

EXPEDIENTE N°: 10776-2017-0-1801-JR-CI-11
ESPECIALISTA: ULLOA LUJAN, ROXANA ELISA
CUADERNO: PRINCIPAL
SUMILLA: PRESENTA AMICUS CURIAE

**SEÑOR PRESIDENTE DE LA SEGUNDA SALA CONSTITUCIONAL DE LA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA:**

La **Clínica Jurídica de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú**, habiendo tomado conocimiento del proceso de amparo promovido por Susel Paredes y Gracia María Aljovín, mediante el cual se solicita la inaplicación del artículo 234 del Código Civil y, en consecuencia, la inscripción en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del matrimonio celebrado en Miami con fecha agosto del año 2016, se presenta a este proceso a fin de presentar este documento en calidad de *amicus curiae*, al amparo del artículo 2 inciso 20 que reconoce el derecho de petición ciudadana.

El presente *amicus curiae* ha sido elaborado por el equipo docente de la Clínica Jurídica, conformado por Erika Irene Zuta Vidal, identificada con D.N.I. N° 10283807, con casilla electrónica N° 37127 y correo electrónico eizuvid@gmail.com y Peter Alexis Cruz Espinoza, identificado con D.N.I. N° 45159496, con casilla electrónica N° 61898 y correo electrónico peter.cruz@pucp.edu.pe, conjuntamente con el equipo estudiantil de la Clínica Jurídica integrado por Simón Neyra Mariñas, Karen Alexandra Navarro Cjuno, Jackelin Johana Robles Rojas, Daniela Alexandra Castro Salaverry, Miryam Austregilda Vargas Apolinario, Adriana Del Pilar Valencia León y Pamela Belén Minaya Tamariz. Asimismo, pretende ser un referente especializado para un mejor resolver en el presente proceso de amparo.

AMICUS CURIAE DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE DERECHO DE FAMILIA DE LA PUCP SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO CELEBRADO ENTRE SUSEL PAREDES Y GRACIA MARÍA ALJOVÍN

1. OBJETO DEL AMICUS CURIAE

La **Clínica Jurídica de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú** se concibe como el escenario conjunto de estudiantes y equipo docente de la PUCP que tiene como objetivo promover la discusión sobre las instituciones del Derecho de Familia en el Perú y aplicar sus conocimientos a la solución de problemas socio-jurídicos de la realidad nacional.

El presente *amicus curiae* ha sido elaborado por Erika Irene Zuta Vidal, Peter Alexis Cruz Espinoza, Simón Neyra Mariñas, Karen Alexandra Navarro Cjuno, Jackelin Johana Robles Rojas, Daniela Alexandra Castro Salaverry, Miryam Austregilda Vargas Apolinario, Adriana Del Pilar Valencia León y Pamela Belén Minaya Tamariz. Asimismo, pretende ser un referente especializado para un mejor resolver en el proceso de amparo promovido por Susel Paredes y Gracia María Aljovín, que se sigue en la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima con Expediente N° 10776-2017-0-1801-JR-CI-11, mediante el cual se solicita la inaplicación del artículo 234 del Código Civil y, en consecuencia, la inscripción en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante “RENIEC”) del matrimonio celebrado en Miami con fecha agosto del año 2016.

El caso bajo análisis es de gran relevancia para la Clínica Jurídica de Derecho de Familia debido a que versa sobre la institución del matrimonio, la misma que se reconoce como una institución fundamental de la sociedad en atención a lo precisado en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

2. ESTADO SITUACIONAL DE LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL PERÚ

Según el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI+) constituyen uno de los grupos de especial protección en atención a la marcada situación vigente que los predispone a episodios de discriminación y vulneración de sus derechos fundamentales¹. De este modo, en el 2017, el 63% de participantes de la “Primera Encuesta Virtual para Personas LGBTI” en Perú, manifestaron haber sido víctimas de algún acto de discriminación y/o violencia, principalmente en espacios públicos (65,6%)². En cuanto a las consecuencias de la

¹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018). Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, pp. 123.

² Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017). Primera Encuesta Virtual para Personas LGBTI: Principales Resultados. Recuperado en: <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/lgbti.pdf>

violencia sufrida, el 70% de personas encuestadas expresó que les ocasionó sentimientos de exclusión y aislamiento social³.

Al respecto, nuestras instituciones públicas han hecho poco o nada por disminuir o erradicar los niveles de violencia generalizada contra las personas LGBTI+ generando, de esta manera, un **DEFICIENTE** marco normativo que pueda amparar sus reivindicaciones, así como una escasa participación de las personas LGBTI+ en la creación de políticas públicas. En esa línea, la Defensoría del Pueblo ya ha manifestado que no puede tolerarse “*que un sector de peruanos y peruanas esté ausente de las políticas públicas (...) sin que exista una respuesta oportuna y contundente del Estado*”⁴.

Precisamente, a causa de esta deficiencia normativa se genera la imposibilidad de las personas LGBTI+ para acceder al matrimonio, desconociéndose así tanto los derechos patrimoniales como derechos familiares que surgen producto de las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo, tales como:

“(...) impuestos, la herencia, los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras en temas electorales, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos”⁵.

Por lo que, actualmente en nuestro país, la protección de la familia no tiene cabida para parejas LGBTI+ que deciden unirse con la finalidad de hacer una vida en común.

3. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS OFRECIDOS POR LA DEFENSA DE LAS DEMANDANTES

3.1 SOBRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS UNIONES DEL MISMO SEXO SEGÚN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Opinión Consultiva OC-24/17 sobre “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*” emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) es un referente en derecho humanos derivados de la orientación sexual e identidad de género⁶. Por lo que, resulta importante

³ Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017). Primera Encuesta Virtual para Personas LGBTI: Principales Resultados. Recuperado en: <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/lgbti.pdf>

⁴ Defensoría del Pueblo (2016). Informe Defensorial N° 175: Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú, pp. 07.

⁵ Opinión Consultiva OC-24/17 (2017) sobre Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo, considerando 197.

⁶ Opinión Consultiva OC-24/17, fundamento 2.

hacer especial énfasis en el acápite sobre el derecho a la igualdad y no discriminación a las personas LGBTI+; así como la protección internacional de los vínculos de parejas del mismo sexo, que evidentemente involucra el acceso a la institución del matrimonio sin distinción alguna.

En ese sentido, es necesario resaltar tres ideas fundamentales expresamente señaladas en la Opinión Consultiva OC-24/17 que, a continuación, detallamos:

- En primer lugar, los Estados partes deben abstenerse de realizar actos discriminatorios por sexo o cualquier otra condición social en atención a la obligación internacional proscrita en el numeral 1 del artículo 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante “CADH”)⁷.
- En segundo lugar, existe la obligación de los Estados partes de garantizar y respetar el pleno y libre ejercicio de los demás derechos reconocidos en la CADH sin discriminación alguna⁸.
- En tercer lugar, el artículo 24 de la CADH prohíbe la discriminación en todas las normas internas y su aplicación por el Estado parte⁹.

Asimismo, la Opinión Consultiva OC-24/17 precisa con acierto que el concepto de familia ha evolucionado en el tiempo y no se puede restringir a una noción tradicional de la misma. En ese sentido, señala que *“las sociedades contemporáneas se han desprendido de nociones estereotipadas respecto de los roles que los integrantes de una familia deben asumir, muy presentes en las sociedades de la región al momento de la creación de la Convención”*¹⁰. Igualmente, la Corte IDH señala que los derechos que se desprenden del reconocimiento del matrimonio como la herencia, beneficios laborales, seguros y otras medidas sociales son de suma importancia y deben tener un trato igualitario¹¹.

De esta manera, no cabe establecer una diferenciación de hecho o derecho *per se* entre la diversidad familiar actualmente existente en la sociedad, ya que la Opinión Consultiva OC-24/17 reafirma que *“establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia -sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil- no logra superar un test estricto de igualdad”*, en atención a que *“no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional”*. Por ende, el no reconocimiento de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo sería contrario al principio de igualdad y no discriminación, norma que asimismo pertenece al *jus cogens* como se desarrollará más adelante.

⁷ Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

⁸ Opinión Consultiva OC 24/17, fundamento 63.

⁹ Opinión Consultiva OC 24/17, fundamento 64.

¹⁰ Opinión Consultiva OC 24/17, fundamento 177.

¹¹ Opinión Consultiva OC- 27/17, fundamentos 195-198.

Por otro lado, aunque las opiniones consultivas no poseen la misma fuerza vinculante que las sentencias de la Corte IDH en casos contenciosos, sí tienen efectos jurídicos innegables propios de su interpretación de la CADH. Así, la misma Corte IDH ha mencionado que *“es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento”*¹². De igual manera, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993 menciona que *“(l)as 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”*. En este mismo sentido, el artículo V del Código Procesal Constitucional establece que *“(e)l contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”*.

Por lo tanto, al haber ratificado la competencia de la Corte IDH el 28 de julio de 1978¹³, el Estado peruano debe adecuar sus normas internas a las interpretaciones de la CADH. Por ello, es de suma importancia que se tome en cuenta la relevancia jurídica del contenido de la Opinión Consultiva OC-24/17 en la interpretación de la CADH.

3.2 SOBRE EL DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú reconoce el deber de proteger a la familia y promover el matrimonio por parte de la comunidad y, especialmente, del Estado. Por lo que, resulta conveniente delimitar ambas instituciones a fin de determinar si cabe una protección constitucional a la pretensión de Susel Paredes y Gracia María Aljovín sobre la inaplicación del artículo 234 del Código Civil y, con ello, se brinde protección al matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo.

La familia es una institución dinámica que evoluciona continuamente adaptándose a las nuevas realidades sociales¹⁴. La concepción tradicional de familia conformada por padre, madre e hijos ha quedado en el pasado, por lo que resulta imperativo el reconocimiento y protección a las diversas clases de familias en el Perú. También lo entiende así el Tribunal Constitucional, quien se ha pronunciado a favor del reconocimiento de la diversidad familiar en los siguientes términos:

¹² Opinión Consultiva OC-15/97, fundamento 26.

¹³ Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

¹⁴ Zuta, Erika y Cruz, Peter (2020). *Las implicancias del caso Ugarteche en el reconocimiento del matrimonio igualitario*. *Gaceta Constitucional*, pp. 17.

“(…) el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. (…) Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión y es que al ser éste un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales”¹⁵. (subrayado propio)

En ese entender, estamos de acuerdo con la actual magistrada del Tribunal Constitucional, Marianella Ledesma Narváez, cuando señala la existencia de cláusulas constitucionales abiertas, como en el artículo 4 de la Carta Magna, la cual se debe interpretar a la luz de la historia y el análisis sociológico. Es decir, una interpretación evolutiva que reconozca nuevas categorías familiares que merecen protección constitucional¹⁶.

Siendo que el propio Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución Política, ha señalado que no existe un único modelo de familia, entonces no existiría impedimento constitucional que rechace la protección de una familia establecida por parejas del mismo sexo. Por lo que, insistir en que la Constitución Política solo tutela a la familia matrimonial conformada por un hombre y una mujer no solo resulta inconcebible, sino además lesivo al derecho de toda persona a no ser discriminada que reconoce el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política, pues nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole, así como por la orientación sexual.

3.3 SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL

El matrimonio como unión entre hombre y mujer posee al Código Civil de 1852 como antecedente republicano más antiguo, el cual precisaba que la finalidad del matrimonio era la vida en común junto con la preservación de la especie humana. Cabe señalar que, si bien en la actualidad los términos de “hombre” y “mujer” se encuentran mayormente relacionados con la identidad de género de la persona, en 1852 el legislador hacía referencia a dichas terminologías tomando en cuenta únicamente el sexo asignado al nacer. Posteriormente, el Código Civil de 1936 no tuvo ninguna evolución ni aporte con respecto a la regulación del matrimonio ya que, al igual que el Código Civil de 1852, permitía la sujeción marital en el hogar conyugal. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante “CEDAW”) de 1979 y la Constitución Política de 1979, el posterior Código Civil de 1984 adoptó importantes cambios en la regulación de las relaciones interpersonales dentro del matrimonio.

¹⁵ Tribunal Constitucional. Expediente 06572-2006-PA/TC.

¹⁶ Caso Ugarteche. Expediente N° 01739-2018-PA/TC. Lima.

El primer cambio se evidenció en relación con la igualdad entre cónyuges, ya que la nueva normativa civil decidió prescindir de aquellas disposiciones previas que contenían las anteriores codificaciones respecto a la sujeción hacia el esposo. Asimismo, el segundo gran cambio -y que para nuestra discusión importa- versa sobre la finalidad del matrimonio, ya que el Nuevo Código Civil de 1984, en su artículo 234, establece que la finalidad es hacer vida en común, abandonando expresamente la idea de la procreación y conservación de la especie humana.

Este cambio normativo logra vislumbrar que la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa de la especie. La familia es también la unidad encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. Es justamente esa unidad la que la convierte en un espacio primordial para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros. Al respecto, en pleno siglo XXI, debería entenderse el concepto de familia como institución de desarrollo social que importa la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones y encuentros intra e intergeneracional. Así, tomando en cuenta que nuestro Código Civil vigente data del año 1984, entonces es posible repensar dicha norma en atención a los nuevos contextos, máxime si el matrimonio entre personas del mismo sexo se comenzó a reconocer desde el año 2001 en otros ordenamientos.

Para ello, es necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, el cual -a diferencia de la Constitución de 1979- no solo afirma proteger a la familia, sino que además ordena al Estado “promover” el matrimonio. En ese sentido, debe recordarse además lo dispuesto por el artículo 233 del Código Civil de 1984 el cual dispone que, “(l)a regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”. Por tanto, el artículo 234 del Código Civil restringe la promoción de dicha institución al reconocer el derecho de matrimonio solo a parejas conformadas por hombre y mujer.

Asimismo, resulta relevante traer a colación lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política, el cual señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por ninguna condición como lo es la orientación sexual. En consecuencia, al ser la Constitución Política la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, evidenciamos que el artículo 234 del Código Civil contraviene tal disposición. Por ello, teniendo en cuenta que por su rango la norma civil no puede contravenir derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política, entonces el artículo 234 del Código Civil no debería aplicarse para desconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

4. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS OFRECIDOS POR LA DEFENSA DE LA PROCURADURÍA DEL RENIEC EN LA APELACIÓN

4.1 SOBRE EL FRAUDE A LA LEY INTERNACIONAL CONFORME EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El fraude a la ley es una excepción que puede ser utilizada por el juez o las partes para inaplicar la ley extranjera que debería ser aplicada conforme a las normas de conflicto relevantes en un caso concreto. De igual forma, debemos considerar que para la aplicación del fraude a la ley se requiere que se cumplan tres requisitos: i) existencia de una norma imperativa del foro; ii) aplicación de una norma extranjera en contra de dicha norma imperativa; y iii) la existencia de una voluntad de defraudar.

Ahora bien, en el caso concreto, la Procuraduría del RENIEC hace alusión a un fraude a la ley según el artículo 234 del Código Civil, el cual establece que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer y no entre parejas del mismo sexo. Se desprende de este argumento que la contraparte entiende tal artículo como norma imperativa en el territorio peruano y, en consecuencia, se debe aplicar sin excepciones cuando se contradigan los requisitos normados. Sin embargo, ello es incorrecto por las razones que se expondrán a continuación.

La Constitución Política es la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, tanto los ciudadanos como los poderes públicos del Estado -y, por consiguiente, también los jueces/zas y magistrados/as del Poder Judicial- se encuentran sujetos a ella. Por ello, tal como hemos precisado previamente, si bien es cierto que el artículo 4 de la Constitución Política establece que la forma del matrimonio se regula por la ley, dichas leyes no pueden ser contrarias o entrar en conflicto con la propia Constitución pues esta última es la norma de mayor jerarquía y, por lo tanto, prevalecería. En tal sentido, cabe destacar que el artículo 4 de la Constitución Política no establece ni dispone que el matrimonio será contraído solamente entre hombre y mujer, sino que se abstiene de realizar tal precisión.

En esta línea, podemos evidenciar que no existe un fraude a la ley debido a que no se presentan los requisitos necesarios para su configuración. Ello, principalmente, porque la norma extranjera de Miami -que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo- no contraviene una norma imperativa peruana, toda vez que la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico no lo prohíbe. Así, no solo se permite constatar la carencia de voluntad en defraudar una ley imperativa, sino por el contrario se pretende el respeto de la norma suprema que establece que todas las personas tienen iguales derechos ante la ley y no deben ser discriminadas por orientación sexual.

4.2 SOBRE LA VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y LAS BUENAS COSTUMBRES A PARTIR DEL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO

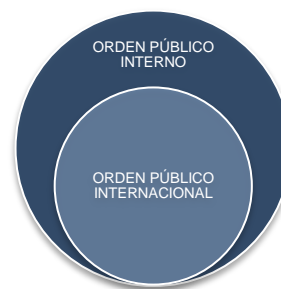
La vulneración al orden público internacional y buenas costumbres constituye uno de los fundamentos más comunes para negar el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero, teniendo como base la errónea confusión entre orden público internacional y orden público interno.

Por un lado, el orden público interno comprende el conjunto de disposiciones imperativas que existen dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Por otro, el orden público internacional comprende el conjunto de principios fundamentales transversales a todo ordenamiento jurídico de un Estado y, siendo ello así, son consideradas de obligatorio cumplimiento o norma *jus cogens*. Asimismo, el orden público internacional es de carácter dinámico porque su evolución está basada en los cambios sociales de los individuos.

Con base en lo anteriormente señalado, se debe comprender que toda norma de orden público internacional es una norma de orden público interno. Sin embargo, no toda norma de orden público interno será una norma de orden público internacional¹⁷. Además, es preciso resaltar que dentro del orden público internacional se encuentran contenidos los derechos humanos, los cuales no pueden ser desconocidos o vulnerados por el orden público interno.

Por tanto, resulta contradictorio sostener que el matrimonio entre personas del mismo sexo vulnera el orden público internacional y buenas costumbres en el Perú, ya que el principio de igualdad y no discriminación constituye norma de orden público internacional. Así, al ser norma *jus cogens* forma parte además del orden público interno peruano. En consecuencia, resulta imperativo el reconocimiento de un derecho válidamente adquirido en el extranjero al amparo del principio de igualdad y no discriminación, así este derecho no se haya reconocido previamente en nuestro ordenamiento.

De igual manera, toda norma que atente contra el orden público internacional atentaría contra una regla de carácter constitucional. Por ello, al no existir ningún impedimento constitucional o una vulneración a los principios constitucionales que rechace el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero, no se vulneraría el orden público internacional ni las buenas costumbres.



Por último, a partir del concepto de orden público internacional es posible interpretar que el artículo 2050 del Código Civil, al señalar que *“todo derecho regularmente adquirido al amparo del ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas y derecho internacional privado, tienen la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres”*, permite que se acepte el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Es decir, al

¹⁷ Delgado, César y Delgado, María Antonieta (2017). Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección “Lo esencial del Derecho 22”, pp.72.

no existir incompatibilidad con base en el principio de igualdad y no discriminación, sino una obligación del Estado peruano a no vulnerar dicho principio, el artículo 2050 del Código Civil no puede interpretarse a fin de que el ordenamiento interno no reconozca un derecho adquirido en el extranjero ya que este no es incompatible con el orden público internacional.

5. ANÁLISIS DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

5.1 SOBRE LA PROCEDENCIA DEL AMPARO

La Procuraduría del RENIEC señala dos principales argumentos que deben considerarse para la procedencia del amparo: (i) A juicio del RENIEC, desde la óptica de la finalidad de los procesos constitucionales, no se está solicitando el reconocimiento de un derecho ya adquirido o reconocido que deba reponerse; y (ii) el proceso contencioso administrativo resulta ser una vía igualmente satisfactoria, ya que el proceso de amparo por su propia naturaleza es una vía residual y extraordinaria. Precisados dichos argumentos, desarrollaremos los motivos por los cuales resultan inadecuados para el presente caso:

En primer lugar, sobre la finalidad del proceso constitucional, es claro que el artículo 234 del Código Civil excluye del derecho a contraer matrimonio a las personas LGBTI+ y con ello el derecho a formar una familia. No obstante, insistir en negar la existencia del referido derecho no resulta lógico en tanto, como ya se ha señalado por la magistrada Ledesma, *“la justicia constitucional, suele interactuar con cláusulas que, por su misma naturaleza, suelen ser indeterminadas”*¹⁸ y, por ello, la regulación constitucional del matrimonio se debe interpretar a la luz de la evolución social antes desarrollada. Asimismo, teniendo especial énfasis en que el Tribunal Constitucional ya ha señalado que no existe un único modelo de familia, entonces no existiría impedimento constitucional que rechace la protección de una familia conformada por pareja del mismo sexo.

En adición a lo anterior, a la luz del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, así como por la orientación sexual. Por este motivo, no cabría sostener que la Constitución Política protege tan solo matrimonio entre hombre y mujer y no aquella que se genera entre personas del mismo sexo. De igual forma, la protección familiar como derecho reconocido en el artículo 4 de la Constitución Política también se estaría amenazando como consecuencia de la discriminación por orientación sexual en el reconocimiento del matrimonio.

En consecuencia, ante la vulneración de los derechos constitucionales ya precisados, las demandantes poseen el derecho de iniciar a un proceso constitucional que precisamente busque *garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos*

¹⁸ Tribunal Constitucional. Expediente N° 01739-2018-PA/TC, fundamento 11.

constitucionales¹⁹, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional²⁰.

En segundo lugar, sobre la existencia de otra vía igualmente satisfactoria, el numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional precisa que no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias. En ese sentido, Francisco Eguiguren asimila la inexistencia de otras vías procesales o procedimentales que resulten igualmente satisfactorias como una suerte de “segundo filtro” para la admisión y procedencia del amparo²¹. Por lo que, efectivamente tal como señala el RENIEC, el amparo resulta ser una vía residual y extraordinaria.

No obstante, se ha de tomar en consideración que existen casos excepcionales donde no siempre se evidencian vías paralelas, tal es la situación de un amparo contra normas auto aplicativas como en el presente caso. El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre el mismo en cuanto señala que *“si lo que va a cuestionarse es la constitucionalidad de una norma auto aplicativa, no existe (...) una vía judicial ordinaria igualmente satisfactoria”²².*

Por ello, el proceso contencioso administrativo no es idóneo para resolver la pretensión de inaplicación del artículo del 234 del Código Civil, en atención a que *“el origen del acto lesivo se halla en la norma, y la norma no constituye un acto administrativo, sino un acto emanado de una potestad normativa”²³.* De esta manera, no resulta discutible analizar vías paralelas cuando precisamente lo que está en discusión es la incompatibilidad de una norma con la Constitución Política.

5.2 SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

El RENIEC sostiene que la pretensión de inscribir el matrimonio entre Susel Paredes y Gracia María Aljovín no puede ser amparada en la vía jurisdiccional peruana, ya que, de hacerlo, se estaría exigiendo al Estado peruano que renuncie a la facultad de regular su propio ordenamiento legal. Así, puntualiza el RENIEC que *“la sentencia emitida constituiría un exceso en las facultades jurisdiccionales y clara interferencia a las atribuciones que son competencia de otros Órganos del Estado, en este caso el Poder Legislativo”²⁴.* No obstante, consideramos esta postura incorrecta en tanto la aplicación del control de constitucionalidad es deber del/de la juez/a.

¹⁹ Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

²⁰ Artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

²¹ Eguiguren, Francisco (2006). *El amparo como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional peruano: una opción riesgosa pero indispensable*. Revista Pensamiento Constitucional, Año XII N° 12, pp. 234.

²² Tribunal Constitucional. Sentencia N° 02053-2013-PA, foja 6.

²³ Tribunal Constitucional. Sentencia N° 02724-2007-PA, fundamento 3.

²⁴ Ver Resolución 9. Expediente N° 10776-2017, fundamento 8.

Comprendemos que el Poder Legislativo está constitucionalmente facultado para regular el matrimonio y, con ello, garantizar que la fuerza normativa de la regulación de dicho instituto no pueda ser desconocida en futuros casos. Sin embargo, también se ha de tener en cuenta que, en el marco del control de constitucionalidad, “*la Constitución ha ido desplazando a la ley (...) (lo que) lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el propio rol del juez*”²⁵. Por lo que, qué duda cabe que es deber del juez preferir aquella interpretación que tenga coherencia con los preceptos emanados de la Constitución Política. Así, sostener lo contrario implicaría igualmente desconocer la fuerza normativa de nuestra Carta Magna.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que “*a partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución (...) asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando ésta contraviene los postulados constitucionales*”. Con ello, al consolidarse el principio de supremacía constitucional aplicado por el juez, las normas del Código Civil deben ser interpretadas a la luz de los principios constitucionales.

Por su parte, el control de constitucionalidad nos remite al control de convencionalidad amparado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política. En dicho extremo se dispone su interpretación a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Así pues, no es suficiente la mera incorporación formal de los tratados de derechos humanos a nuestro ordenamiento jurídico, sino que resulta necesario una mayor interpretación que nos permita cumplir con los estándares a nivel internacional, más aún tratándose de una norma *jus cogens* como lo es el principio de no discriminación.

En el ámbito nacional, el control de convencionalidad puede ser utilizado por los/as operadores/as de justicia tras analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. Su fundamento se ubica en una lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la referida convención²⁶. En ese extremo, los Estados se encuentran comprometidos a “*adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias*” para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidas en la CADH.

En suma, a los/as jueces/zas de los Estados partes no solo le compete un control de legalidad y constitucionalidad sino, además, integrar las normas contempladas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH. Por lo tanto, como hemos indicado inicialmente, corresponde aplicar la Opinión Consultiva OC-24/17 en la que se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo producto de la interpretación de la CADH realizada por la Corte IDH.

²⁵ Landa, César (2013). *La constitucionalización del derecho peruano*, pp. 14. En: Revista Derecho PUCP.

²⁶ Nash, Claudio (2013). “*Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 489/505.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conforme a lo analizado, la denegatoria del reconocimiento del matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo constituye una categoría de discriminación por orientación sexual, la cual está prohibida al interpretar la Constitución Política en concordancia con la CADH. En ese sentido, debe tomarse en cuenta que el principio de no discriminación constituye una norma de *jus cogens* que los Estados están obligados a respetar, a tal punto que deben adoptar medidas legislativas o de otra índole para hacer efectivos los derechos y libertades de las personas. Asimismo, es inadecuado señalar que existe una vulneración al orden público internacional y las buenas costumbres, ya que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero no vulnera ningún principio constitucional.

Finalmente, el proceso de amparo contra norma auto aplicativa es procedente en cuanto la pretensión de las demandantes posee contenido constitucional y no existe otra vía igualmente satisfactoria. De igual manera, es necesario aplicar el control de convencionalidad en el presente caso, debido a que se cumplen los requisitos para tal efecto al encontrarse frente a una controversia de derechos humanos.

Por todos los argumentos expuestos, **RECOMENDAMOS** a la Judicatura declarar **INFUNDADA** la apelación promovida por la Procuraduría Pública del RENIEC y, en consecuencia, declarar la inaplicación del artículo 234 del Código Civil y ordenar la inscripción en el RENIEC del matrimonio celebrado en Miami entre las demandantes Susel Paredes y Gracia María Aljovín.



ERIKA IRENE ZUTA VIDAL
ABOGADA
REG CAL N° 37127



PETER ALEXIS CRUZ ESPINOZA
ABOGADO
REG CAL N° 69395