaló:

El argumento en favor de extender a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (personas LGBT) los mismos derechos que gozan todas las demás personas no es radical ni complicado. Se basa en dos principios fundamentales que sustentan las normas internacionales de derechos humanos: igualdad y no discriminación. Las palabras iniciales de la Declaración Universal de Derechos Humanos son inequívocas: “Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

6. Conclusiones

- En las últimas dos décadas, se ha dado una suerte de posmodernización de la familia, que implica una nueva composición, reestructuración y reconfiguración de la misma, a raíz de un nuevo contexto social, educativo y fundamentalmente económico que ha deconstruido el

paradigma de la familia tradicional o nuclear caracterizada por roles de género históricamente definidos, y así lo advirtió el Tribunal Constitucional con las sentencias N.º 09332-2006-PA/TC y N.º 01204-2017-PA/TC, al reconocer las familias monoparentales y ensambladas.


- Una —aparente— nueva forma de familia ha hecho su entrada en el derecho, estas son las familias conformadas por parejas del mismo sexo (con o sin hijos), familias que siempre han existido pero que se mantuvieron bajo la sombra de lo tradicional y deseado por el estado y la sociedad. Algunos estados a través de la labor legislativa, el manejo de los discursos de algunos partidos políticos, los pronunciamientos judiciales de las altas cortes nacionales y la jurisprudencia sentada por la justicia supranacional han universalizado el derecho a tener y formar una familia soslayando el imperativo heterosexual. La consecuencia de esto es el reconocimiento y la legitimación de estas familias; mientras que otros Estados han optado por su invisibilización, configurándose en este último caso un desfase entre norma, política pública y realidad. Lo cierto es que esta tipología familiar reconocida en algunos países, aún es la excepción y no la regla.
- El interés superior del niño no se menoscaba por la orientación sexual de sus padres, son sus atributos

20 Decreto Supremo N.º 220-2020-EF (Anexo) Artículo 6.- Destino de los recursos obtenidos por la reducción de ingresos mensuales.

2. [...] Para efectos de la presente norma, también se consideran personas beneficiarias a los y las convivientes del mismo sexo del personal de salud fallecido.

- personales, así como la capacidad de dotar al niño de las mejores condiciones materiales y espirituales las que siempre deben ser valoradas en cualquier circunstancia. Los jueces de familia tienen la tarea de hacer primar el interés superior del niño, además de conocer la jurisprudencia internacional vinculante, así como las Opiniones Consultivas pertinentes y no resolver en base a prejuicios o cuestiones subjetivas que linden más con el escrutinio desproporcionado de la vida privada de los padres.
- El matrimonio se erige como la institución que amplía el ámbito de protección a los derechos de las familias homoparentales, de ahí la importancia de su reconocimiento. En el Perú el matrimonio igualitario sufrió un revés a través de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso *Ugarteche*, puesto que al declarar la improcedencia se sorteó una problemática que exigía un pronunciamiento a la altura del máximo tribunal de garantía de derechos fundamentales, las argumentaciones del voto en mayoría distan mucho del rol de intérprete de vanguardia que han tenido otras altas cortes del mundo. Ello es una invitación para que los demandantes recurran al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en busca de justicia.
 - Contra las personas LGBTI se ha gestado y consolidado la injusticia cultural y sexual que reproduce

grupos y categorías de desigualdad y discriminación, considerándolos menos valiosos, hecho que resulta un grave problema para el sistema democrático, puesto que se normaliza la inferioridad de algunos y la superioridad de otros, coadyuvada por el negacionismo del estado y de la sociedad de ver realidades sexuales fuera del radio heterosexista y heteronormativo.

- Resulta imperioso destacar que la discriminación y desigualdad padecida por este colectivo tiene incidencia en su dignidad como sentido universalista y en el proyecto de vida que han trazado para ellos; no reconocer las estructuras familiares que conforman, menoscaba la autorrealización definida para sí mismos. 

7. Referencias bibliográficas

- ALVES DE FARIA, Gabriel, “Sexual Orientation and the ECtHR: what relevance is given to the best interests of the child? An analysis of the European Court of Human Rights approach to the best interests of the child in LGBT parenting cases”, en *Family & Law*, abril del 2015.
- BUTLER, Judith, *El grito de Antígona*, Barcelona: El Rourc, 2001.
- CAPDEVIELLE, Pauline; Mariana MOLINA FUENTES, Haydeé GÓMEZ AVILEZ y Alejandro MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La agenda de la laicidad en 2018*, México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- ESPINAL, Isabel; Adelina Gimeno COLLADO y Francisco GONZÁLEZ SALA, “El enfoque sistémico en los estudios sobre la familia”,

en *Revista Internacional de Sistemas*, n.º 14, 2004-2006.

ESPINOZA COLLAO, Álvaro, “¿En qué está la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar”, en *Tla-melaua*, vol. 10, n.º 41, 2017.

FRASER, Nancy y Axel HONNETH, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político filosófico*, Madrid: Morata, 2006.

PATTERSON, Charlotte J., “Lesbian and Gay Parents and Their Children: Summary of research findings”, en *Lesbian & Gay Parenting*, Washington: American Psychological Association, 2005.

ROBALDO, Marcelo, “La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia. Aportes para la discusión”, en *Punto Género*, n.º 1, 2011.