



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 676/2020

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 3 de noviembre de 2020, se reunió el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, a efectos de pronunciarse sobre la demanda que da origen al Expediente 01739-2018-PA/TC.

La votación arrojó el siguiente resultado:

- Los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón votaron, en mayoría, por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.
- Los magistrados Ledesma, Ramos (ponente) y Espinosa-Saldaña votaron, en minoría, por declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.

Estando a la votación mencionada y a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual establece, entre otros aspectos, que el Tribunal Constitucional, en Sala Plena, resuelve por mayoría simple de votos emitidos, corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza los votos antes referidos, y que los señores magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA¹

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular.

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

Desde esta perspectiva, soy el primero en defender que los homosexuales sean tratados con el respeto que merecemos todos los seres humanos, que no sean juzgados por su orientación sexual y estén exentos de todo tipo de discriminación.

Dicho lo anterior, paso a emitir mi opinión sobre la ponencia.

Las razones de ésta para ordenar la inscripción del matrimonio del demandante se encuentran en su fundamento 131 y son dos:

- 1) El RENIEC ha realizado un trato discriminatorio al denegar la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero.
- 2) La Corte Interamericana de Derechos Humanos «ha exhortado a los Estados a incorporar esta clase de unión en sus respectivos ordenamientos».

¹ Este voto singular fue elaborado en base a la ponencia del magistrado Ramos Núñez, que me remitió el 26 de octubre del presente año. Cuando mi voto singular ya se encontraba en poder del Secretario Relator del Tribunal Constitucional, he recibido un voto que lleva por título: «Voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez», de forma que la ponencia del magistrado Ramos, sobre la que redacté mi voto, ha pasado a ser un voto singular conjunto con la magistrada Ledesma. En razón de ello, cuando en el presente voto singular haga mención a la «ponencia» o al «ponente», me estaré refiriendo al «Voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez», debido a que los votos singulares se formulan y se entienden en relación a una ponencia, no a otros votos singulares.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

Pasaré a demostrar que ambas conclusiones no son correctas. Empezaré por el análisis de qué es el matrimonio en el Derecho.

Como todo en el campo jurídico, la realidad antecede al Derecho. Así, hay un fenómeno social y humano que consiste en la unión estable entre un hombre y una mujer, y que recibe el nombre de matrimonio.

El término matrimonio es la palabra que designa este tipo de unión heterosexual. Lo primero es, pues, «la existencia de uniones estables y comprometidas entre los hombres y las mujeres, y esas uniones son las que reciben el nombre de matrimonio, y las que el Derecho se encarga de regular. No es primero el término, la palabra, a la que después la sociedad o el Derecho dan el contenido que parece conveniente, sino que primero es la realidad designada (la unión estable y comprometida entre hombre y mujer), y después la palabra (matrimonio) que la designa y la identifica frente a otras realidades diferentes»².

Entonces, matrimonio es la palabra que empleamos para designar específicamente la unión estable entre un hombre y una mujer. Si la unión es entre dos hombres, o dos mujeres, ya no es matrimonio, sino un fenómeno humano y social diferente –respetable, por cierto–, por la misma razón que una compraventa sin precio ya no es compraventa sino donación. Y decir que una donación no es una compraventa no es nada peyorativo para la donación, sino simplemente delimitar realidades substancialmente distintas, acreedoras de un tratamiento jurídico diferenciado³.

Plantear que una unión homosexual es matrimonio es como pretender que una unión homosexual sea heterosexual: una contradicción en sus propios términos. Y afirmar que son realidades distintas no es decir nada malo de las uniones entre personas del mismo sexo, sino simplemente diferenciarlas de otro tipo de uniones (la de las personas de diferente sexo) que son, efectivamente, distintas y las que producen el crecimiento de la población mundial, y el mantenimiento de ella.

La realidad consistente en la unión estable y comprometida entre hombre y mujer, a la que el Derecho llama matrimonio, no responde, pues, a un concepto religioso que una mayoría confesional quisiera imponer a los demás (como refiere la ponencia en sus fundamentos 102 a 106).

² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid 2007, p. 39.

³ Cfr. *Ibidem*, p. 41.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

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

Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae (...)
(el matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de vida...⁴).

Por ello, con acierto, el juez John Roberts, actual Presidente de la Corte Suprema norteamericana, en su voto disidente en la sentencia del caso *Obergefell* del 2015, dijo que la «definición universal del matrimonio como la unión de un hombre y mujer no es una coincidencia histórica. El matrimonio no surgió como resultado de un movimiento político, descubrimiento, enfermedad, guerra, doctrina religiosa o cualquier otra fuerza motriz en la historia universal, y ciertamente no como resultado de una decisión prehistórica de excluir a los homosexuales»⁵.

Toca ahora preguntarnos, **¿por qué son diferentes la realidad del matrimonio heterosexual y la de la unión homosexual?** La más elemental diferencia es que, en el caso de las uniones heterosexuales, la complementariedad de los sexos permite que las relaciones sexuales entre hombre y mujer desemboquen en el nacimiento de nuevas personas (la descendencia conyugal), lo que dota a estas uniones de un peculiar e intenso valor social, a diferencia de las uniones que estructuralmente (no coyuntural o patológicamente) no pueden dar lugar al nacimiento de nuevas personas. La relevancia social de estas últimas es, por ello, mucho más limitada.

En otras palabras, los nuevos ciudadanos, que aseguran la continuidad social, proceden de uniones entre personas de distinto sexo, no de uniones homosexuales. La transcendencia social de uno y otro fenómeno es, como resulta evidente, muy distinta, y el interés de la sociedad en uno u otro tipo de uniones es también diferente.

Todo esto explica que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16.1, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17.2, reconozcan al

⁴ Traducción de D'ORS, Álvaro *et al.*, *El Digesto de Justiniano*, t. II, Pamplona 1972.

⁵ «This universal definition of marriage as the union of a man and a woman is no historical coincidence. Marriage did not come about as a result of a political movement, discovery, disease, war, religious doctrine, or any other moving force of world history—and certainly not as a result of a prehistoric decision to exclude gays and lesbians» (*Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U.S. ___ [2015]. La traducción es nuestra).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

matrimonio como la unión de **un hombre y una mujer**, lo cual es soslayado por la ponencia.

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice (artículo 16.1):

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia (...).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe (artículo 23.2):

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

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

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

Así también lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Chapin y Charpentier* contra Francia, de 2016. En consideración a un texto similar al que venimos de citar, contenido en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶, ha dicho que el matrimonio es «la unión de un hombre y una mujer» y que ampliarlo a personas del mismo sexo no es una obligación que impone a los Estados el citado Convenio Europeo⁷.

A ello hay que añadir que la Constitución, según su Cuarta Disposición Final y Transitoria, debe ser interpretada de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, que establecen que el matrimonio es heterosexual, según hemos visto.

De lo señalado anteriormente podemos concluir que la Constitución, en su artículo 4, consagra el matrimonio heterosexual, en concordancia con la Declaración Universal de

⁶ *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 12: «**Derecho a contraer matrimonio.**- A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

⁷ *Affaire Chapin et Charpentier c. France*, 9 de septiembre de 2016, párr. 37.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

los Derechos Humanos (artículo 16.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17.2).

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

Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

Por tanto, ha resuelto acertadamente el RENIEC cuando ha denegado la inscripción del matrimonio del demandante por considerar que, conforme a los artículos 2049 y 2050 del Código Civil, dicho matrimonio entre personas del mismo sexo es incompatible con el orden público internacional. En efecto, el Código Bustamante señala que «los preceptos constitucionales son de orden público internacional» y para nuestra Constitución el matrimonio es heterosexual, según hemos explicado.

El demandante acusa al RENIEC de discriminación. Como sabemos, la jurisprudencia de este Tribunal señala que «es presupuesto inexorable para ingresar a evaluar una eventual afectación del principio-derecho de igualdad, previsto en el artículo 2.2 de la Constitución, que se proponga un término de comparación (*tertium comparationis*) válido»⁸, conforme al cual las dos situaciones que se comparan deben «compartir una esencial identidad»⁹.

Pues bien, el demandante no aporta un término de comparación válido, ya que compara dos situaciones distintas: su matrimonio (entre personas del mismo sexo) con los matrimonios heterosexuales, como son todos los inscritos en el registro civil del Perú.

Otra situación se daría si ya existiera inscrito en el registro civil peruano un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo y, pese a ello, se negara la inscripción del matrimonio del demandante. Aquí sí podría presentarse una discriminación, pero no es el caso.

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

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 0014-2007-PI/TC, fundamento 12.

⁹ *Ídem*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

práctica, la ponencia estaría implantando en el Perú el matrimonio homosexual, pese a la Constitución.

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

Antes de cerrar este punto, quisiera decir que he visto con asombro que el ponente, pretendiendo hacer las veces de "legislador" y yendo en contra de la heterosexualidad del matrimonio consagrada en la Constitución, da una nueva definición de matrimonio. En efecto, la ponencia, desconociendo el artículo 234 del Código Civil¹⁰, que es una norma imperativa y de orden público, quita el requisito de la heterosexualidad y dice que el matrimonio es «la unión fundada en el amor de pareja (...)» (fundamento 100). Cabe precisar que el artículo 234 del Código Civil consagra los elementos estructurales esenciales del matrimonio como acto jurídico que son: la diversidad de sexo de los contrayentes, el consentimiento matrimonial, la aptitud nupcial y la observancia de la forma prescrita con intervención de la autoridad competente para su celebración.

Toca ahora ocuparme de la segunda razón que da la ponencia para declarar fundada la demanda: la exhortación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a que los Estados incorporen uniones como las del demandante en sus respectivos ordenamientos.

Para la ponencia –como puede apreciarse en su fundamento 93– dicha exhortación estaría contenida en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica.

Sin embargo, la propia ponencia reconoce, en su fundamento 117, que dicha Opinión no tiene carácter vinculante, más aún si no fue solicitada por el Perú. Pero dice también la ponencia que, en todo caso, es un pronunciamiento «de necesaria revisión» (fundamento 119).

El hecho que la ponencia señale que esa Opinión Consultiva carece de efectos vinculantes, me releva de mayores comentarios, pues, en efecto, es así.

¹⁰ *Código Civil*, artículo 234: «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».



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

Pero la ponencia afirma también que dicha Opinión es al menos un pronunciamiento «de necesaria revisión». Esto me lleva a revisarla para concluir que va frontalmente contra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues ésta de modo expreso señala, en su artículo 17.2, que el matrimonio sólo puede darse entre un hombre y una mujer.

Por lo expuesto, en aplicación de los artículos 5 (inciso 1) y 38 del Código Procesal Constitucional, la demanda es improcedente pues no está referida al contenido constitucionalmente protegido un derecho constitucional. Como hemos sustentado, la Constitución (artículo 4) consagra el matrimonio entre personas de diferente sexo, en consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 16.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17.2).

Sin perjuicio de todo lo anterior, pienso que el Congreso de la República podría debatir una ley para personas que por diversas circunstancias vivan juntas, en asuntos legales propios de esa convivencia, como los bienes adquiridos dentro de ésta, contratos de seguros u otros similares, que no puedan ser cubiertos por la legislación ya existente.

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

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

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

S.

FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por mis colegas, emito el presente voto para expresar las razones que sustentan mi posición en el presente caso:

1. El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, de fecha 7 de marzo de 2012, y de sus respectivas resoluciones confirmatorias, a saber, la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, de fecha 18 de junio de 2012, y la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, de fecha 15 de agosto de 2012, que denegaron la inscripción del acta de matrimonio civil que contrajo en Ciudad de México con un ciudadano mexicano.
2. Al respecto, el artículo 5,2 del Código Procesal Constitucional establece que “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 5. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, ...”. No obstante, la ponencia no realiza un análisis del cumplimiento de este requisito de procedibilidad.
3. Este Tribunal Constitucional ha señalado que el proceso contencioso administrativo constituye una vía idónea en la que puede ventilarse este tipo de controversias relativas a resoluciones administrativas. En este sentido, al existir una vía judicial igualmente satisfactoria para cuestionar las resoluciones administrativas que son objeto de la presente demanda, la misma deberá ser declarada improcedente en aplicación del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, mi voto es por

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

S.

MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Mi voto en el presente caso es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo promovida por Oscar Ugarteche Galarza contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil (Reniec), sobre inscripción registral de matrimonio celebrado en la ciudad de México con don Fidel Aroche Reyes, por las siguientes consideraciones:

1. No existe un derecho constitucional en juego, porque la Constitución no consagra el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ello, al no existir dicho presupuesto, la demanda resulta improcedente en aplicación estricta de lo dispuesto por el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.
2. Ello es así porque la Constitución en una interpretación armónica o concordada de sus artículos 4 y 5, con su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que dispone que la Constitución se interpreta de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos; convención que en su artículo 17, al regular la protección a la familia, reconoce en su inciso 2) el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia. En tal sentido, hay un bloque convencional de interpretación que lleva a dicha conclusión.
3. La Constitución Política señala lo siguiente en sus artículos 4 y 5:

Artículo 4. 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.

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.

4. A su turno, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución dispone:

“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”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

5. Por su parte, el artículo 17 de la Convención Americana señala lo siguiente:

Artículo 17. Protección a la Familia

1. **La familia** es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
 2. **Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio** y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (el resaltado es mío).
6. 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 respecto.
7. El artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos va en la misma línea, al reconocer el derecho a contraer matrimonio, en los siguientes términos:
- Derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.
8. A esto se suma el Código Civil en su artículo 234 que establece que
- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.
9. Por lo demás, la Opinión Consultiva OC- 24/17, no es vinculante, como lo dice el juez Eduardo Vio Grossi en su voto individual emitido en la mencionada opinión consultiva, opinión emitida a petición de Costa Rica. Entonces, como opinión no obliga a los Estados, sino sería una decisión mandatoria y coercitiva, la cual se debería haberse traducido en una resolución.
10. No se trata pues, de un tratamiento peyorativo ni de discriminación frente a las personas del mismo sexo que se aman y deciden compartir un proyecto de vida merecen, las cuales merecen máximo respeto y consideración. Empero, ocurre que en el Perú no está consagrado el derecho fundamental al matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo tanto, para que pueda existir matrimonio entre personas del mismo sexo se requiere la modificación de la Constitución, según su procedimiento. O, en todo caso, a nivel del Código Civil podría darse una regulación especial a fin de dar algún tipo de tutela a este grupo de respetables personas, sin que la misma se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

denomine matrimonio, pudiendo llamarse, por ejemplo, unión civil o utilizarse otra denominación.

S.

BLUME FORTINI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Lo que se discute en este proceso es si el Tribunal Constitucional debe ordenar a Reniec inscribir el matrimonio de Óscar Ugarteche con Fidel Aroche celebrado en Ciudad de México. En mi opinión, no debe hacerlo porque implicaría desconocer normas no solo del Código Civil sino también de la Constitución Política del Perú. Por lo pronto, El artículo 2050 del Libro X, Derecho Internacional Privado, del Código Civil, establece lo siguiente:

Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, *en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres* [énfasis añadido].

Por tanto, no todo derecho adquirido fuera del Perú tiene que ser reconocido como válido en el Perú. El Código Civil fija un límite: solo deben serlo aquellos que son compatibles con el orden público internacional y las buenas costumbres. Ahora bien, según el artículo 4º del Código de Derecho Internacional Privado —conocido como Código Bustamante—, de 1928, suscrito por el Perú,

Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

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 Política del Perú. Al ser esta noción un precepto constitucional, conforma el orden público internacional. Así, la pretensión de la demanda cae fuera del ámbito de reconocimiento del Derecho peruano.

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

El matrimonio es la *unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer* legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común [énfasis añadido].

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

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

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

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

No cabe duda de que la Constitución se refiere aquí al matrimonio de hecho, ya que la norma contiene todos sus elementos esenciales. Para empezar, utiliza el término *unión*, que es el mismo que emplea el Código Civil para definir al matrimonio. Añade luego que se trata de la que se da entre *un varón y una mujer*, tal como el Código Civil. Finalmente, señala que esta unión da lugar a la *sociedad de gananciales*, que es el régimen de propiedad de los bienes en el matrimonio, según el mismo Código Civil. Entonces, de acuerdo a la Constitución, *no* da lugar a la sociedad de gananciales la unión de un varón y otro varón, ni la de una mujer y otra mujer; tampoco, la unión de un varón y cuatro mujeres, como bajo la *sharia*, o al revés. Para que la unión de una pluralidad de personas de lugar a la sociedad de gananciales, estas han de ser solo dos y de sexo opuesto; han de ser *un varón y una mujer*. Por ello, Enrique Chirinos Soto —uno de los principales autores de la Constitución— comenta este artículo diciendo:

El concubinato es matrimonio en todo, menos en el nombre.

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

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

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.

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

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

La Convención Americana no dice, pues, que contraer matrimonio es derecho de las personas; dice que es derecho *del hombre y la mujer*, es decir, de *dos* personas de *sexo opuesto*. La Convención Americana no ampara tampoco la poligamia ni el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es indudable, entonces, que la Constitución —leída a la luz del inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana— contiene la misma noción de matrimonio del Código Civil y la eleva al más alto rango jurídico. Al tener rango constitucional, la noción de matrimonio —según el Código Bustamante— es parte integrante del orden público internacional. Por tanto, no puede reconocerse en el Perú un derecho adquirido en el extranjero que colisione con esta noción.

La demanda alega que no reconocer el “matrimonio igualitario” vulnera el derecho a la igualdad del demandante. Sin embargo, el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, que establece el derecho a la igualdad, debe ser leído conjuntamente con el artículo 5, que contiene la noción de matrimonio antes señalada. Definir una institución —o un concepto— implica, inevitablemente, delimitar su contenido. Pretender que la definición del matrimonio —o, para el caso, la de cualquier otra institución o concepto— no delimite su contenido implica vaciarla de este. El contenido de todo término, en efecto, está dado tanto por lo que queda dentro como por lo que queda fuera de su definición. Definir es delimitar.

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

la opinión consultiva no es vinculante para los Estados Parte de la Convención ni para los otros miembros de la Organización de los Estados Americanos, por lo que no procede que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

ordene la adopción de alguna conducta. (...) La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien convencer.

Esta opinión consultiva de la Corte Interamericana, lanzada *urbi et orbi*, constituyó un exceso evidente de los seis jueces que la suscribieron. Tres años después de emitida, podemos constatar que ninguno de los treinticuatro países miembros de la Organización de Estados Americanos —a los que estaba dirigido su supuesto mandato— le ha hecho caso, salvo Ecuador, que es la excepción que confirma la regla. Ciertamente, algunos otros países americanos han reconocido el “matrimonio igualitario”, pero lo han hecho por decisión de sus órganos de gobierno, no en acatamiento del supuesto mandato de la Corte Interamericana. El Perú no tiene, pues, por qué sentirse obligado por una opinión consultiva que jamás solicitó.

En realidad, esta opinión consultiva solo confirmó que el sistema interamericano de derechos humanos adolece de graves defectos estructurales. Los jueces de la Corte Interamericana son elegidos por representantes de todos los países que han ratificado el Pacto de San José, así no se sometan a su competencia contenciosa; asimismo, los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son elegidos por todos los países miembros de la Organización de Estados Americanos, así no hayan ratificado el Pacto de San José. Cuatro países no se someten a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, pero participan en la elección de sus jueces; asimismo, doce países no han ratificado el Pacto de San José, pero participan en la elección de los miembros de la Comisión Interamericana, encargada de acusar a los países ante la Corte Interamericana. A diferencia de ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está integrado por cuarentisiete jueces, es decir, uno por cada país miembro del Consejo de Europa.

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

El Diccionario de la Real Academia Española dice que ideología es el:

Conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

Sin embargo, la ideología puede ser entendida también como mistificación de la realidad. Mistificar es:

tr. Engañar, embaucar.

tr. Falsear, falsificar, deformar.

El carácter ideológico de la opinión de la Corte Interamericana es el mismo que se trasluce en una declaración reciente del demandante al diario *La República*. Paladinamente, este dijo hace unos días:

A mí no me importa en qué dirección fallen [los magistrados del Tribunal Constitucional]¹¹.

Y añadió:

Quiero que se hagan personas de bien.

Para el demandante, decirle —como Reniec— que aquí no puede inscribirse su matrimonio con otro hombre, celebrado en la Ciudad México, porque no lo permiten las normas legales y constitucionales peruanas, implica ser malvado. Este argumento no puede ser aceptado en un proceso de control constitucional. Nuestra Constitución propugna una sociedad abierta y democrática. Ningún Dueño de la Verdad ni Monopolista de la Virtud puede obligarnos a pensar de una manera o de otra. La sociedad peruana es una comunidad autónoma de hombres y mujeres libres, que estructuran su interacción por las normas que ellos mismos acuerdan a través de sus *representantes*. Tales normas pueden ser acertadas o desacertadas, conducentes o inconducentes, apropiadas o inapropiadas; sin embargo, en cualquier caso, deben ser respetadas por quienes vivimos aquí. Todo peruano tiene derecho a criticar las normas existentes y sugerir su reforma, pero debe hacerlo por los canales adecuados y de la forma pertinente, sin descalificar moralmente a quienes piensen distinto.

Años atrás, el Congreso debatió un proyecto de ley para introducir la unión civil entre personas del mismo sexo, pero fue archivado el 2015 por decisión de la mayoría de los integrantes de la comisión dictaminadora. Si ahora se quiere ir aún más lejos e incorporar el “matrimonio igualitario” al Derecho peruano, debe hacerse una reforma constitucional siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 206 de la propia Constitución. Esta propuesta debe ser votada en el Congreso de la República, integrado por 130 representantes directamente elegidos por el pueblo. Si la propuesta tiene más de 65 votos,

¹¹ “Oscar Ugarteche: ‘Doscientos años después de la independencia, el país se está desintegrando’”, *La República*, Lima, 18 de octubre de 2020: <https://larepublica.pe/domingo/2020/10/18/oscar-ugarteche-doscientos-anos-despues-de-la-independencia-el-pais-se-esta-desintegrando/>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

debe hacerse luego un referéndum; si llega a tener 87 votos en el Congreso, puede obviarse el referéndum y sometérsela a una nueva votación en la legislatura siguiente. Si en esta segunda votación vuelva a obtener 87 votos o más —o si es aprobada en el referéndum—, el “matrimonio igualitario” debe ser reconocido y respetado por todos los peruanos.

Introducirlo por la ventana, a través de una resolución del Tribunal Constitucional, implicaría que los magistrados constitucionales usufructuemos y abusemos indebidamente del puesto que temporalmente ocupamos. Nosotros no estamos aquí para establecer lo que nos parece bueno o conveniente —menos todavía, a la hora undécima, cuando nuestros mandatos están ya vencidos desde hace un año y medio. Nosotros estamos aquí no para sustituir a los legisladores o constituyentes sino solo para hacer cumplir la Constitución Política del Perú.

Por lo antes señalado, pienso que la demanda es **IMPROCEDENTE**, al no existir en el Perú el derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo.

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ Y DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

En sí, la homosexualidad está tan limitada como la heterosexualidad: lo ideal sería ser capaz de amar a una mujer o a un hombre, a cualquier ser humano, sin sentir miedo, inhibición u obligación.

Simone de Beauvoir

Elaboramos el presente voto porque no compartimos ni las razones ni la decisión adoptada por la mayoría de nuestros colegas. De este modo, y a fin de sustentar que la presente demanda debió ser declarada como **FUNDADA**, estructuraremos nuestro pronunciamiento abordando los siguientes tópicos: i) consideraciones acerca del plazo para interponer la demanda y, en general, acerca de la aplicación del artículo 5 del Código Procesal Constitucional en este caso; ii) desarrollo de los argumentos expuestos por el Reniec para denegar la solicitud del demandante; iii) la discriminación por orientación sexual y su prohibición en el ordenamiento peruano; iv) la actual noción de la excepción de “orden público internacional”; y v) la aplicación de estos criterios a la solicitud presentada por Oscar Ugarteche y Fidel Aroche.

§. Cuestión previa: consideraciones acerca del plazo para interponer la demanda y de la aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional

1. Advertimos que, en este caso, existen dos cuestiones que es preciso abordar antes de ingresar al fondo de la controversia. En primer lugar, es necesario examinar si es que la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo establecido en el Código Procesal Constitucional, ya que esta ha sido la razón para desestimar la demanda por las autoridades jurisdiccionales que conocieron de la presente demanda en la segunda instancia. En segundo lugar, y a propósito de la decisión adoptada por la mayoría de nuestros colegas, corresponde indagar sobre la eventual aplicación del artículo 5.1 para resolver una demanda relativa a la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo.

a) Consideraciones acerca del plazo para interponer la demanda

2. La resolución de segunda instancia ha declarado fundada la excepción de prescripción extintiva de la acción, ya que ha considerado que la demanda ha sido interpuesta de forma extemporánea. En ese sentido, consideramos que es necesario



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

dilucidar, antes de ingresar al fondo de la controversia, si es que ha sido correcta la aplicación de esta causal de improcedencia.

3. De conformidad con el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, “el plazo para interponer una demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda [...]”. El inciso 6 de la referida disposición precisa que “[e]l plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda”. Para el conteo del plazo, como resulta evidente, no pueden ser considerados los días en que la judicatura no se ha encontrado en ejercicio efectivo de sus funciones.
4. En el presente caso, conforme a la cédula de notificación 0009-2012-UFI/JR10LIM/GOR/RENIEC, la resolución que dio por agotada la vía administrativa en la que tuvieron lugar los actos que el demandante considera violatorios de su derecho a la igualdad y no discriminación, le fue notificada el 21 de agosto de 2012, mientras que la demanda fue interpuesta el 12 de diciembre del mismo año.
5. Entre las fechas antes indicadas, han mediado: a) los días feriados nacionales 30 de agosto, 8 de octubre y 1 de noviembre de 2012; b) los días no laborables para el sector público a nivel nacional declarados mediante Decreto Supremo 099-2011-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2011, es decir, el 31 de agosto y el 2 de noviembre de 2012; y c) la paralización de labores del Poder Judicial los días 24 y 30 de octubre, 6, 7 y 13 de noviembre de 2012, y la huelga nacional realizada a partir del 15 de noviembre hasta el 5 de diciembre de 2012, conforme ha sido reconocido por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa 255-2012-CE-PJ, de fecha 12 de diciembre de 2012, que aprueba la Directiva 006-2012-CE-PJ y establece el procedimiento para la recuperación de horas.
6. En consecuencia, descontando los días correspondientes, entre la fecha de notificación de la resolución que dio por agotada la vía administrativa y la fecha de interposición de la demanda, han transcurrido 56 días. *Ergo*, la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo previsto en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional.
7. Dilucidada esta cuestión, corresponde examinar si es que, como lo han propuesto la mayoría de nuestros colegas, es pertinente la aplicación del artículo 5.1 para la resolución de esta controversia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

b) Acerca de la naturaleza del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional y su aplicación en la presente controversia

8. Por otro lado, la mayoría de nuestros colegas, en una discutible aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, han decidido declarar improcedente la demanda, ya que, según consideran, no existe, en nuestro ordenamiento, un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que el Reniec habría procedido de forma correcta al desestimar la solicitud de inscripción de la unión entre Oscar Ugarteche y Fidel Aroche.
9. Estimamos que la aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional requiere un previo proceso de configuración, ya que se trata de una causal de improcedencia que, al rechazar la demanda sin opción de analizar el fondo de la controversia, debe ser interpretada de forma restrictiva. En efecto, en virtud de esta disposición no es posible excluir, *ab initio*, importantes discusiones sobre si ciertas materias ingresan o no dentro del ámbito de algún derecho que se encuentre reconocido por nuestra norma fundamental.
10. Por lo general, en los casos en los que se ha aplicado esta causal de improcedencia ya existía un importante consenso sobre el hecho que lo reclamado no aludía a algún asunto *constitucionalmente relevante*. Sin embargo, por lo general esas conclusiones eran obtenidas luego de explorar un conjunto importante de casos, por lo que la jurisprudencia constitucional permitía ser una importante fuente de referencia para conocer si es que el acto reclamado estaba vinculado con el contenido constitucional de algún derecho.
11. Esto suele obedecer a que, en la justicia constitucional, se suele interactuar con cláusulas que, por su misma naturaleza, suelen ser indeterminadas, lo que puede apreciarse a través de la vaguedad y ambigüedad de sus respectivas regulaciones. La primera condición alude a una situación en la que “existen objetos en relación con los cuales es dudoso si la palabra en cuestión es aplicable o no” [Ferrerres, Víctor (2012). Justicia constitucional y democracia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 24]. La ambigüedad, a su vez, “puede depender del significado de los vocablos y de los sintagmas (ambigüedad semántica), de la sintaxis de los enunciados (ambigüedad sintáctica), o del contexto en que usan los enunciados (ambigüedad pragmática)” [Guastini, Riccardo (1997). Problemas de interpretación. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 7, p. 123].
12. De hecho, a esta clásica indeterminación de las cláusulas constitucionales debemos añadir la cada vez más notoria conexión entre el derecho de origen nacional y el que proviene de fuentes de derecho internacional, lo cual nos presenta nuevos dilemas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

relacionados con la influencia de esta clase de normas en la actividad judicial peruana. Entendemos que la interpretación que, del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, ha formulado la mayoría de nuestros colegas simplemente ha decidido ignorar esta interacción que, por lo demás, debe realizarse en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Cuestiones como la prohibición de discriminación por orientación sexual se han debatido en órganos como la Corte Interamericana de Derechos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como por diversos comités de vigilancia del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, y todos ellos han coincidido en señalar que los Estados deben adoptar todas las medidas para erradicarla.

13. En lo relativo a la situación específica del matrimonio entre personas del mismo sexo, como se detallará más adelante, los dos principales tribunales regionales de derechos humanos (esto es, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo) han coincidido en señalar que es necesario brindar a estas uniones alguna fórmula de protección legal. De este modo, el hecho que nuestros colegas hayan decidido aplicar esta causal de improcedencia para el reclamo formulado en este caso supone simplemente dejar de lado una apertura al derecho internacional que se ha enfatizado desde el final de la Segunda Guerra Mundial, y, en el caso peruano, particularmente desde la Constitución de 1979.
14. En este orden de ideas, estimamos que la causal del artículo 5.1 del Código no debe ser aplicación cuando existen desarrollos que provienen de fuentes del derecho internacional, lo cual es posible desprender tanto del artículo 55 como de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. Al ser aquella una causal de improcedencia, debe estar reservada para casos en los que, de manera evidente, no exista algún reclamo con respaldo constitucional.
15. Por todo lo expuesto, consideramos que es impertinente la aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional en este caso, por lo que corresponde analizar el fondo de la controversia. En ese sentido, procederemos a delimitar el asunto litigioso.

§. Delimitación del asunto litigioso.

16. El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, de fecha 7 de marzo de 2012, y de sus respectivas resoluciones confirmatorias, a saber, la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, de fecha 18 de junio de 2012, y la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, de fecha 15 de agosto de 2012, que denegaron la inscripción del acta de matrimonio civil que contrajo en Ciudad de México con un ciudadano mexicano.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

Sostiene que la concreta razón de la referida denegación reside en que se trata de un matrimonio contraído entre personas del mismo sexo, y que, en consecuencia, las referidas resoluciones administrativas han violado su derecho fundamental a no ser discriminado.

En consecuencia, corresponde que determinemos si es que dicha denegatoria supone una vulneración de los derechos alegados. En ese sentido, debemos evaluar las razones por las que el Reniec no aceptó la inscripción del acta de matrimonio, a fin de analizar si ellas son compatibles con el cuadro de principios y derechos que emanan de la ley fundamental.

§. Las razones esgrimidas por el Reniec para denegar la inscripción del acta de matrimonio, y las normas del Código Civil aplicables a la solicitud.

17. A través de la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, se declaró improcedente la solicitud de inscripción del acta de matrimonio civil celebrado entre el recurrente y su pareja del mismo sexo en Ciudad de México. Los argumentos esenciales para denegar la solicitud refieren que “la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 4º, [p]romueve el [m]atrimonio, y lo reconoce [...] como instituto natural y fundamental de la sociedad, cuya forma, causas de separación y disolución, **SON REGULADAS POR LEY**” (el énfasis es del original), y que, en esa medida, debe tenerse presente que “[c]on el Código Civil de 1984, los elementos estructurales o condiciones esenciales del matrimonio como acto jurídico, previstos en el artículo 234º, son entre otros: la diversidad de sexo de los contrayentes”.
18. Por su parte, la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC que declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra la recién citada resolución, razonó que

la Constitución Política del Perú de 1993 postula, en el segundo párrafo del artículo 4, el [p]rincipio de [p]romoción del [m]atrimonio. Este [p]rincipio guarda relación con el de la forma del matrimonio, y significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil”; “[s]iendo así, el artículo 234 del Código Civil señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre varón y una mujer; por tanto, no existe en nuestra legislación respaldo normativo para el matrimonio entre personas del mismo sexo [...].

A ello, agregó que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

“[r]esulta necesario considerar lo prescrito en el artículo 2049º del Código Civil que dispone que *‘Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres. Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano’*” [cursivas son del original]; [debiendo tenerse también presente que la] noción de orden público implica el conjunto de normas imperativas y prohibitivas de obligatoria observancia por la sociedad y los poderes públicos”, y que “[e]l ordenamiento contenido en el Código Civil se integra de manera clara y terminante con el orden público”; motivo por el cual “no resulta amparable inscribir en el Registro de Estado Civil el matrimonio [entre personas del mismo sexo] celebrado en el [p]aís de México [...], pues debe entenderse que nuestra Constitución Política y legislación civil no lo permite” (cursivas y énfasis del original).

19. Sin perjuicio de lo expuesto, es la Resolución Gerencial 055-2012-GRC/RENIEC –es decir, la que dio por agotada la vía administrativa, tras resolver el recurso de revisión interpuesto contra la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC– la que profundiza las razones para denegar la inscripción en registros públicos del acta de matrimonio civil del demandante. En ella se lee lo siguiente:

Que, el artículo **234** de nuestro Código Civil, conceptualiza [al matrimonio] como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella, resultando en consecuencia un acto jurídico civil, solemne y público mediante el cual dos personas de distinto sexo establecen una unión regulada por la ley; [ello], aunado a la circunstancia que nuestra Constitución Política considera al matrimonio como instituto natural y fundamental de la [s]ociedad, [lleva] a concluir que el referido [a]rtículo 234º del Código Civil [p]eruano [es] **una norma de orden público internacional**, de ineludible cumplimiento y observancia no sólo por los matrimonios sujetos a la ley peruana, sino también por aquellos matrimonios que, de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado, se encuentr[an] sujetos a una ley extranjera [...].

Que, constituyendo el matrimonio del [recurrente] un matrimonio internacional, la eficacia del mismo en el territorio peruano, materializada a través de su inscripción en los Registros de Estado Civil nacionales, debe ser examinada considerando lo dispuesto en el [a]rtículo **2050º** del Código Civil [p]eruano, norma que establece que los derechos regularmente adquiridos al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tendrán la misma eficacia en el Perú, en la medida que sean compatibles con el orden público internacional y las buenas costumbres.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

Que, si bien –en el presente caso– es posible establecer que el matrimonio civil del recurrente [...] habría sido celebrado de forma válida ante la autoridad competente mexicana, por admitir las leyes de dicho país el matrimonio civil homosexual, estos actos jurídicos no resultan compatibles con el orden público internacional peruano, pues no cumplen con el requisito de diversidad de sexos de los contrayentes, establecida en el [a]rtículo 234º del Código Civil, norma que conforme lo indicado en párrafos anteriores, **es de carácter de orden público internacional.**

Que, consecuentemente no es posible admitir, ante los Registros de Estado Civil peruanos, la inscripción de matrimonio de personas del mismo sexo, celebrado en el extranjero, por cuanto este tipo de uniones no resultan eficaces en el Perú, al no ser compatibles con norma de orden público internacional, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2050º del Código Civil” (el énfasis es del original).

20. En virtud de lo expuesto por el Reniec, podemos advertir que la solicitud de inscripción fue examinada en virtud de lo reconocido por las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado, las cuales se encuentran contenidas en el Libro X del Código Civil.
21. Al respecto, el artículo 2076 del Código Civil, establece que “[l]a forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración”. Por su parte, el artículo 2049 dispone que “[l]as disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres. Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano”. Mientras que el artículo 2050, reconoce que “[t]odo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres”.
22. De esta forma, es posible concluir que, para el Reniec, la razón principal para que en este caso no se reconozca el acto jurídico celebrado en el extranjero radica en que la realización de un matrimonio entre personas del mismo sexo supone una vulneración del orden público internacional al no encontrarse permitida, según refiere, esta clase de vínculos por la Constitución de 1993. Se advierte, pues, que esta entidad recurrió a las excepciones previstas en el artículo 2049 del Código Civil a fin de no reconocer la inscripción que aquí solicita el demandante.
23. Sobre ello, es pertinente agregar que, conforme a una interpretación sistemática de las referidas normas del Código Civil peruano, la forma del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por la ley del lugar de su celebración, y todo derecho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

regularmente adquirido al amparo de dicho acto jurídico, tiene la misma eficacia en el Perú, a menos que la referida ley extranjera sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres, en cuyo caso rigen las normas del sistema jurídico peruano.

24. En este sentido, nos corresponde determinar si es que la concepción del Reniec, según la cual el matrimonio es exclusivamente entre personas de diferente sexo, se encuentra (o no) reconocida por la Constitución. Ello permitirá, a su vez, indagar si era pertinente la aplicación de la excepción del reconocimiento de actos jurídicos celebrados en el extranjero relacionada con el orden público internacional conforme las disposiciones del Código Civil.
25. El demandante sostiene que la denegatoria de la inscripción de su matrimonio con Fidel Aroche es un acto basado en una errada lectura de la Constitución, y que, de hecho, supone un manifiesto ejemplo de discriminación en función de la orientación sexual de los contrayentes.
26. Ahora bien, antes de examinar dichos alegatos, es necesario efectuar algunas consideraciones en relación con dos conceptos que resultan centrales para la resolución de la presente controversia: la discriminación por orientación sexual y el orden público internacional en los términos del Código Civil.

§. Categorías sospechosas de discriminación, realidad y orientación sexual.

27. El artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política, establece que toda persona tiene derecho “[a] la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.
28. Este Tribunal ha tenido ocasión de precisar las razones en virtud de las cuales el recién citado precepto constitucional incluye una serie de categorías expresas generadoras de discriminación (“origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica”). Se trata –ha dicho este Colegiado– de razones históricas o sociales que permiten predicar la existencia de las así denominadas “categorías sospechosas”, es decir, categorías “que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una *presunción de inconstitucionalidad*, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable” [*cf.* STC 2317-2010-PA, Fundamento 32; la cursiva



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

es del original].

De ahí que la Constitución, al incluir la lista expresa de móviles proscritos de discriminación, “no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como ‘potencialmente discriminatorios’ cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares” [cfr. STC 2317-2010-PA, Fundamento 33]. Que las razones hayan sido de carácter histórico explica y justifica que la disposición constitucional aluda, además, a móviles discriminatorios “de cualquiera otra índole”. En efecto, no solo resulta, como es evidente, que la historia no es estática, pudiendo surgir grupos humanos que no habiendo sido discriminados en el pasado, lo comienzan a ser de modo sobrevenido, sino que también es posible que grupos que han sido discriminados desde hace mucho, en razón, justamente, del fenómeno socialmente discriminatorio, recién sean jurídicamente visibilizados de modo progresivo.

Por ello resulta conveniente la existencia de cláusulas constitucionales abiertas, que permiten, a través de una interpretación evolutiva y/o de la razonable analogía, reconocer, a la luz de la historia y el análisis sociológico, nuevas categorías sospechosas de discriminación que, por serlo, merecen una máxima protección constitucional. De ello, podemos notar que la fórmula que adoptó el constituyente tenía el claro propósito de examinar nuevos supuestos en los que sea necesaria la existencia de alguna tutela reforzada. De este modo, en la resolución de estas controversias, y parafraseando a la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en la emblemática sentencia *Brown vs. Board of Education*, no podemos simplemente retroceder el reloj e indagar lo que, en la década de los 90, pensaron los constituyentes sobre esta materia, sino que debemos examinar si es que, en virtud de las circunstancias actuales, existe un deber especial de no discriminar a las personas en razón de su orientación sexual.

29. Al respecto, existen otras características propias de las referidas categorías que llevan a dispensarles una tutela constitucional reforzada contra la discriminación. Por un lado, se tratan de componentes consubstanciales al ser humano, es decir, de rasgos de los que este no puede prescindir sin perder su identidad. De otra parte, se tratan de criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales [cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V. vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 240].
30. Así, por ejemplo, atendiendo a razones como las antedichas, y considerando los desarrollos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ha podido concluir que, a pesar de no encontrarse en la lista constitucional expresa de motivaciones discriminatorias, “la edad se entenderá como



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

tutelada por la expresión ‘cualquier otra índole’, contenida en el artículo 2.2 de la Constitución. Ello implicará que cualquier distinción tomando en cuenta este factor requerirá de una fuerte argumenta[ción] de parte del órgano que efectuó el trato diferenciado a fin de justificar la constitucionalidad de la medida adoptada, la cual será sometida a un escrutinio estricto” [*cfr.* STC 5157-2014-PA, Fundamento 31].

31. Pues bien, a esta altura de los acontecimientos es posible sostener, sin atisbo de duda, que las personas de orientación sexual no heterosexual son un grupo humano históricamente discriminado. Los “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, también conocidos como “Principios de Yogyakarta”, presentados ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2007, señalan en su preámbulo que “históricamente las personas han sufrido violaciones de sus derechos humanos porque son lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo”. De ahí que el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, exigiendo, entre otras cosas, la igualdad de goce de derechos por parte de todos los seres humanos con independencia de su orientación sexual.
32. En este mismo sentido, una estimable cantidad de organismos internacionales han documentado violaciones a los derechos humanos cometidas contra personas en razón de su orientación sexual no heterosexual en diversas partes del mundo [*cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Washington D.C., 2012]. En ese marco, recientemente, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha reiterado su “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, (...) [cometidos] contra personas por su orientación sexual” [*cfr.* Resolución respecto a la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, Resolución 32/2 de 30 de junio de 2016, A/71/53].
33. Dado que la realidad peruana no escapa a este diagnóstico, el Poder Ejecutivo, a través del Decreto Supremo 002-2018-JUS, ha aprobado el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, cuyo Lineamiento Estratégico 3 incluye a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI), como un grupo de especial protección. En el documento se enfatiza que las personas pertenecientes a este grupo humano “enfrentan una marcada situación de violencia y discriminación en la sociedad, agravada por su normalización e invisibilización”. Es particularmente sintomático que de acuerdo a la “Encuesta para medir la percepción de la población peruana en relación con los derechos humanos”, realizada por el Ministerio de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

Justicia y Derechos Humanos y la Universidad ESAN en 2013, el 93% de los encuestados consideraron que las referidas personas se encuentran más expuestas a la discriminación. La Defensoría del Pueblo ha sistematizado también diversa data que evidencia la discriminación estructural a la que se encuentra sometido el colectivo LGBTI [cfr. Los derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú, Informe N° 175, Lima, 2016].

34. A lo expuesto se agrega que la orientación sexual —es decir, la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente y/o de un mismo sexo—, con prescindencia de su contenido o de si se decide o no llevar a cabo conductas en consecuencia con ella, es un componente esencial de la identidad de todo ser humano [cfr. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, p. 18]. Toda persona, a partir de cierto momento de su existencia en sociedad, se siente definida también por ese componente y, en la gran mayoría de casos, desarrolla pasajes singularmente importantes de su personalidad y de su vida en función a dicha orientación. Por lo tanto, ella encuentra también fundamento y es una dimensión de la dignidad humana.
35. Asimismo, resulta inequívoco que la orientación sexual no heterosexual, no constituye una enfermedad o patología. Así lo tiene determinado la Organización Mundial de la Salud (OMS), desde 1990, en su “Manual de Clasificación Internacional de Enfermedades” [cfr. CIE-11]. De la misma opinión es la Asociación Psiquiátrica Americana (APA), desde 1973. De hecho, esta entidad, en su oportunidad, en el “Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales” (DSM), enfatizó que “la homosexualidad *per se* no conlleva impedimento en juicio, estabilidad, confiabilidad o capacidades sociales y vocacionales” [cfr. American Psychiatric Association. Position Statement on Homosexuality and Civil Rights. Am J Psychiat, 1973, p. 497]. De ahí que la asociación que determinadas personas asumen entre una orientación sexual no heterosexual y la existencia de algún trastorno del cuerpo o de la mente, debe ser revertida a través de una adecuada política de formación en derechos humanos (artículo 14 de la Constitución), y de un adecuado ejercicio por parte de los padres de familia del deber de educar a sus hijos (artículo 13 de la Constitución).
36. De lo expuesto, ha quedado determinado que la orientación sexual: a) ha sido históricamente una razón de discriminación y, a la luz de los datos recogidos por entidades especializadas tanto a nivel internacional como a nivel interno, continúa siéndolo; b) es un elemento de la identidad y de la autodefinición de todo ser humano; y c) es un criterio que, como resulta evidente, carece de relevancia para la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

distribución en equidad de derechos y obligaciones; en ese sentido, corresponde concluir que en ningún caso puede ser considerada como una razón en sí misma suficiente para limitar o restringir los derechos de una persona, so pena de considerar dicho trato diferenciado como un trato discriminatorio.

37. En ese sentido, aún cuando el Tribunal Constitucional se ha ocupado antes parcialmente del asunto de modo incidental [*cfr.* SSTC 0023-2003-PI, Fundamento 85 y ss.; 2868-2004-PA; 1575-2007-PHC], nos corresponde señalar de modo preciso que la orientación sexual debe interpretarse como uno de los motivos “de cualquiera otra índole” por los que “[n]adie debe ser discriminado”, según reza el artículo 2, inciso 2, de la Constitución. Un razonamiento contrario es violatorio de la dignidad humana –fundamento de todos los derechos fundamentales– y, por ende, inconstitucional.

a) Constitución, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y orientación sexual.

38. A la misma conclusión recién expuesta se puede arribar si el razonamiento toma como punto de partida, estrictamente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Recuérdese que los jueces y el Tribunal Constitucional tienen la obligación de interpretar los derechos y libertades reconocidos en la Constitución de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, en particular, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Cuarta Disposición Final de la Constitución) en los supuestos en los que brinden mayores niveles de protección que el derecho de origen nacional. En ese contexto, existe, a su vez, la obligación de atender la interpretación que sobre tales fuentes realizan los tribunales internacionales, en particular, la que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo V del Título Preliminar del CPCo.). En función de un enfoque preventivo en la protección de los derechos fundamentales, se tiene establecido que esta obligación se proyecta a toda fundamentación o *ratio decidendi* contenida en las sentencias de la referida Corte [*cfr.* STC 2730-2006-PA, Fundamentos 12 – 13].
39. Pues bien, de manera análoga a lo establecido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone lo siguiente: “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

40. Considerando ello, y siguiendo una argumentación similar a la aquí planteada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene establecido que la expresión “cualquier otra condición social” del aludido artículo 1.1 debe ser interpretada de la manera más favorable a la optimización de la dignidad de la persona humana, motivo por el cual debe asumirse que la orientación sexual es una categoría protegida por la Convención Americana. Siendo ello así, la Corte enfatiza lo siguiente:

[...] 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” [*cf.* Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 91. El criterio ha sido reiterado en el Caso Duque *vs.* Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016, párr. 104; en el Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 118; y en la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, párr. 68].

41. En el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, *mutatis mutandis*, el Comité de Derechos Humanos [*cf.* Observaciones Finales sobre el quinto informe periódico del Perú, 2013, CCPR/C/PER/C0/5, párr. 8]; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [*cf.* Observaciones finales Perú, E/C.12/PER/CO/2-4, párr. 5]; el Comité de los Derechos del Niño [*cf.* Observación general N.º 20, sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34]; el Comité contra la Tortura [*cf.* Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Perú, 2013, CAT/C/PER/CO/5-6, párr. 22] y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [*cf.* Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, 16 de diciembre de 2010, CEDAW/C/GC/27, párr. 13], al interpretar las cláusulas contra la discriminación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2); de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2.1); de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (artículo 1.1); y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 1), respectivamente, han llegado a la misma conclusión, a saber, que la orientación sexual es una categoría especialmente protegida contra la discriminación.
42. Por consiguiente, dado que, según la Cuarta Disposición Final de la Constitución, es preciso interpretar el principio-derecho a la igualdad y no discriminación, reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atendiendo a la interpretación formulada por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

la Corte IDH, debe concluirse, una vez más, que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, y no es móvil constitucionalmente válido para limitar los derechos de un ser humano.

b) Constitución, ley y orientación sexual.

43. En este mismo sentido, el Congreso ha desarrollado el contenido protegido del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, estableciendo, expresamente, en el artículo 37, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, que el amparo procede para la protección del derecho a no ser discriminado “por razón de [...] orientación sexual”.
44. Hace varios años, Konrad Hesse recordaba que así como existe un principio de interpretación de la ley de conformidad con la Constitución, cumplidas ciertas condiciones, también cabe predicar la existencia de un principio de interpretación de la Constitución de conformidad con la ley (*gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung*) [*cfr.* Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, traducción de P. Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 57]. Este último principio, desde luego, no conlleva la subversión del principio de jerarquía normativa (artículo 51 de la Constitución), puesto que ningún contenido legal puede ser considerado jurídicamente válido si no resulta conforme con el contenido de la Norma Fundamental. Empero, si esta condición se cumple, y, además, el contenido legal permite clarificar el ámbito de protección de un derecho fundamental en tanto manifestación directa del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), entonces, tal como ya antes ha enfatizado este Tribunal [*cfr.* STC 4235-2010-PHC, Fundamento 30], existe, en ciertos escenarios, la obligación de interpretar el contenido del derecho fundamental concernido en sistemática con la ley.
45. Y es que un ejercicio hermenéutico de tal naturaleza permite generar una conexión directa entre la defensa de la dignidad –representada por el derecho fundamental– y la democracia –representada por la concreción legal formulada por el Parlamento (artículos 43, 90 y 93 de la Constitución)–, dando lugar al surgimiento de un argumento de singular fuerza jurídica en el marco del Estado Constitucional.
46. Es justamente ello lo que tiene lugar cuando se interpreta el principio-derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, en sistemática con el artículo 37, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, permitiendo arribar, otra vez, a la conclusión de que la orientación sexual no heterosexual no puede, en ningún caso, ser motivo de discriminación a través de alguna norma o acto, sea que provenga de un poder público, sea que provenga de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

particulares.

c) Derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y orientación sexual.

47. Ahora bien, sería poco más que simbólico referir que se encuentra constitucionalmente prohibido discriminar a una persona por tener una orientación sexual no heterosexual, pero que tal prohibición se circunscribe a la condición de homosexual o de lesbiana en sí misma, y no se extiende a las expresiones, manifestaciones o conductas que son consecuencias necesarias para desarrollar una vida acorde con dicha condición.

48. El Tribunal Constitucional tiene establecido que dado que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución), y que, en consecuencia, no cabe en ninguna circunstancia tratar a un ser humano como simple medio, sino, por el contrario, como fin en sí mismo, puede afirmarse que el fundamento material del constitucionalismo moderno “está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado” [*cfr.* STC 0032-2010-PI, Fundamento 17].

49. Esa libertad general se concretiza en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución. Tal como ha sostenido el supremo intérprete de la norma fundamental,

[e]l derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra [SSTC 2868-2004-PA, Fundamento 14; 0032-2010-PI, Fundamento 22].

50. Así las cosas, en el caso de las personas que se encuentran en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, como regla general, solo puede ser limitado con la finalidad de proteger derechos fundamentales de terceros, y siempre a través de medios que superen el *test* de proporcionalidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

51. Ello no quiere decir, sin embargo, que, de modo excepcional, no resulte constitucionalmente viable establecer ciertas restricciones al referido derecho de la persona, con el objetivo de generarle un beneficio solo a ella. No obstante, en estos casos el beneficio no puede ser otro que la protección de la propia autonomía de la persona (medidas paternalistas) y siempre a través de medidas proporcionales.
52. Resulta, eso sí, absolutamente prohibido en el Estado Constitucional que, a pesar de no estar de por medio la afectación de derechos de terceros, se imponga una medida a un ser humano, en ánimo de que se adapte a un plan de vida solo porque un sector de la sociedad lo considera virtuoso, o de impedirlo solo porque un sector de la sociedad lo considera inmoral (medidas perfeccionistas). Tal y como ha sostenido el Tribunal, “dado que el Estado Constitucional tiene como unos de sus principales valores fundamentales a la libertad, a la autodeterminación y al pluralismo, toda medida perfeccionista se encuentra proscrita” [*cf.* STC 0032-2010-PI, Fundamento 50].
53. Como refiere Carlos Santiago Nino, “el perfeccionismo debe ser cuidadosamente distinguido del paternalismo estatal, que no consiste en imponer ideales personales o planes de vida, que los individuos no han elegido, sino en imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente” [*cf.* Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, 2ª edición ampliada y revisada, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 414].
54. En este orden de consideraciones, puede sostenerse que, dado que la orientación sexual es un factor consubstancial a la condición de persona humana, formando parte de quien es, pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad el permitir a la persona desplegar un proyecto de vida que resulte acorde con dicha orientación, en particular, en lo que atañe a sus relaciones interpersonales emocionales, afectivas y sexuales.
55. Tratándose de personas en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, no cabe alegar en estos casos la llana protección o supuesto beneficio de la propia persona para pretender justificar una limitación al desarrollo de su plan vital, pues siendo la orientación sexual parte de la identidad del ser humano y estando proscrita toda forma de discriminación en razón de ella, tal limitación no podría ser interpretada como una medida paternalista, sino como una medida perfeccionista, y, en tanto tal, cosificadora de la persona humana y vulneradora de su dignidad.
56. Del mismo parecer ha sido la Corte IDH, al sostener que “el alcance del derecho a la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”, puesto que “la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” [*cf.* Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, doc. cit., párrs. 133 y 136, respectivamente; Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, doc. cit., párrs. 119 y 103, respectivamente].

57. Una vez examinados los alcances y el contenido del principio de igualdad y no discriminación en función de la orientación sexual, corresponde que determinemos qué debe comprenderse por “orden público internacional” en el marco de las disposiciones del Código Civil de 1984, pues ello será fundamental para examinar si es que el Reniec estaba facultado a no inscribir la unión de Oscar Ugarteche y Fidel Aroche.

§. Orden público internacional y reconocimiento de actos realizados en el extranjero

58. Como se ha expuesto, el Reniec ha dado preeminencia a las excepciones reguladas en los artículos 2049 y 2050 del Código Civil peruano. En efecto, a su juicio, el artículo 146 del Código Civil de Ciudad de México, en tanto permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, es incompatible con el orden público internacional; por ende, carece de eficacia en territorio peruano. Siendo ello así, afirma el Reniec, un matrimonio civil entre personas del mismo sexo celebrado a su amparo, carece de eficacia en territorio peruano, y, consiguientemente, el acta de su celebración no puede ser inscrita en los registros públicos peruanos.
59. Establecer si es de aplicación la excepción relacionada con el quebrantamiento del orden público internacional supone determinar, como paso previo, qué es lo que debe entenderse por dicha construcción de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.
60. Al respecto, en distintas oportunidades la noción de orden público internacional ha sido invocada con el propósito de avalar o prohibir comportamientos realizados en el extranjero que sean incompatibles con la soberanía estatal, usualmente materializada en el ordenamiento jurídico. Se configura, así, como una suerte de mecanismo de defensa que puede emplear el juez nacional, y que le permite custodiar la esencia de su ordenamiento jurídico, el cual, en principio, no se encuentra obligado a reconocer en los mismos términos y condiciones las instituciones reguladas en el derecho extranjero. Desde luego, esto no impide que puedan considerarse, a fin de fortalecer



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

las decisiones o interpretaciones relacionadas con los derechos de la persona, lo dispuesto en el derecho comparado. Un caso paradigmático es el de la actual Constitución de Sudáfrica, la cual permite, en su artículo 39, que los tribunales tomen en cuenta el derecho extranjero para la delimitación y concreción de las libertades fundamentales. Esto obedeció al contexto y la historia particular de este país, en el que la vigencia del *apartheid* generó la necesidad de crear instituciones y herramientas que demostraran una clara tendencia de apertura hacia la comunidad internacional [*cfr.* Lollini, Andrea (2012). *The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns based on Foreign Law*. *Utrecht Law Review*, vol. 8, núm. 2, p. 60].

61. Ahora bien, es preciso recordar que el adjetivo “internacional”, empleado en el concepto clásico de “orden público internacional”, puede resultar engañoso, pues no hace referencia a un orden público proveniente del Derecho Internacional, sino a determinados principios esenciales de un orden interno que, en resguardo de una suerte de valores mínimos de una comunidad, resultan inmunes frente a la normativa extranjera. En ese sentido, esta clase de excepción solo debe ser empleada como una salida de *ultima ratio*, ya que desconoce un acto celebrado en el extranjero, aspecto que incide en el derecho a la seguridad jurídica de las personas que participaron en él. Su aplicación supone, en buena cuenta, que se garantice un justo equilibrio entre el respeto a las cuestiones esenciales que integran el ordenamiento jurídico del Estado en que se intenta validar el acto respectivo con cuestiones propias de justicia, materializadas en el respeto de actos válidamente realizados y cuyo aseguramiento debería ser, en línea de principio, la labor del juez local.
62. Evidentemente, como ejemplo de esta clase de prácticas podemos reconocer a todas aquellas que suponen la comisión de un ilícito de carácter penal según las normas internas. Así, si el acto celebrado en el extranjero es considerado en el Perú como objeto de alguna sanción en el Código Penal, el juez no podrá avalarlo, como bien podría ocurrir en el caso que desee reconocerse, por ejemplo, un supuesto de bigamia. Del mismo modo, se encuentran todas aquellas cuestiones que, según las disposiciones más importantes del ordenamiento jurídico respectivo (en particular, las disposiciones de rango constitucional), se encuentran directamente prohibidas por atentar contra derechos o bienes esenciales de una comunidad.
63. Esta noción de “orden público” que dará luego paso a la de “orden público internacional” tiene como importante referente al Código Civil de Napoleón de 1804, documento que desarrolló una importante influencia en distintos países de América Latina. En dicho texto, se entendió que las convenciones o acuerdos privados no podían transgredir las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres. Esto supuso, pues, un límite al principio de autonomía de la voluntad de las personas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

La evolución y la consiguiente extensión del adjetivo “internacional” se desenvuelven, así, en el marco del desarrollo de las relaciones exteriores propias de la Paz de Westfalia (1648), la cual supuso el reconocimiento de igualdad soberana entre los Estados, y que, naturalmente, ellos eran los únicos que podían producir obligaciones desde el derecho internacional. Era la época en que el derecho internacional era producido y elaborado, de forma exclusiva, por las autoridades estatales, las cuales se constituían como los amos y señores de los tratados.

64. En ese sentido, el principio de “soberanía externa”, propio de la época, implicaba que los Estados no se encontraban sometidos, al menos formalmente, a lo que sus pares dispusieran en sus respectivos ordenamientos, y esto de basaba en que estos eran completamente dueños -desde un punto de vista tanto político como jurídico- de todo aquello que ocurriera dentro de su jurisdicción. De este modo, el concepto de “orden público internacional” permitiría materializar dicha soberanía, pues facultaba a que los Estados opongán sus disposiciones internas frente a los actos que, siendo celebrados en el extranjero, sean contrarios a ellas e intenten ser reconocidos en el ordenamiento del Estado involucrado. Es así que el concepto de orden público internacional del Derecho Internacional Privado clásico se forjó progresivamente en un tiempo en el que la soberanía estatal era aún apreciada como un principio que merecía protección absoluta, y en el que, en el espacio de las relaciones internacionales, los Estados eran los únicos sujetos y productores de Derecho.
65. Ahora bien, advertimos que no es este el escenario en el que se desenvuelve el derecho internacional contemporáneo, ya que las distintas relaciones que ha forjado el Estado peruano lo han insertado en un mundo en que el derecho internacional y supranacional (marcado principalmente por distintos espacios de integración) goza de una posición cada vez más especial. No sorprende, en ese sentido, que existan diversos estudios vinculados con la idea que el Estado y la soberanía ya no sean conceptos interdependientes, y que esto debe generar que se vuelvan a pensar las bases de los estudios jurídicos, los cuales centraban su atención, en demasía, en los ordenamientos nacionales [*cf.* MacCormick, Neil. *Beyond the Sovereign State*. *The Modern Law Review*, 56, 1 (1993), p. 18].
66. La presencia de este fuerte componente internacionalista en los ordenamientos estatales se ha dejado advertir, particularmente, desde la Constitución de 1979, la cual incorporó diversas disposiciones orientadas a garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano. Evidentemente, la inserción de esta clase de cláusulas en nuestro constitucionalismo solo grafica que el derecho internacional es también parte de nuestro ordenamiento. Esto ya ha sido destacado, hace bastantes décadas atrás, por Víctor Andrés Belaúnde, quien precisó nuestra historia se ha caracterizado por incorporar los principios más avanzados de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

lo que en aquella época se denominó como el Derecho de Gentes, así como por el respeto a los tratados internacionales [Belaúnde, Víctor Andrés (1965). *Peruanidad*, Ediciones Librería Studium, Lima, 1965, p. 407].

67. En este mismo orden de ideas, no sorprende que un sector de la doctrina, refiriéndose a otras experiencias en las que la presencia de normas extraestatales es aún más notoria, haya hecho referencia a ordenamientos “multinivel” o a una suerte de “pluralismo constitucional” para graficar esta convivencia de normas jurídicas, en la que, como es evidente, los Estados ya no son los únicos que producen obligaciones jurídicas. Se ha sostenido, por ejemplo, que la constante interacción con el derecho internacional o con la jurisprudencia de los órganos de este mismo carácter ha generado un escenario gobernado por *soberanos descentralizados*, ya que es posible advertir cómo en diversos ordenamientos existen dos o más fuentes de derechos exigibles judicialmente y que, por lo general, se superponen, lo cual tiene como principal virtud la de elevar los estándares nacionales de protección de estas libertades al permitir que las autoridades judiciales puedan aplicar la que otorgue condiciones más favorables para su ejercicio [cfr. Stone, Alec. A cosmopolitan legal order: Constitutional Pluralism and rights adjudication in Europe. *Global Constitutionalism* 1-1 (2012), p. 61].
68. En el caso peruano, es posible advertir una convivencia de fuentes similar, ya que instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos forman parte del derecho interno en virtud de lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución. También podemos decir lo mismo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de los pronunciamientos de los comités de vigilancia de las Naciones Unidas por lo indicado en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Todo ella refleja que el constituyente peruano, de manera similar a lo que ocurría desde la Constitución de 1979, también ha deseado resaltar la necesidad de considerar las obligaciones internacionales cuando se analiza alguna controversia en particular. Al respecto, como ha sostenido el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos -y que es un criterio que este Tribunal comparte-,

[d]estaca ante todo que el concepto de orden público internacional atiende a una realidad consustancialmente cambiante y dinámica, y, en esa medida, su aplicación general requiere tomar en cuenta las exigencias y el desarrollo que el propio marco normativo internacional (de proyección universal) viene planteando a los contextos generados en cada sociedad y su orden jurídico” [Amicus curiae presentado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Escrito de fecha 5 de agosto de 2019, p. 6].

69. En efecto, esta distinta forma de entender el Derecho Internacional ha generado que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

los Estados ya no sean los únicos legitimados para la tutela de estas libertades, por lo que su adecuado resguardo ya no es un patrimonio exclusivo de ellos. Naturalmente, esto implica que se empiecen a articular importantes mecanismos de diálogo y cooperación con entidades internacionales o supranacionales. Un claro ejemplo de ello lo constituye, sin duda, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual reconoce que la interpretación de los derechos fundamentales debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en los tratados internacionales de los que el Estado peruano es parte; a lo que puede agregarse lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual inserta como parámetro de interpretación, como se indicó *supra*, los criterios que emanan de organismos internacionales.

70. Estas disposiciones nacionales reflejan que las autoridades jurisdiccionales estatales deban ser el principal y primer fuerte de tutela de los derechos, ya que están directamente habilitadas para aplicar las normas internacionales y evitar, de este modo, la posibilidad de una eventual denuncia por responsabilidad del Estado. A diferencia de lo que ocurría en los siglos XVIII o XIX, en los que el derecho internacional era una problemática esencialmente a ser abordada por los Estados, en la actualidad es claramente evidente que los tribunales suelen conocer de casos en los que deben aplicarse directamente tratados, convenios, u otras fuentes del derecho internacional. Así, en la actualidad es posible notar que, en una considerable cantidad de Estados, los tribunales de justicia se han convertido en instituciones considerablemente relevantes para la protección y promoción del derecho internacional, ya que suelen desenvolverse en “zonas mixtas” en las que, por ejemplo, los tratados interactúan con el ordenamiento estatal [*cfr.* Nollkaemper, André. *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford University Press (2011), p. 1]. De hecho, ello es aún más palmario en el caso de los instrumentos de protección de derechos humanos, ya que esta ha sido una de las primeras materias en las que se ha permitido que las personas puedan presentar demandas en contra de los Estados de los cuales son nacionales.
71. Por otra parte, también el derecho -sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial- ha sufrido importantes transformaciones, las cuales se relacionan no solo con lo efectivamente dispuesto en diversas fuentes del derecho internacional -como lo son los tratados-, sino también a propósito de las interpretaciones que, de estas obligaciones, han realizado distintos organismos internacionales. Estas lecturas han permitido, en algunos casos, optimizar los niveles de tutela de las libertades. La magistrada y el magistrado que suscriben este voto consideramos que estos desarrollos no deberían ser desconocidos por los operadores de justicia, ya que son importantes guías para entender los compromisos que los Estados han asumido ante la comunidad internacional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

72. En este orden de ideas, es posible afirmar que el derecho actual se encuentra involucrado en distintos procesos de globalización, por lo que los tratados y otras fuentes internacionales también pueden constituirse como parámetros para delimitar el contenido de los derechos y deberes que se reconocen en el ordenamiento jurídico peruano.
73. En consecuencia, podemos concluir que no es posible, en las condiciones actuales, seguir interpretando las instituciones del derecho civil como fueron concebidas en el marco del derecho europeo continental del siglo XIX, ya que el importante viraje del derecho internacional ha generado que los Estados convivan con distintos actores en el escenario internacional, con los cuales debe articular distintas formas de diálogo para el aprendizaje recíproco. En ese sentido, las fuentes que puede aplicar o invocar la autoridad judicial no se restringen únicamente a aquellas que tienen origen local, sino también a las que reconocen los deberes internacionales del Estado peruano.
74. Esto es importante para entender, en su verdadera dimensión, la excepción de orden público internacional. No puede ser ignorado el hecho que, a diferencia de lo que ocurría hace algunas décadas, el Estado peruano se encuentra cada vez más involucrado en la comunidad internacional. Esto implica no solo que se adopten todas aquellas medidas destinadas a garantizar, en el orden interno, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el respectivo país; sino que también supone que no se bloqueen las providencias que, para este mismo fin, implementan terceros Estados.
75. En ese mismo sentido, notamos que, desde que el Código Civil de 1984 fue aprobado, el Estado peruano ha ido desarrollando una postura cada vez más consciente de las relaciones entre el derecho interno y el internacional. Como se ha tenido la oportunidad de precisar, “[a] diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano” [STC 00047-2004-AI/TC, fundamento 19]. Se aprecia, así, que la autoridad judicial que desee evaluar la aplicación de la excepción de orden público internacional debe también tomar en consideración lo contenido en los tratados, ya que estos también forman parte del derecho interno por mandato constitucional.
76. Precisado lo anterior, corresponde determinar si es que la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo en el exterior -y cuyo reconocimiento en el Perú se solicita en la presente demanda de amparo- supone o no un quebrantamiento del orden público internacional, tal y como este concepto ha sido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

delimitado *supra*.

§. Aplicación de los criterios expuestos al presente caso

77. En el presente caso, tal y como se advirtió *supra*, la Resolución 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC resaltó que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 2049 del Código Civil, no resultaba amparable el pedido para inscribir en el Registro de Estado Civil el matrimonio celebrado en el país de México. En un sentido similar, la Resolución Gerencial 055-2012-GRC/RENIEC -que, por cierto, dio por agotada la vía administrativa-, disponía que el artículo 234 del Código Civil conceptualiza el matrimonio como la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer, lo cual supone el reconocimiento de un instituto natural que integra el orden público internacional.
78. Por su parte, el reclamo que en la presente *litis* formula el demandante es que se reconozca el matrimonio que ha celebrado en México, por lo que solicita que se inscriba en los registros públicos nacionales el Acta de Matrimonio Civil 8748472. Para determinar la viabilidad de dicho reclamo corresponde evaluar si es que el Reniec ha cumplido con su deber de motivar adecuadamente las resoluciones que se cuestionan en la presente demanda de amparo, y ello supone establecer si es que las premisas aplicadas en las resoluciones cuestionadas resultaban o no compatibles con el cuadro de principios y derechos que dimanaban de la Constitución y otras fuentes del derecho internacional.
79. En ese sentido, estimamos conveniente desarrollar los argumentos en el siguiente orden: a) competencias del Reniec y su conexión con los derechos fundamentales; b) consideraciones acerca de la fórmula matrimonial contenida en las resoluciones impugnadas; c) consideraciones acerca de la causal de orden público internacional en las resoluciones impugnadas y la existencia de discriminación por la orientación sexual de los contrayentes.

a) Atribuciones del Reniec y su conexión con los derechos fundamentales

80. Al respecto, es pertinente recordar que el RENIEC es un órgano constitucional autónomo cuyas funciones y competencias están expresamente reguladas en la Constitución y su ley orgánica, como parte integrante del Sistema Electoral Peruano. Es un organismo autónomo que cuenta con personería jurídica de derecho público interno y goza de atribuciones en materia registral, técnica, administrativa, económica y financiera. Conforme a lo dispuesto por el artículo 183º de la Constitución, dicha entidad "tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil"



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

[STC 04729-2011-PHD, fundamento 8]. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, esta entidad es la “encargada de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil. Con tal fin desarrollará técnicas y procedimientos automatizados que permitan un manejo integrado y eficaz de la información”.

81. Es importante resaltar que los órganos constitucionales autónomos, en tanto órganos configurados con la calidad de poder constituido, se someten al cuadro de principios, derechos y valores que se reconocen en la Constitución. De este modo, las decisiones que estas entidades adopten no pueden, desde ningún punto de vista, desconocer los atributos que se desprenden de nuestra norma suprema, o incluso aquellos que no se encuentran explícitamente proscritos por ella. Ahora bien, esta no es una tarea privativa del Tribunal Constitucional o de los jueces. La Administración Pública, en orden a consideraciones funcionales, de accesibilidad, de tiempo, de inmediatez, de logística, y otras, es la primera llamada a servir a la persona humana, y en el marco del Estado Constitucional ello significa asumir las normas y los procedimientos administrativos, ante todo, como cauces que permiten hacer de los derechos fundamentales libertades especialmente efectivas, y, en ese sentido, no puede obrar insertando mecanismos que obstaculizan su concreción.
82. Evidentemente, el Reniec no se encuentra al margen de esta obligación constitucional. Dada la naturaleza de sus funciones establecidas en el artículo 183 de la Constitución, la más importante legalmente reconocida es “[v]elar por el irrestricto respeto del derecho a la [...] identidad de la persona y los demás derechos inherentes a ella derivados de su inscripción en el registro” (artículo 7, literal j, de la Ley 26497, Ley Orgánica del Reniec).
83. En este orden de ideas, uno de los principales deberes de las entidades públicas, y entre ellas, claro está, el Reniec, es el de motivar adecuadamente sus resoluciones, sobre todo cuando de ellas se desprenda alguna clase de perjuicio para el administrado, pues ello le permitirá conocer de manera certera las razones para el rechazo de su solicitud. Así, el Tribunal Constitucional ha reconocido, en el caso concreto de las resoluciones administrativas, que “[e]l tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional [STC 04123-2011-PA/TC, fundamento 4].
84. Este razonamiento no ha sido ajeno para el caso del Reniec, ya que en múltiples oportunidades el Tribunal ha controlado la constitucionalidad de las resoluciones que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

expide este organismo en el ejercicio de sus competencias. En ese sentido, se han amparado demandas relativas a la rectificación del estado civil [STC 04729-2011PHD/TC], el derecho a contar con un documento nacional de identidad [STC 04444-2005-HC/TC], que se expida un nuevo documento nacional de identidad a favor del recurrente [STC 02432-2007-HC/TC] e incluso se ha ordenado que se instauren procedimientos especiales para la atención a las solicitudes de los adultos mayores [STC 02834-2013-HC]. Esto no hace sino reafirmar la idea que, en el desempeño de sus funciones, el Reniec debe cumplir de manera adecuada con las funciones que tanto la Constitución como su Ley Orgánica le confieren, por lo que cualquier irregularidad que se advierta en ellas, como puede ocurrir en el caso que no se motive adecuadamente una decisión, es pasible de ser controlada por parte de los jueces constitucionales.

85. En consecuencia, sobre la base del marco constitucional desarrollado, corresponde analizar la validez o invalidez de las razones planteadas por el Reniec para denegar la inscripción en registros públicos del acta de matrimonio civil de Oscar Ugarteche y Fidel Aroche, el cual fue celebrado en el extranjero. Así, corresponderá a este Tribunal analizar si es que la resolución que absuelve la solicitud del ahora recurrente se encuentra debidamente motivada o no.

b) Consideraciones acerca de la fórmula matrimonial contenida en las resoluciones impugnadas.

86. En este sentido, debe analizarse si, como lo sostiene el Reniec, el matrimonio entre personas del mismo sexo es una fórmula prohibida o que no pueda desprenderse de la Constitución de 1993, por lo que es posible aplicar la excepción de orden público internacional. El demandante ha sostenido que la interpretación que ha realizado la entidad demandada ha supuesto un manifiesto ejemplo de discriminación por la orientación sexual de los contrayentes.
87. Ahora bien, dilucidar este tópico demanda, en esencia, analizar dos cuestiones que la magistrada y el magistrado que suscribimos este voto consideramos como relevantes. En primer lugar, se requiere examinar cuál es el estado de la cuestión del matrimonio igualitario en el derecho comparado. Esto es importante de indagar porque, en un mundo cada vez más globalizado, los Estados deberían generar soluciones que respeten las interpretaciones que, de los derechos, han realizado otros países, más aún cuando ellas son conformes con el derecho internacional. Por otro lado, debemos identificar si es que, en virtud de las cláusulas constitucionales peruanas, es posible extraer que el único matrimonio válido es el celebrado entre personas de diferente sexo, ya que es esta la interpretación que fue realizada por el Reniec.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

88. Respecto del primer punto, es posible notar que alrededor de treinta países integrantes de la Organización de las Naciones Unidas han reconocido la viabilidad y la necesidad de reconocer esta unión, la cual se ha incorporado a través de legislación o, en ausencia de ella, mediante lo dispuesto por alguna alta corte nacional a propósito de la resolución del algún caso en que esta clase de discusiones se hayan judicializado.
89. En relación con el primer grupo de países, existen experiencias como la de Países Bajos, Bélgica, España, Canadá, Noruega, Suecia, Islandia, Argentina, Dinamarca, Uruguay, Francia, Alemania, Finlandia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, en las que sus respectivos órganos legislativos ampliaron los tradicionales alcances del matrimonio para habilitarlo para las parejas del mismo sexo.
90. Por otro lado, en lo que respecta a los pronunciamientos de las altas cortes de justicia que reconocieron la necesidad de su incorporación, se pueden citar casos como los de Costa Rica (Resolución N° 12782-2018, expedida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, y que recientemente ha entrado en vigor al vencerse el plazo que se había otorgado al Parlamento para su regulación, sin que esto se hubiera hecho), Ecuador (Sentencia N° 11-18-CN/19, expedida por la Corte Constitucional), Taiwán (*Judicial Yuan Interpretation* N° 748 on May 24, 2017, expedida por la Corte Constitucional), Austria (AUT-2017-3-003, expedida por la Corte Constitucional), Colombia (C-577 de 2011, ratificada en SU 214/16, ambos pronunciamientos de la Corte Constitucional), Estados Unidos (576 U.S. 644 de 2015), Brasil (*Ações Direta de Inconstitucionalidade -ADI- 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental -ADPF- 132*, del Consejo Nacional de Justicia del Supremo Tribunal Federal) o Sudáfrica (*Case CCT 60/04*, expedido por la Corte Constitucional). Una experiencia peculiar en el derecho comparado es la de Irlanda, ya que el matrimonio entre parejas del mismo sexo se ha reconocido a través de referéndum.
91. Se puede apreciar que, en el derecho comparado, es clara la tendencia de los últimos años de reconocer el matrimonio igualitario dentro del derecho interno. Incluso en algunos países, aunque no se reconoce propiamente esta fórmula, se ha acudido a instituciones similares para evitar la desprotección de las parejas del mismo sexo. El Estado peruano, simplemente, *ha decidido no decidir* sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, y esto ha sido convalidado por la interpretación efectuada por la mayoría de nuestros colegas con un pronunciamiento que no ingresa al fondo de la controversia.
92. Ciertamente, se podría replicar, en una suerte de argumento *a contrario*, que esto supone que en el resto de la comunidad internacional no se reconocen esta clase de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

uniones. Ello, en efecto, es cierto. Sin embargo, lo que aquí se discute es la viabilidad de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo que ha sido celebrado en el extranjero. De esta forma, lo que es objeto de análisis en este proceso constitucional es si el vínculo que han contraído los demandantes debe ser entendido como lesivo del orden público, esto es, si es que la celebración de dicho acto subvierte normas y principios esenciales del ordenamiento peruano. Para nosotros, el panorama que ha sido expuesto, y que refleja una clara tendencia en los últimos años en diversos países de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo -posición que, además, ha sido también asumida por un organismo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos- genera que nos encontremos frente a la celebración de uniones que, en el Perú, no deberían ser bloqueadas por cláusulas de excepción, tal y como ocurre con el caso de las disposiciones de derecho internacional privado relacionadas con la necesidad de preservar el orden público.

93. El caso de los países americanos es particular, ya que el intérprete final de la Convención Americana (esto es, la Corte Interamericana de Derechos Humanos), ha sostenido que los Estados tienen el deber de incorporar esta clase de uniones en sus respectivos ordenamientos. De manera concreta, este órgano ha señalado que “[d]e acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales” [Corte IDH. OC 24/17 sobre Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a las parejas del mismo sexo. Documento de fecha 24 de noviembre de 2017, punto resolutivo 8].
94. Hemos sostenido *supra* que la interpretación que el tribunal interamericano efectúe es relevante en nuestro derecho interno por lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, así como por lo indicado en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Hemos también destacado en este voto que las fuentes del derecho internacional no deberían excluidas de valoración al momento de calificar alguna conducta como contraria al orden público internacional. Finalmente, también hemos mencionado que, en un mundo cada vez más globalizado, las controversias en las que se involucren cuestiones de derecho extranjera no deberían ser examinadas con el prisma de los siglos XVIII y XIX.
95. De este modo, la regulación adoptada al interior de los Estados Unidos Mexicanos, al ser coherente con lo dispuesto por la Corte IDH -y demostrar, además, que asume una posición que, particularmente en los últimos años, se ha incrementado en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

diversos Estados-, no puede ser calificada como contraria al orden público internacional. En efecto, no es posible asumir que los parámetros que han sido aceptados por el órgano de cierre de la justicia a nivel interamericano puedan ser calificados como prohibidos en el derecho peruano.

96. Ahora bien, no existe duda alguna que las interpretaciones que efectúa este organismo se relacionan solo con contenidos *mínimos*, y no impiden que los Estados, en su legislación nacional o a través de la interpretación de las libertades que puedan realizar sus cortes de justicia, puedan dotar a un derecho fundamental de mayores niveles de protección. Ello implica que, para lo que interesa al caso peruano, un pronunciamiento de la Corte IDH no puede ser asumido como una opción constitucionalmente prohibida, como lo pretende hacer ver la parte demandada en este caso. Por ello, no existen razones para que este Tribunal no valide los efectos que se desprenden del matrimonio celebrado entre Oscar Ugarteche y Fidel Aroche.
97. Ahora bien, e independientemente del hecho que Reniec no pueda invocar la excepción de orden público internacional cuando un órgano como la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya confirmado la validez de alguna regulación estatal, lo cierto es que las resoluciones que se han cuestionado en este caso también han tenido una importante incidencia en los derechos a la igualdad y no discriminación por orientación sexual, la identidad y el libre desarrollo de la personalidad del recurrente y su pareja, ya que no se estaría brindando reconocimiento, en territorio peruano, al estado civil que adquirió, válidamente, fuera del mismo, y ello con la sola razón de su orientación sexual.
98. En efecto, la negativa de las autoridades nacionales de proceder con la inscripción no solo supondría que se desconozca el estado civil que, en la actualidad, tiene tanto la parte recurrente como su pareja, sino que también invisibiliza esta unión, con todas las consecuencias que ello genera para el ejercicio de distintos derechos en territorio peruano. Entendemos que la única razón que impide su reconocimiento es la orientación sexual de los contrayentes, cuestión prohibida por la Constitución.
99. Lo contrario de lo hasta aquí expuesto supondría que el recurrente solo pueda encontrarse con el estado civil de casado en algunos Estados y no en otros, y ello, sin ninguna duda, incide de manera particularmente grave en su derecho a la identidad. Reducir los alcances del matrimonio a una sola fórmula genera la percepción que las demás uniones se encuentran prohibidas, y esto genera un serio estigma y rechazo hacia las personas que pretenden fortalecer sus vínculos con las parejas que sean de su mismo sexo. Así, genera en algunas sociedades una falsa percepción de que esta clase de vínculos resultarían contrarios a las buenas costumbres. Esta conclusión no puede ser avalada por el supremo intérprete de la Constitución. En este sentido, y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

como ha precisado la Defensoría del Pueblo,

[e]l matrimonio igualitario no vulnera las buenas costumbres, pues ello equilibraría a juzgar aspectos de la vida privada de los ciudadanos e, indirectamente, establecer cuál de estos es susceptible de reconocimiento por el Estado. Situación que atenta contra la dignidad de las personas de distinta orientación sexual, pues de este principio se deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio)” [Defensoría del Pueblo. Informe de Adjuntía 001-2019-DP/ACC-ADHPD. Protección constitucional y convencional del matrimonio celebrado por personas del mismo sexo en el extranjero, p. 15].

100. La magistrada y el magistrado que suscribimos este voto entendemos que el matrimonio al que hace alusión el artículo 4 de la Constitución no puede ser otro que el matrimonio civil. Este puede ser concebido como la unión fundada en el amor de pareja, el respeto y la solidaridad, con vocación de permanencia, que se institucionaliza a través del cumplimiento de ciertas formas y solemnidades reguladas por la ley, y que es generadora de una serie de derechos y obligaciones entre los contrayentes.
101. De esta manera, el Tribunal Constitucional ha reconocido al matrimonio como un “instituto jurídico constitucionalmente garantizado” que el legislador no puede suprimir y que, por el contrario, de acuerdo al artículo 4 de la Constitución, tiene la obligación de promover [*cf.* STC 2868-2004-PA, fundamento 13]. Asimismo, tiene dicho que el derecho a contraer libremente matrimonio forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual “toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio” [*cf.* 2868-2004-PA, fundamento 14]. Y es que si el matrimonio civil instituye una relación de afecto profundo mutuamente concertada, entre personas capaces jurídicamente y libres de impedimento razonable, no solo es evidente que su reconocimiento y protección no implica la afectación de derechos o intereses de terceros, sino que constituye un elemento fundamental para el desarrollo del plan de vida de estas personas.
102. Tal como se ha referido, el artículo 4 de la Constitución reconoce al matrimonio civil además como instituto natural y fundamental de la sociedad. Desde luego, el hecho de que la Constitución se refiera al matrimonio como un instituto “natural” no puede ser interpretado en el sentido de que esté constitucionalmente establecido que exista alguna forma matrimonial *determinada por la naturaleza*, con prescindencia de si ello es así asumido por una mayoría social o no. Y es que tal interpretación resultaría incompatible con las exigencias del respeto por la dignidad humana, valor supremo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

del Estado Constitucional, y del respeto por la autonomía moral de todas las personas, en igualdad.

103. En efecto, si bien una persona en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de pensamiento y de religión (artículo 2, inciso 3, de la Constitución), puede considerar que dicho determinismo existe, no puede pretender imponer coactivamente dicha perspectiva naturalista a terceras personas. Si lo hiciera estaría tratando a tales personas no como sujetos de Derecho, sino como objetos de creencias ajenas, violándose uno de los sentidos esenciales de la dignidad humana que consiste, justamente, en tratar a todo ser humano como fin en sí mismo y nunca como un simple medio.
104. Por esta misma razón, no puede interpretarse que el Derecho del Estado Constitucional acoja alguna perspectiva dogmática sobre el matrimonio en base a algún fundamento religioso o metafísico. Y es que ello supondría, además, una contravención del artículo 50 de la Constitución en el que, como se mencionó, se encuentra reconocido “el principio de laicidad del Estado, conforme al cual el Estado declara su ‘independencia y autonomía’ respecto de la Iglesia católica o cualquier otra confesión religiosa. Se trata, por consiguiente, de un Estado típicamente laico o aconfesional, en el que si bien se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular” [cfr. STC 6111-2009-PA, fundamento 24].
105. Por imperativo constitucional, en consecuencia, toda dogmática confesional, con prescindencia de si es o no compartida por una mayoría social, debe permanecer en el ámbito de la ética privada, y es ajena a la coactividad del Derecho, la cual queda reservada para la protección de una ética pública representada por el contenido del principio-derecho de dignidad humana y los derechos fundados en ella.
106. Cuando un servidor público o un juez no comprende la extraordinaria importancia de esta diferencia, y, por consiguiente, al momento de ejercer sus funciones públicas no es capaz de separar el contenido de su ética privada (válidamente forjada al amparo, por ejemplo, de su libertad religiosa) del contenido de la ética pública presidida por la defensa de la dignidad humana, surge el riesgo de que so pretexto de aplicar el Derecho del Estado Constitucional, en realidad, utilice la coactividad del sistema jurídico no para ponerla al servicio de la igual dignidad de todos los seres humanos, sin discriminación de ninguna clase, sino al servicio de sus propias creencias, cosificando a los seres humanos.
107. Así, como sostuvo en su momento el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [cfr. Informe N.º 05-2014-JUS/DGDH, p. 19] la asignación del atributo “natural” a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

la institución matrimonial solo puede interpretarse en el sentido de que el *hecho social* que permite establecer jurídicamente su institucionalización precede a la formación del Estado y a su reconocimiento constitucional. Asimismo, *mutatis mutandis*, tal como tuvo ocasión de sostener este Tribunal Constitucional a propósito de la familia, desde una perspectiva constitucional, que el matrimonio sea un instituto natural significa que “se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales” (cfr. STC 9332-2006-PA, Fundamento 7), y, en esa medida, puede ser objeto también de una interpretación evolutiva.

108. En consecuencia, por todo lo expuesto, no puede interpretarse que, desde la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, viene proyectada una sola modalidad matrimonial posible y que ella forma parte del orden público internacional. Desde una perspectiva constitucional, el matrimonio es un instituto constitucionalmente garantizado que permite que en ejercicio de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, las personas institucionalicen su afecto de pareja, dando lugar a una serie de derechos y obligaciones recíprocas. La Constitución o el orden público internacional no imponen que tales personas deban ser de distinto sexo. Por ende, ni la Constitución ni el orden público internacional prohíben el matrimonio homosexual.
109. Esta conclusión se refuerza si, al amparo de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, se toma en consideración que la Corte IDH ha sostenido que “una interpretación restrictiva [...] que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’, sin distinción alguna” [cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, doc. cit., párr. 189].
110. Así, no existe mérito constitucional para sostener que la inscripción de un acta de matrimonio civil entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en el extranjero resulte incompatible con el orden público internacional. Por el contrario, (i) si tal como se ha enfatizado *supra*, la Constitución prohíbe discriminar por orientación sexual; (ii) si esta proscripción alcanza no solo a la condición de homosexual o lesbiana en sí misma, sino a las expresiones, manifestaciones o conductas que son consecuencias necesarias para construir un plan de vida en armonía con dicha condición; y (iii) si el derecho a contraer libremente matrimonio civil es expresión de ese plan de vida, y como tal, del derecho al libre desarrollo de la personalidad; entonces, interpretar que resulta incompatible con principios fundamentales del orden público peruano la inscripción en los registros públicos nacionales de un acta de matrimonio civil entre personas del mismo sexo lícitamente celebrado en el extranjero, constituye una flagrante violación del principio-derecho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

a la igualdad y no discriminación, del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y, *a fortiori*, del principio-derecho de dignidad humana.

111. Por estas consideraciones, este Tribunal estima que las resoluciones del Reniec, al entender que la Constitución peruana únicamente habilita el matrimonio entre personas de diferente sexo, han sido indebidamente motivadas, y que ello ha generado la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y la identidad personal.

c) Consideraciones acerca de la causal de orden público internacional en las resoluciones impugnadas y la existencia de discriminación por la orientación sexual de los contrayentes

112. Finalmente, advertimos que, en este caso, se ha denegado la solicitud del demandante por considerar el Reniec que el matrimonio entre personas del mismo sexo resulta contraria al orden público internacional, lo que supone, en los hechos, considerar como factor determinante la orientación sexual de los contrayentes. Al respecto, como se ha enfatizado *supra*, estimamos que el uso de dicha excepción por parte de la administración, al suponer la inaplicación de una ley extranjera e implicar, con ello, que no se validen los actos celebrados de conformidad con ella, debe ser empleada como una técnica de *ultima ratio*, y siempre y cuando se considere que no exista, de conformidad con el derecho aplicable en el Perú, alguna forma de reconocerlo. Evidentemente, dentro del derecho interno que pueda ser oponible también debe analizarse la posible incompatibilidad con los tratados. Entendemos que las disposiciones nacionales deben ser, en lo posible, armonizadas con las obligaciones del derecho internacional que ha asumido el Estado.

113. Del mismo modo, como se precisó con anterioridad, en el desarrollo de dicha labor los operadores deben tomar en consideración que las disposiciones que integran nuestro ordenamiento ya no tienen un origen exclusivamente estatal, sino que la evolución del manejo de relaciones internacionales y la incorporación de distintas fuentes en el derecho peruano hacen notar que el actual constitucionalismo mantiene una importante conexión con los criterios desarrollados por los organismos internacionales, habida cuenta que, en nuestro ordenamiento, también se encuentran vigentes distintas disposiciones que emanan del derecho internacional, y que también fungen de parámetro normativo para los operadores.

114. En ese sentido, el Tribunal nota que la fórmula adoptada al interior de los Estados Unidos Mexicanos -consistente en admitir la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo- ha sido validada por los principales tribunales regionales de derechos humanos. En el caso europeo, por ejemplo, si bien el Tribunal Europeo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

de Derechos Humanos (en adelante, el “TEDH”) no ha indicado que el Convenio sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante, “CEDH”) ordene a los Estados la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cierto es que tampoco lo prohíbe, por lo que los Estados se encuentran habilitados para reconocerlo, y ello no sería incompatible con el referido instrumento internacional.

115. De hecho, el referido tribunal precisó que el aspecto relacionado con el matrimonio entre personas del mismo sexo debe ser abordado como una suerte de derecho en evolución, sin un consenso establecido, y sobre el cual, como no podía ser de otra firma, los Estados deben gozar de un importante margen de apreciación para la introducción de cambios legislativos [TEDH. *Case of Schalk and Kopf v. Italy*. Judgment of 24 June 2010, p. 105]. Se desprende, pues, que estima que su incorporación en el derecho interno es una opción permitida de conformidad con el CEDH.
116. Lo que, en esta misma línea, ha resaltado dicho tribunal de justicia, es que los Estados deberían contener instituciones o mecanismos que permitan reconocer los vínculos formados entre personas del mismo sexo. En ese sentido, el TEDH ha reconocido, además, que estas parejas son capaces, como las de distinto sexo, de iniciar relaciones estables y comprometidas, por lo que, al ser personas que han decidido compartir sus vidas en términos de mutuo apoyo y asistencia, deben contar con un mecanismo de reconocimiento a dicho estatus legal en su ordenamiento interno [TEDH. *Case of Vallianatos and others v. Greece*. Judgment of 7 November 2013].
117. En el caso americano, como ya se precisó, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la OC 24/17, ha dispuesto que los Estados incorporen todas las medidas pertinentes para reconocer los matrimonios entre parejas homosexuales en los mismos términos de las uniones heterosexuales. Ahora bien, cierto es que no han faltado posiciones que estiman que esta clase de pronunciamientos no serían vinculantes, ya que, de conformidad con una interpretación literal del artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte IDH solo en los casos en los que hayan sido partes. De hecho, la mayoría de magistrados que rechazaron la demanda han entendido que esta opinión consultiva solo sería aplicable al Estado de Costa Rica y no al Perú.
118. Sin embargo, es preciso tomar en consideración que las opiniones consultivas son un parámetro fundamental para entender los verdaderos alcances y contenidos de la Convención Americana, por lo que es un criterio excesivamente formalista reducir su relevancia solo en relación con el Estado que efectuó la solicitud. De hecho,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

tampoco debería confundirse la condición de Estado “solicitante” con la de Estado “obligado” a incorporar los criterios desarrollados por el tribunal interamericano. Esto es fundamental, ya que es evidente que la Corte, al interpretar la consulta que se le sometió, no se refería únicamente al caso de Costa Rica. De hecho, si el Estado peruano fuera denunciado por lo resuelto en este caso ante dicho órgano, estamos convencidos que lo único que podremos obtener es una sentencia que disponga la responsabilidad del Estado peruano por la vulneración de la Convención Americana.

119. En esa medida, las opiniones consultivas constituyen pronunciamientos de necesaria revisión por los operadores de justicia, ya que permiten a los distintos actores nacionales la adopción de todas aquellas medidas que estimen pertinentes para evitar un posible caso en el que se genere la responsabilidad internacional del Estado. Por otro lado, como se expuso *supra*, en la medida en que las autoridades nacionales deben adoptar todas aquellas medidas orientadas a garantizar, en lo posible, el adecuado cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, es indispensable que los criterios expuestos en las opiniones consultivas no sean simples aspiraciones programáticas, sino que sean parámetros que sean *tomados en serio* por parte de los operadores jurisdiccionales.
120. Sobre ello, es importante anotar que los tribunales nacionales no solo conocen de reclamos a propósito de la aplicación de disposiciones de origen estrictamente nacional, sino que, además, suelen recibir demandas en las que se solicita que se tutele un derecho cuyo origen proviene de una fuente del ordenamiento internacional [*cf.* Sloss, David (Editor). *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement*. Cambridge University Press (2009), p. 1], tal y como ocurre en el caso de los reclamos basados en lo dispuesto en tratados que hayan sido suscritos por el Estado peruano. En este orden de ideas, es natural que lo dispuesto en las opiniones consultivas de la Corte IDH, en la medida en que desarrollan el contenido de los derechos establecidos en la Convención Americana, deban ser consideradas por las autoridades jurisdiccionales en la resolución de controversias.
121. Del mismo modo, es importante destacar que esta clase de resoluciones permiten contar con herramientas suficientes para la interpretación de los derechos reconocidos en la propia Constitución, cuestión que es relevante por lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Sobre ello, es importante apuntar que, en las últimas décadas, ha existido una importante interacción entre las altas cortes de los diversos países que integran el sistema interamericano con la propia Corte IDH, y ello obedece a que todos estos tribunales, en su conjunto, se encargan de la interpretación y aplicación de los derechos de la persona.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

122. Se aprecia, pues, que en esta conversación constante (*ongoing conversation*), la finalidad última a la que deben aspirar las autoridades jurisdiccionales es la relativa a la identificación del mejor estándar de protección de las libertades, sea que la fuente del derecho que se analice derive del derecho interno o del internacional. Se trata, así, de fomentar un espacio de comunicación transjudicial, el cual deviene en elemental para evitar distintos conflictos o choques entre jurisdiccionales locales e internacionales, y el cual promoverá, además, que los esfuerzos se concentren en el logro o cumplimiento de objetivos sustantivos comunes [*cf.* Slaughter, Anne-Marie. *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 U. Rich. L. Rev. 99 (1994), p. 120].
123. Por otro lado, otro argumento que podría señalarse es que el criterio de la Corte Interamericana desarrollado en la OC 24/17 no fue de conocimiento por parte del Reniec al momento de expedir las resoluciones administrativas que fueron impugnadas en este caso. Sin embargo, en este voto, hemos opinado que la discriminación en función de la orientación sexual es un hecho que ha sido severamente reprochado en diversos tratados internacionales. La jurisprudencia del tribunal interamericano solo confirmó esta tendencia. Entendemos que el Reniec contaba con todas las herramientas suficientes, al momento en que decidió denegar la solicitud de Oscar Ugarteche y Fidel Aroche, para solucionar este caso.
124. En efecto, y como ya lo hemos precisado en este voto, una de las consecuencias lógicas y naturales de la globalización ha sido la de la dilución de las fronteras nacionales, y ello, como no podía ser de otro modo, también ha tenido una importante repercusión en el terreno de los derechos. Ciertamente, las cortes nacionales -y particularmente aquellas que hacen las veces de órganos de cierre del sistema- siguen rigiéndose en función de la normatividad nacional, y particularmente considerando la constitución local. Sin embargo, de ello no se desprende que deban ser indiferentes frente a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de otros países, sobre todo cuando en ellos se regulen mandatos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
125. Del mismo modo, debemos asumir que, en la actualidad, existe una clara tendencia al diálogo entre las altas cortes de justicia que operan tanto a nivel nacional como internacional. Esta era, que autores como Ran Hirschl han catalogado como la del *renacimiento del derecho constitucional comparado* [*cf.* Hirschl, Ran. *Asuntos Comparativos. El renacimiento del Derecho Constitucional Comparado*. Bogotá, Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2019], implica que, de manera contraria a lo que ocurría en los siglos XVII y XVIII, los Estados sean más receptivos de las posiciones que puedan existir en cuanto a los derechos fundamentales en otros ordenamientos, y más aun si ellas son compartidas por órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

126. Ciertamente, los tribunales estatales tienen también mucho que decir en relación con la interpretación de la Convención Americana. Como se ha indicado *supra*, este mismo instrumento permite que, de existir en la legislación o derecho local una mejor tutela de los derechos, este estándar sea el que debe ser aplicado en el caso particular. Se articula, de esta manera, un nutrido y constante debate en el que el propósito de las cortes (nacionales e internacionales) sea el de optimizar la protección de las libertades de la persona. En ese sentido, los Estados, como el peruano, deben respetar las regulaciones adoptadas por terceros países, sobre todo cuando ellas amplían el contenido de los derechos que se puedan reconocer en sus respectivos ordenamientos.
127. Ahora bien, también debe destacarse que, en el caso de pedido de reconocimiento de actos jurídicos celebrados y validados en el extranjero, la excepción de orden público internacional ostenta un matiz atenuado, y debe ser aplicada solo como *ultima ratio*. En efecto, los operadores, al momento de examinar esta clase de solicitudes -en las que lo que se busca es solo que se prolongue el reconocimiento de un acto correctamente celebrado en el extranjero-, deberían considerar que en estos casos la alteración del orden público se reduce, pues el reconocimiento que eventualmente realizaría para validar dicho acto no supone que se esté obligando a dicho Estado a aplicar esa institución a todos sus nacionales o a las personas que se sometan a su jurisdicción, sino que lo único que se solicita a una autoridad local es la validación de un acto jurídico celebrado en el extranjero. Que el Estado peruano no cuente con una regulación similar, por el momento, no es óbice para garantizar el reconocimiento de un acto que es válido de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento ratificado por el Estado peruano.
128. Tampoco debe entenderse que nuestra interpretación implique que se estén validando distintas formas de matrimonios entre personas que no encuentren alguna clase de respaldo desde el derecho local o internacional, como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de las uniones poligámicas, ya que ellas no se desprenden de las fórmulas permitidas en el seno del derecho internacional, el cual, como ya se precisó, no puede ser asumido de manera ajena al derecho interno. En efecto, como ya se ha precisado, el matrimonio entre personas del mismo sexo es una fórmula que ha sido validada tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo que, según comprendemos, no corresponde cuestionar la decisión adoptada al interior de los Estados Unidos Mexicanos consistente en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.
129. Por lo expuesto, no es posible argüir la excepción de “orden público internacional” para facultar a las autoridades nacionales a no reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrados en otros países. En ese sentido, estimamos que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

las resoluciones que aquí se han cuestionado resultan incompatibles con la Constitución, ya que no se encuentran debidamente motivadas al emplearse, como regla general, la excepción de alusión al orden público internacional.

130. De este modo, advertimos que ha existido un déficit considerable de motivación en las resoluciones expedidas por la autoridad demandada, ya que no ha considerado que el orden público internacional, en los términos del Código Civil de 1984 y de la Constitución de 1993, no puede ser indiferente a los desarrollos en torno a los derechos que han sido elaborados de conformidad con los tratados internacionales de los cuales el Estado peruano es parte, y que, en ese sentido, son inmediatamente aplicables de conformidad con el artículo 55 de la norma fundamental.
131. Por todo lo expuesto, consideramos que la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo no es contraria al orden público internacional por dos razones principales: i) porque la Corte IDH ha exhortado a los Estados a incorporar esta clase de unión en sus respectivos ordenamientos, como de hecho lo hicieron, en su momento, al interior de los Estados Unidos Mexicanos; y, ii) porque la Constitución peruana no avala la introducción de un trato discriminatorio en contra de las personas que deseen celebrar un matrimonio civil en función de su orientación sexual.
132. Reniec, al no valorar estos dos elementos, ha vulnerado los derechos a la igualdad y no discriminación, identidad, libre desarrollo de la personalidad y debida motivación de las resoluciones administrativas en perjuicio de la parte demandante. Por consiguiente, corresponde estimar la demanda.
133. Finalmente, deseamos enfatizar que, como ha ocurrido en muchas otras oportunidades de nuestra historia, es altamente probable que nuestro voto no sea del agrado de la mayoría de peruanos y peruanas que profesan la religión católica. Sobre ello, tenemos que resaltar que, independientemente de las creencias que tanto la magistrada como el magistrado que suscribimos este voto podamos tener, nuestro mandato se ejerce en virtud de lo reconocido en la Constitución. Nuestras preferencias o posiciones personales deben dejarse a un lado cuando se discuten cuestiones basadas en los derechos. En todo caso, y sin perjuicio de ello, queremos culminar la sustentación de este voto recordando las recientes palabras del Papa Francisco, quien sostuvo en el documental *Francesco* que “la gente homosexual tiene derecho a estar en una familia. Son hijos de Dios y tienen derecho a una familia. Nadie debería ser expulsado o sentirse miserable por ello”.
134. Por todo lo hasta aquí expuesto, y habiéndose acreditado la vulneración constitucional, es del caso ordenar que la parte demandada asuma el pago los costos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del principio-derecho a la igualdad y no discriminación, del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el de identidad, y del principio-derecho de dignidad humana.
2. Declarar **NULAS** la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, de fecha 7 de marzo de 2012; la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, de fecha 18 de junio de 2012; y la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, de fecha 15 de agosto de 2012.
3. **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil proceder de inmediato a la inscripción en los registros públicos nacionales del Acta de Matrimonio Civil 8748472, matrimonio contraído por el recurrente y su pareja en Ciudad de México (antes Distrito Federal de México), concediendo a dicha inscripción todos los efectos jurídicos que correspondan, sin discriminación por orientación sexual ni de ninguna otra índole.
4. **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil el pago de costos procesales.
5. **SOLICITAR** a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en el escenario que reciban alguna comunicación relativa a la negativa de la inscripción del matrimonio entre Oscar Ugarteche y Fidel Aroche, pueda brindarle un trámite célere, ya que, en la actualidad, esta decisión, avalada por el Estado peruano, afecta sus derechos a la identidad y libre desarrollo de la personalidad.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE RAMOS NÚÑEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto que me merece la opinión de los magistrados Miranda, Blume, Sardón y Ferrero en el presente caso, me permito presentar el siguiente voto singular, en el cual se considera **FUNDADA** la demanda de autos. Este voto sin duda tendrá muchas coincidencias con la propuesta elaborada por el magistrado Carlos Ramos, ponencia original de la causa que no alcanzó el apoyo mayoritario del Colegiado. Ahora bien, y en tanto y en cuanto creo necesario también distinguirme en algunas cosas señaladas en dicho voto, y agregar otras allí no abordadas, he decidido no hacer un voto conjunto con dicho magistrado, sino desarrollar un pronunciamiento aparte, tarea que procedo a emprender de inmediato.

I.- Los antecedentes del caso:

1. Con fecha 12 de diciembre de 2012, don Oscar Ugarteche Galarza interpone demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Alega que las resoluciones Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC; Regional 497-2012/GOR/JR10LIM /RENIEC; y de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC impedían el reconocimiento en el Perú de su matrimonio celebrado en México, lo cual constituía una vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación en mérito a su orientación sexual.
2. La contestación de la demanda presentada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante Reniec) abarcó diferentes aspectos. En lo referido a materias de competencia, plazos y demás elementos de procedimiento (los llamados aspectos de forma) lo señalado incidió en dos aspectos: el primero estuvo relacionado a decidir una excepción de prescripción, la cual de aceptarse se hubiese llevado a la declaración de improcedente de lo actuado por ser seguido en un plazo extemporáneo. Y justo a ello, señaló que la naturaleza de lo debatido no justificaba recurrir a la vía del Amparo, sino al Proceso Contencioso Administrativo, vía judicial considerada como igualmente satisfactoria por la parte demandante.
3. Además, y en lo referido al objeto y al contenido de la pretensión alegada (los denominados aspectos de fondo), Reniec señala que el matrimonio igualitario que Ugarteche buscaba inscribir en el Perú no estaba admitido en nuestro país, y no podía ser impuesto por el capricho del demandante.
4. En primera instancia o grado se rechaza en primer lugar la excepción de prescripción planteada, pues al momento de interponerse la demanda. Se añade que Ugarteche estaba dentro del plazo de actuación conforme a Derecho, ya que no hay como probar que Ugarteche recibió la resolución que agotó la vía



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

administrativa, pues su ingreso al Perú se produjo meses después. A continuación, el mismo Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte de Justicia de Lima declaró fundada la demanda, en base a las siguientes consideraciones:

- a) Si bien la Carta de 1993 señala que las diferentes alternativas de matrimonio deben ser reguladas por ley, nada impide al juez constitucional llenar esa mora del legislador, si lo que plantea no va contra el texto constitucional.
 - b) El Perú ha suscrito declaraciones y tratados reconociendo derechos de las personas LGTBIQ (lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, intersexuales y queers).
 - c) Que ya el Tribunal Constitucional, en el caso “Schols Pérez”, había reconocido que la regulación de la familia (no especificada en la Constitución) podía seguir derroteros diferentes a los tradicionales, en tanto y en cuanto ello estaba dentro de lo constitucionalmente posible; y lo mismo podía decirse del matrimonio, con similar tratamiento constitucional.
 - d) Que cabía una lectura evolutiva de la Constitución en este punto, tomando en cuenta el progresivo reconocimiento del matrimonio igualitario en distintos Estados.
 - e) Reniec había incurrido en una actitud discriminatoria, pues, a diferencia de lo sucedido con todos los pedidos de reconocimiento de matrimonio celebrados en el extranjero, aquí dicho reconocimiento habría sido denegado en mérito a la orientación sexual de los cónyuges.
 - f) Se constataba la desprotección existente para los derechos de parejas de un mismo sexo a formar una familia e incluso para desarrollar derechos sucesorios, lo cual era abiertamente discriminatorio.
 - g) El carácter laico del Perú no debería permitir que se admitan consideraciones de tipo religioso para denegar la existencia de matrimonios igualitarios.
 - h) En síntesis, aquí se habían vulnerado los derechos a la igualdad, a la no discriminación y al libre desarrollo y bienestar de Ugarteche.
5. En segunda instancia o grado se revoca la apelada, alegando que era fundada la excepción de prescripción deducida y que la demanda habría sido planteada fuera de plazo. Ante ello, Ugarteche, al plantear el recurso de agravio constitucional que permite que este caso llegue al Tribunal Constitucional peruano, señala que el cómputo del plazo para la interposición de su demanda debería hacerse desde el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

momento en que el regresó al Perú, pues no había tenido manera de enterarse de la resolución que dio por agotada la vía administrativa en Reniec, pues no existía en el Perú hasta su regreso nadie autorizado a realizar actuaciones procesales a su nombre.

II.- Iniciando la resolución de la causa: un alegato sobre una prescripción que no existió.

6. El argumento utilizado para resolver la causa en segunda instancia o grado ameritaba ser dilucidado pues si se asumía la postura de la Sala de la judicatura ordinaria, ya no había más proceso que continuar. Ahora bien, el argumento planteado por Ugarteche puede ser cierto, pero creo que existen consideraciones más objetivas a tomar en cuenta sobre el particular.
7. Me explico: y es que para el cómputo de un plazo de prescripción como el aquí alegado no pueden ignorarse acontecimientos que conllevan la suspensión de los plazos procesales, y por ende, el cómputo de cuándo opera la prescripción invocada. Debe, para computarse adecuadamente un plazo de prescripción, descontarse a feriados nacionales, los días no laborables para el sector público a nivel nacional y la paralización de las labores judiciales (producidas, por ejemplo, por paros y huelgas de trabajadores judiciales).
8. Hecho entonces el descuento correspondiente, no podían ser tomados como días hábiles para el litigio (y, por ende, como parte de los días a computar para deducir o no una prescripción), una gran cantidad de días que, según lo acreditado por el ponente original de la causa, únicamente habían pasado 56 días entre la notificación de la resolución que dio por agotada la vía administrativa ante Reniec y la interposición de la demanda de Amparo por Ugarteche. El plazo de ley para este iniciar el proceso de Amparo estaba lejos de ser extemporáneo.

III.- Precisiones sobre la denegatoria hecha por Reniec

9. Dejada de lado la argumentación sobre la prescripción de la demanda, toca analizar cuáles fueron las razones por las cuales Reniec denegó la inscripción del acta de matrimonio de Oscar Ugarteche. En el primer pronunciamiento de Reniec sobre el particular, la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, el argumento central fue que es la Constitución quien deriva a la ley fijar las formas y demás requisitos que debe tener un matrimonio, y, según el artículo 234 del código civil vigente, uno de esos requisitos era la diversidad de sexo de los contrayentes.
10. La Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, fue aún más radical,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

pues no solamente hizo suyo el argumento de su antecesora, ya que no solamente trae a colación la necesidad de que, acudiendo al artículo 2049 del Código Civil. Señala que aquí habría un quiebre del orden público internacional, pues nuestra Constitución y nuestro Código Civil no permitían el matrimonio igualitario. Esta misma línea de pensamiento es seguida por la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, la cual incluso llega a afirmar que lo establecido en el ya mencionado artículo 234 del Código Civil peruano también es de orden público internacional. Queda claro que para Reniec, el fundamento central para denegar la inscripción del matrimonio de Ugarteche es que dicho matrimonio encierra una violación del orden público internacional, excepción a la regla que la forma del matrimonio celebrado en el extranjero que se ciñe a la ley del lugar de su celebración, y todo derecho adquirido en ese escenario tiene la misma eficacia en el Perú.

11. ¿Es esta interpretación de Reniec sostenible, o encierra una situación de discriminación por razón de la orientación sexual de Ugarteche y su esposo? Como se verá a continuación, yo estoy convencido que aquí se produjo un inaceptable acto de discriminación que, lamentablemente, el voto en mayoría ha terminado por convalidar.

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

12. Como es de conocimiento general, el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, a lo que se añade que “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.
13. Al respecto, y como también es de conocimiento general, en torno al principio-derecho de igualdad, se debe precisar que este tiene dos manifestaciones relevantes: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. El análisis de la igualdad en la ley no es central en el presente caso, pero es importante señalar, siquiera a modo de información básica, que constituye un límite para el legislador, en tanto la libertad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose prohibido de establecer distinciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En cuanto a la segunda manifestación (igualdad en aplicación de la ley), el derecho a la igualdad se configura como un límite para la actuación de entidades privadas o públicas, y entre estas últimas, las de carácter jurisdiccional. Se exige que estas entidades, al momento de aplicar la ley, no deben atribuir una consecuencia jurídica distinta a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales.
14. Por ende, y en tanto y en cuanto la parte demandada ha rechazado la inscripción



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

del acta de matrimonio civil de Ugarteche sustentando su desempeño en una particular interpretación de un artículo del Código Civil peruano, conviene analizar si aquí se ha vulnerado el derecho de igualdad en la aplicación de la ley del demandante.

15. Es cierto que este Tribunal en alguna de sus composiciones ha señalado que el artículo 2.2 de la Constitución peruana recogería una serie de categorías consideradas sospechosas de discriminación, pues asume que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico (STC 2317-2010-PA, fundamento 33). Es más, aquí la presunción de constitucionalidad de los actos de quien tiene autoridad se pierde, siendo más bien la autoridad quien tiene la responsabilidad (carga de la prueba) de demostrar que al efectuar distinciones no se intenta discriminar.
16. Además, y desde una postura que hace suya la ponencia original, se sostiene que la lista colocada en el artículo 2.2 de nuestra Constitución es una lista expresa de “categorías sospechosas”, pero, luego, no se cierra la posibilidad de atender elementos potencialmente discriminatorios con la referencia en el mismo artículo constitucional que acabo de reseñar (“de cualquier otra índole”).
17. Ahora bien, con todo respeto creo que aquí se apela a una innecesaria disquisición más propia de una tradición jurídica distinta a la nuestra (la norteamericana), vinculada a la necesidad de, según la materia en que se produzca la diferenciación, pueda justificarse una evaluación (escrutinio) más o menos intenso sobre la justificación (o mejor dicho, la constitucionalidad de una diferenciación) llegando en algunos temas a plantearse la existencia de “categorías sospechosas”, situaciones donde, según la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal estadounidense, se dan con mayor habitualidad casos de discriminación, recurriéndose en esas situaciones al escrutinio fuerte y no a uno intermedio o a un escrutinio débil .
18. La técnica de los escrutinios apela a que el margen de evaluación de las y los diversos intérpretes sobre la justificación de las diferentes alegadas tendrá una intensidad variable según el tema en el cual se ha efectuado la distinción. En la mayoría de las materias el escrutinio o justificación de la diferencia efectuada a aplicarse será denominado escrutinio mínimo o débil. Allí la valoración efectuada giraría en el análisis sobre la legitimidad del objetivo en el cual se sustenta la distinción, así como acerca de la adecuación de los medios empleados para alcanzar dicho objetivo.
19. A su vez, mediante el escrutinio intermedio utilizado para materias como las de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

género, en donde tradicionalmente muchas veces las diferencias establecidas han encerrado pautas discriminatorias. Aquí la valoración a realizar busca responder la pregunta sobre si es realmente importante la relación existente entre la diferencia (clasificación) empleada y el objetivo buscado en esa medida distinta. Dicho en otros términos, deberá acreditarse la importancia de la distinción efectuada como medio para asegurar el fin deseado.

20. Y llegamos nuevamente, ahora sí en su contexto original, a las “categorías sospechosas” (en Estados Unidos, por decisión jurisdiccional, se incluye allí lo referido a la razón o condición social, religión, etnia, orientación sexual, minusvalía, relación entre nacionales y extranjeros en materia laboral, o diferencias entre hijos matrimoniales o extramatrimoniales). Aquí se aplicará el escrutinio estricto o fuerte que, como ya adelanté, parte de una inversión en la carga de la prueba, pues es la dependencia estatal la que deberá justificar si había una razón imperiosa para imponer la norma que recoge la distinción y si realmente era indispensable establecer un trato diferente en estos temas para obtener los objetivos buscados.
21. Todo ello suena muy importante, pero, con mucho respecto, está cargado de una poco útil carga subjetiva, Es difícil determinar cuáles son las razones que llevan a colocar a una materia dentro de un escrutinio a otro. Asimismo, es complejo ubicar un problema concreto (por ejemplo, el que padece un grupo de jubilados) al interior de una u otra categoría (en este ejemplo, edad o género), lo cual a su vez condiciona el escrutinio aplicable. Complicaciones realmente innecesarias en el Perú, pues nuestra Constitución, precisamente en su artículo 2.2, no hace, como señalaba la ponencia original, una lista taxativa, sino una enunciativa de los supuestos en los cuales puede generarse situaciones discriminatorias.
22. Es más, en el Perú, y por un uso innecesario de estos escrutinios, el Tribunal Constitucional concluyó que, a pesar de no encontrarse en la lista constitucional expresa de motivaciones discriminatorias, “la edad se entenderá como tutelada por expresión “cualquier otra índole”, afirmación en rigor absolutamente innecesaria por obvia. No es pues necesario en el Perú hablar de “categorías sospechosas”, frente a las cuales la carga de la prueba de las diferencias se hace mayor o admite variantes de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso I.V. contra Bolivia, con sentencia del 30 de noviembre de 2016. Allí, si bien se reclama una tutela reforzada frente a supuestos de discriminación, se señala que establecer supuestas jerarquías como las de las “categorías sospechosas” es recurrir a criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales (párrafo 240).
23. No hay pues, en el ordenamiento jurídico peruano, materias “más discriminatorias



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

que otras”, ni cabe al antojadizo uso del escrutinio estricto para temas como el de la edad, que es en los Estados Unidos de Norteamérica parte de un escrutinio débil, como erróneamente lo hace una anterior sentencia de este Tribunal (ver STC. 5157-2014-PA, fundamento 31). Y es que lo que se debe aplicar en el Perú se deduce de la lectura de la versión inglesa del artículo 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el cual reclama, en todos los temas donde se hace diferencias, actuar sin discriminación.

24. Aquello es lo que motiva a su vez la construcción planteada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su famoso test de igualdad, el cual consta de los siguientes pasos:

- a) Encontrarnos ante situaciones comparables (existencia de un *tertium comparationis*).
- b) Existencia de un fin u objetivo lícito (o por lo menos no prohibido ni contrario a los fines considerados como esenciales para el fundamento de una sociedad democrática), que motive el trato diferenciado.
- c) Configuración de medidas concretas que guarden relación con el objetivo a alcanzar (examen de racionalidad), pero que sobre todo, sean adecuadas a dicho objetivo o fin (examen de proporcionalidad).

25. Esta es la fórmula que en su momento acogió la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que mayoritariamente ha utilizado nuestro Tribunal, sin recurrir a discutibles “categorías sospechosas”. Cosa distinta es que comprobemos cómo en nuestro país, y por diversas razones, hay sectores que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad. Sin negarse ello, basta con aplicar con rigor un test de igualdad para detectar como los y las integrantes del colectivo LGTBIQ son en nuestro país sistemáticamente expuestos a situaciones de discriminación, e inclusive a acontecimientos donde se pone en riesgo sus propias vidas, a través de los denominados “crímenes de odio”.

26. Justo es anotar que esta situación no es exclusiva del Perú, y que los y las integrantes del colectivo LGTBIQ son a nivel mundial también un sector de la población tradicionalmente discriminado. Así, por ejemplo, los “principios de Yogyakarta” (o “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género”) resaltan como históricamente el colectivo LGTBIQ ha sido víctima de violaciones a sus derechos como consecuencia de su orientación sexual. En esa misma línea la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2008; el Informe



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género de 2012; o la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género del año 2016.

27. La realidad peruana no escapa de este tipo de preocupaciones. El Gobierno mediante el Decreto Supremo 002-2018-JUS aprobó el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, con un lineamiento estratégico que incluyó a la comunidad LGTBIQ. Importante también es el Informe Defensorial N° 1715, sobre los derechos humanos de las personas LGTBIQ, entre otros documentos.
28. Se ha impuesto también que la orientación sexual no heterosexual no constituye una enfermedad o una patología. Eso lo ha reconocido la Organización Mundial de la Salud desde 1990, o la Asociación Psiquiátrica Americana (APA) desde 1973. Y luego de ello, un largo etcétera, que puede enmarcarse en la siguiente aseveración: no nos encontramos ante una enfermedad o una patología, pero sí ante una materia a la cual debe protegerse frente a su continua exposición a situaciones de discriminación.
29. Ahora bien, y para cerrar este aparte de nuestro texto, la orientación sexual, en su tratamiento concreto en el país, debe ceñirse a parámetros convencionalizados, los cuales buscan preservar condiciones de igualdad en el ejercicio de la orientación sexual de cada quien. Por ende, y tomando en cuenta lo señalado por la Cuarta Disposición Final de la Constitución vigente, debe hacerse de acuerdo con lo previsto en todos los tratados que el Estado peruano haya suscrito (y entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos), la jurisprudencia dictada por los organismos de interpretación vinculante de dichos tratados (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y con las normas con carácter de *ius cogens*.

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

30. Sin llegar a los extremos de Bobbio, cuando señala que lo importante de la fundamentación de los derechos era establecer su protección, no puede negarse que la satisfacción de nuestras necesidades humanas básicas expresadas mediante esas capacidades de dar, hacer o no hacer que son los derechos, no es completa sino cuenta con canales especiales, específicos y eficientes para su protección. Ya he resaltado en un anterior apartado de este texto, la importancia de respetar la orientación sexual de cada quien. A ello, si alguna duda quedaba, habría que añadir que, sin ese respeto, hablar del libre desarrollo de la personalidad de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

cualquiera de nosotros es poco menos que una quimera. Ahora es cuando toca preguntarse cuán eficiente es el actual marco garantista que se le otorga a estos derechos.

31. Si nos manejamos con un concepto amplio de lo que se entiende por garantías, la relación de declaraciones, tratados y demás pronunciamientos emitidos a favor del respeto a la orientación sexual y su vinculación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad nos genera un escenario de buenas expectativas. El reconocimiento constitucional en el Perú, que reconoce el derecho a no ser discriminado por su orientación sexual (que se desprende del artículo 2 inciso 2) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (como consecuencia de la lógica del artículo 2 inciso 1), apuntan bien. A nivel de garantías procesales, el Código Procesal Constitucional habilita en su artículo 37 inciso 1 que el Amparo procede para la tutela del derecho a no ser discriminado por razón de su orientación sexual.
32. El Tribunal Constitucional peruano además ha desarrollado importantes pronunciamientos en contra de la cosificación de las personas y la tutela del libre desarrollo de la personalidad (ver. por ejemplo, las SSTC 2868-2004-PA/TC y 0032-2010-PI/TC). Sin embargo, todo esto puede devenir en absolutamente insuficiente.
33. Me explico: siempre es necesario tener presente que en un Estado Constitucional el poder es limitado y también, aunque a veces resulte peligroso reconocerlo, tener presente que el contenido y el ejercicio de todos los derechos reclama límites. Ahora bien, estos límites a los derechos, máxime si están intrínsecamente vinculados a nuestra propia subsistencia y el desarrollo de nuestros proyectos de vida, deben encontrarse escrupulosamente justificados si lo que se va a limitar es la plasmación de nuestra orientación sexual o del libre desarrollo de nuestra personalidad. Allí no cabe bajo el argumento de contentar la satisfacción de un sector -inclusive mayoritario- imponer a otros(as) la vida que ese sector considera “perfecta” y “correcta”. Como bien señala este mismo Tribunal en su STC 0032-2010-PI, “toda medida perfeccionista se encuentra proscrita” (fundamento 50).
34. Tampoco cabe, aquí en nombre de supuestamente proteger los proyectos de vida propios, un paternalismo que con sutileza o sin ella, intenta (y a veces lamentablemente logra) llevarnos a lo que se considera mejor para cada quien. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile, señaló con claridad que “el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que se incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas” (párrafo 133). No basta con el reconocimiento del colectivo LGTBIQ, sino que es también vital el reconocimiento de que puedan



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

hacer todo aquello que les permita plasmar sus diferentes proyectos de vida. Y entre ello debería estar, como no, el reconocimiento de matrimonios igualitarios como una apuesta de una pareja por compartir sus esperanzas e ilusiones de manera conjunta, y si es posible, hasta el final de sus días.

35. En este escenario, reconocer la existencia del colectivo LGTBIQ, pero negarle la oportunidad de, por ejemplo, el reconocimiento de su vida en pareja, encierra, necesario es decirlo, una cruel manera de discriminar, pues digo que tienes derechos pero en realidad no te los reconozco; o te reconozco algunos derechos pero sin justificación razonable te niego otros que libremente si pueden ejercer aquellas personas de orientación sexual heterosexual, los derechos son de todos y todas, o de ninguno(a). Reconocer una cobertura recortada de derechos a algunos(as) sin un debido sustento, o como consecuencia de fórmulas “perfeccionistas” o “paternalistas” es en realidad establecer que odiosa e indeseablemente hay personas “completas” o “de primera” y personas “incompletas” o de “segunda”. Y ello es absolutamente inaceptable, máxime si viene instaurado o asumido por entidades cuya verdadera finalidad debería ser satisfacer las necesidades humanas básicas de todos(as), permitiéndoles que el pleno ejercicio de sus derechos solamente admita limitaciones razonablemente justificadas.

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

6.1. Sobre la supuesta existencia de vías igualmente satisfactorias

36. Reniec ha señalado que debe declararse improcedente la demanda, dado que el proceso contencioso administrativo constituye la vía procesal idónea para resolver la pretensión del recurrente. Reniec añade que el proceso contencioso administrativo cuenta con una etapa probatoria que resultaría necesaria para resolver la pretensión, y a ello agrega que la presente controversia no puede ser dilucidada en sede constitucional, toda vez que pretende el reconocimiento de un matrimonio homosexual no permitido por la Constitución peruana.
37. Sobre el particular, cabe preguntarse primero si el reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero no constituye más bien un juicio de puro Derecho para el cual no parece ser necesario contar con una etapa probatoria. Y si lo de que se acusa a Reniec es precisamente de violentar el derecho a la igualdad de una pareja de esposos al discriminarlos en razón de su orientación sexual, lo más aconsejable pareciera ser recurrir a la vía directa de la tutela urgente de derechos que constituye el proceso de Amparo.
38. Ahora bien, y por si lo expuesto no fuese suficiente, conviene analizar si el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

contencioso administrativo constituye una vía igualmente satisfactoria del Amparo en este caso en particular en aplicación del artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, y, sobre todo, en función de lo establecido en el caso “Elgo Ríos” (STC 02383-2013-PA) para determinar cuándo nos encontramos ante una vía igualmente satisfactoria que el Amparo.

39. Como todos y todas sabemos, en el fundamento 15 de la sentencia “Elgo Ríos” se establece que una vía ordinaria (como el proceso contencioso administrativo) será una vía igualmente satisfactoria al Amparo sí, de manera copulativa, demuestra el cumplimiento de los siguientes elementos:

- 1) Que la estructura del proceso (ordinario) es idónea para la tutela del derecho.
- 2) Que la resolución que se fuera a emitir (en el proceso ordinario) podría dar una tutela adecuada.
- 3) Que no exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad (del daño alegado).
- 4) Que no exista necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las circunstancias.

40. Además de que el caso presentado por Ugarteche involucra un juicio de puro Derecho que se dilataría innecesariamente en sede contencioso-administrativa, debe tenerse en cuenta otros factores de innegable relevancia fáctica: Oscar Ugarteche tiene 71 años. Un contencioso administrativo en el Perú, convertido en un contencioso administrativo de plena jurisdicción, pero con una total insuficiencia de jueces y juezas encargados(as) de atenderlos, toma, según el Informe de la Defensoría del Pueblo 120, un promedio de dos años para obtener una resolución de primera instancia o grado, resolución que puede ser apelada a segunda instancia o grado y llevada a la Corte Suprema en casación. Entonces, a la falta de necesidad de una etapa probatoria le añadiríamos una innecesaria dilación para resolver e incluso un fuerte riesgo de irreparabilidad del daño. El sustento de este argumento de Reniec se nos presente entonces como de gran debilidad, por decir lo menos.

6.2. Sobre la supuesta infracción al orden público internacional

41. Aquí tengo básicamente dos cosas que anotar: algo sobre los alcances que Reniec quiere darle al concepto “orden público internacional”, y luego algo más acerca de lo que ahora entiende al respecto. En un primer momento la noción de orden



público internacional era planteada como una excepción, de última ratio para eludir eventuales compromisos contraídos en el extranjero y que no querían honrrarse en el país. El alegato más habitual es que nos encontrábamos ante situaciones que, de ser aceptadas quebrarían, o irían en contra del Estado interpelado, o irían contra valores básicos dentro de dicho Estado que serían violentados por la normativa o las actuaciones extranjeras.

42. Además de no encontrar en el pedido de Ugarteche nada que pueda alegarse que genere tanto peligro, y lo que, como veremos luego, estamos más bien de lo constitucionalmente posible en el Perú y que no encuentra prohibición alguna en el ordenamiento jurídico peruano (además de resaltar una manera de evitar se incurra en actos de discriminación a ciudadanos y ciudadanas en función a su opción sexual), importante es anotar como en estos últimos, con una dinámica que tiende la integración de los diferentes ordenamientos jurídicos ha dejado completamente de lado esa antigua concepción del orden público internacional.
43. Y es que se debe entender que hoy se da un radical cambio en lo que se entiende por “orden público internacional”. Esta noción se encuentra más bien ligada a que los diferentes Estados respeten sus diversos compromisos internacionales (tratados suscritos respecto a la interpretación vinculante de dichos tratados), así como las disposiciones con carácter de *ius cogens*. Y al mismo tiempo implica para los diversos Estados la imposibilidad de establecer trabas para el cumplimiento de estos tratados, los pronunciamientos vinculantes que se desprenden de estos tratados y las disposiciones con carácter de *ius cogens*. Para decirlo en pocas palabras, Reniec invoca el “orden público internacional” para desconocer o incumplir actuales alcances tal como veremos en este mismo texto.

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

44. La Constitución peruana, en su artículo 4, establece un reconocimiento y reclama una protección a la familia y al matrimonio como instituciones de gran relevancia dentro de nuestro ordenamiento, y presupuesto para el ejercicio de una serie de derechos fundamentales, Una institución constitucionalmente garantizada, para decirlo en términos más técnicos. Ahora bien, y lo que es necesario resaltar, en ningún caso la Constitución establece como válido un tipo de familia o una clase de matrimonio.
45. Esta configuración constitucional ha permitido al Tribunal Constitucional frente a la mora del legislador, dar respuestas a situaciones anteriormente no previstas pero que ahora se nos presentan como datos ineludibles de la realidad, que la labor de concretización que corresponde al juez(a) constitucional no puede soslayar.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

46. Eso es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso “Schols Pérez”. La Constitución no establece un modelo de familia, y el legislador únicamente había establecido regulación en el Código Civil para las familias nucleares desconociendo, por ejemplo, la existencia en la realidad de otras fórmulas de familias, como son las familias ensambladas. El Tribunal Constitucional peruano reconoce la cobertura constitucional de la familia ensamblada, en la línea de lo previsto en el artículo 4 de la Carta de 1993. Ese mismo pedía entonces alegarse sobre el matrimonio civil: que en el Código Civil se haya reconocido finalmente un tipo de matrimonio (el matrimonio heterosexual), no implica que no exista sustento constitucional o convencional para el reconocimiento de otro tipo de matrimonios.
47. Sin embargo, por motivos que no comparto se intenta realizar una interpretación a todas luces forzada de la Constitución para, en base a ello, intentar justificar que solamente habría cobertura constitucional al matrimonio heterosexual (e incluso tratar de proyectar una confesa descalificación del matrimonio igualitario recurriendo a una ya doctrinariamente superada comprensión del orden público internacional). Se lee el artículo 5 de la Carta de 1993, destinado a establecer una protección a ciertos supuestos de convivencia heterosexual estricto sensu para de allí “dar el salto” a un supuesto reconocimiento (exclusivo y excluyente) del matrimonio heterosexual a nivel nacional.
48. Con el debido respeto que merece toda comprensión distinta a la nuestra, considero que en términos de interpretación (e incluso de integración) jurídica, nos encontramos ante un esfuerzo insostenible.
49. Me explico: en primer lugar, no puede hacerse una interpretación analógica entre dos instituciones de distinta naturaleza. El matrimonio no es el concubinato y por ende, lo que es invocable en uno no lo es necesariamente en el otro. En segundo término, el concubinato no es, como incluso se insinuó por allí, un matrimonio “en pequeño” o “incompleto”, y por ende, lo que es aplicable al concubinato *a fortiori* no es predicable del matrimonio. Y finalmente, aún asumiendo que estuviésemos ante situaciones que hubiesen podido ser sometidas a un razonamiento analógico o a una consideración *a fortiori*, estas fórmulas no pueden ser utilizadas para restringir el alcance de derechos o instituciones.
50. El juez(a) constitucional tiene necesariamente que ser creativo en su labor interpretativa de la Constitución, pero debe ser respetuoso de ciertos parámetros, y uno de ellos es sin duda, lo que dice el texto de la misma Constitución, lo que se infiere razonablemente de su texto o de una lectura convencionalizada del mismo. No existe pues consagración constitucional del matrimonio heterosexual. Lo que existe más bien es una cobertura dentro de lo constitucionalmente posible



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

para el matrimonio igualitario, como veremos luego.

51. Ahora bien, y en todo caso, una discusión sobre el supuesto reconocimiento constitucional de una forma o fórmula de matrimonio de manera excluyente frente a otros, no parece un argumento de improcedente, como si lo es (aunque no se coincida con el) el hablar de si existen o no vías igualmente satisfactorias. Lo que pareciera aquí es encerrarse, bajo argumentos sin duda muy respetables, es un pronunciamiento sobre los alcances de una institución constitucional, dándole coberturas mucho más limitadas, en base a ello se alega una supuesta vulneración del orden público internacional, un verdadero pronunciamiento sobre el contenido y el objetivo de lo pretendido es en este caso (el reconocimiento de un matrimonio igualitario válidamente suscrito en el extranjero). Dicho en otras palabras, por el fondo de la controversia.

VII.- Resolviendo el caso planteado, completando nuestra discrepancia con los votos de mayoría

7.1. El margen de competencias de Reniec y su necesaria relación con el reconocimiento y tutela de necesidades humanas básicas

52. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), es, como se sabe, conforme con lo señalado en el artículo 183 de la Constitución “tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, divorcios, defunciones y otros actos que modifican el Estado Civil” (en ese mismo sentido, entre otras, la STC 04729-2011-PHD, fundamento ocho). El artículo 2 de su Ley Orgánica añade que se encuentra bajo su responsabilidad la organización y el mantenimiento del registro único de identificación de las personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil. Importantes funciones sin duda; pero que, dentro de un Estado Constitucional, deben ejercerse de acuerdo con los principios, disposiciones, derechos y deberes recogidos en la Constitución de nuestro país, o que se desprendan de su lectura sistemática o convencionalizada.
53. Y es que no existe Estado Constitucional en serio si sus entidades, públicas o privadas, no actúan conforme a parámetros constitucionales. Eso no quiere decir que todas ellas, por cumplir y hacer cumplir la Constitución, tengan la posibilidad de, por ejemplo, ejercer control difuso, como alguna vez lo dijo erróneamente alguna sentencia de este Tribunal felizmente ya rectificadas. Lo que quiere decir es que cada cual debe actuar dentro de sus competencias, y, sobre todo, respetar los derechos y atribuciones de los demás.
54. Aquello tiene especial relevancia en el caso de Reniec. Como entidad con autoridad, su accionar debe seguir al menos parámetros de razonabilidad,



racionalidad, deber de motivación y corrección funcional. Ahora bien, y a ello hay que añadir el mismo artículo 183 de la Constitución y el artículo 7 de su Ley Orgánica le otorgan, entre otras funciones, velar por el respeto de la identidad de la persona y demás derechos inherentes a ella. Y dentro de esos derechos inherentes a la identidad de las personas están, cómo no, el no ser sometidos a tratos discriminatorios, y el respeto a su orientación sexual y al libre desarrollo de la personalidad de cada quien.

55. Por ende, son muchas las veces que el Tribunal Constitucional peruano se ha debido pronunciar exigiendo al Reniec exigiendo el cumplimiento de sus responsabilidades constitucionalmente establecidas. No debiera negarle a nadie tener un documento nacional de identidad; no debería regatear el acceso a dicho documento a personas adultos mayores o a quienes lo han perdido en situaciones debidamente justificadas; no debiera negarse a rectificar los datos referidos al estado civil o a la identidad de género de las personas; no debería, finalmente, impedir que se reconozca un matrimonio celebrado en el extranjero sin justificación razonable, alegando razones insuficientes (una supuesta vía procesal igualmente satisfactoria, una comprensión desfasada del orden público internacional) o, como veremos a continuación, desconociendo los derechos fundamentales que debería defender, o incumpliendo los parámetros constitucionales y convencionales asumidos por nuestro país que directamente inciden en su labor.

7.2. La labor de concretización del juez(a) constitucional y su fin último: la posibilidad de satisfacer necesidades humanas básicas, sobre todo de sectores vulnerables

56. El constitucionalismo contemporáneo no es el mismo que motivó en su momento las revoluciones burguesas, o aquel que rigió antes de la Segunda Guerra Mundial. se ha pasado, no sin sobresaltos, dificultades y hasta eventuales retrocesos, de un constitucionalismo de límites (donde el eje de la preocupación del constitucionalismo era el de la limitación del poder para así evitar su ejercicio abusivo sobre los ciudadanos y ciudadanas) a un constitucionalismo de derechos (donde el aspecto primordial es el de permitir a la ciudadanía, y sobre todo a las minorías, exigir la posibilidad de poder hacer o dejar de hacer algo, mientras ello no sea ilícito, y siempre y cuando aquello sea vital para la satisfacción de sus necesidades humanas básicas, necesidades frente a las cuales lo que hoy conocemos como derechos son, probablemente, sus más calificados expresores en una sociedad determinada.
57. En ese contexto, la responsabilidad del juez o la juez constitucional es muy grande. Reconoce que existe una pluralidad de intérpretes vinculantes de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

Constitución de su país, pero es el principal responsable de la concretización de las disposiciones, principios, valores derechos, deberes y preceptos recogidos en una Constitución (o que se desprendan de su lectura sistemática o convencionalizada). Entonces, si se trata de la protección de los derechos (y sobre todo, de los derechos de las minorías, quienes en los hechos menos pueden disfrutar de esos expresores de sus necesidades humanas básicas expresores a los que sabemos denominar derechos), el juez(a) constitucional no puede contagiarse de la mora o el silencio de otros intérpretes vinculantes de la Constitución, y si existe cobertura constitucional para ello, se encuentra en la obligación de desarrollar, dentro de lo constitucionalmente posible, el contenido de medios e instituciones que permitan la plena satisfacción de las necesidades humanas básicas de todos y todas, y sobre todo, de quienes tradicionalmente han sido sometidos a situaciones de discriminación .

58. Eso es lo que hizo en su momento este Tribunal en el ya aquí mencionado caso “Schols Pérez”, más no solamente en esa ocasión. Este Tribunal, con la actual composición, e incluso contando con el voto de algunos de quienes ahora configuraron el voto de mayoría, admitió una interpretación directa y conforme a la Constitución del tema de los migrantes en el caso “Mesquita de Oliviera”, dejando de lado toda la normativa entonces vigente, la cual prohibía la reagrupación de un migrante extranjero con su familia peruana. Y junto a ello, un largo etcétera.
59. Es más, eso es precisamente lo que han hecho juezas y jueces constitucionales en varios países del orbe para precisamente reconocer el matrimonio igualitario (y no solamente la mera inscripción de un matrimonio regulatorio celebrado en otro país). La labor de un matrimonio igualitario celebrado en otro país). La labor, por ejemplo, las Cortes Supremas estadounidenses, argentina y costarricense, o del Tribunal Constitucional del Ecuador, han ido en ese sentido: han asumido el rol tuitivo y de interpretación directa a la constitución que les corresponde, sin esperar al legislador(a), sino más bien, con su actitud, impulsando a quienes legislan a pronunciarse luego con detalle al respecto.

7.3. La relevancia de lo señalado por la Corte Interamericana al respecto

60. Durante el debate surgido al respecto, hay quien, alegando la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, la cual reclama que los derechos en el Perú deben comprenderse de acuerdo con lo prescrito en los tratados de los cuales nuestro países parte, toman la lectura del artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos para luego señalar que el sistema norteamericano ya se ha optado por un modelo de matrimonio que de manera exclusiva y excluyente implica una relación entre hombre y mujer. Nada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

más lejano de la realidad, como se verá de inmediato.

61. Y es aquí que se genera un problema parecido al ya descrito en el plano nacional. La letra de la convención reconoce expresamente y pide otorgar protección al matrimonio entre hombre y mujer, pero no descarta ni descalifica el reconocimiento y tutela de otros tipos de matrimonio. Y es que en materia de tutela de necesidades humanas básicas y de límites al poder, las lecturas literales con un alcance restrictivo son siempre contraproducentes al rol tuitivo que justamente un sistema de protección supranacional busca consolidar. Cabe aquí recordar cómo en nuestro Tribunal Constitucional desde el caso “Lizana Puelles”, donde una lectura literal, sistemática y contraria al parámetro convencional de un artículo de nuestra Constitución que fue justamente descartada por inconstitucional por quienes integraban el Tribunal Constitucional de ese entonces.
62. Lo cierto es que en el sistema interamericano no existe una prohibición de fórmulas matrimoniales distintas a las del matrimonio heterosexual, sino todo lo contrario. Desde casos como “Atala Riffo” o “Duque”, el razonamiento de la Corte Interamericana va en un sentido diferente. Sin embargo, y para despejar cualquier duda sobre el particular, basta con leer la Opinión Consultiva 24 del año 2017 para ver cómo la Corte Interamericana reconoce la relevancia de reconocer y proteger a los matrimonios igualitarios en los Estados sometidos a la competencia de la Corte, y además, establece la obligación de que los Estados no pongan trabas o dificultades a la consagración de estas fórmulas matrimoniales.
63. Lo expuesto aquí reclama varias aclaraciones frente a algunas cosas dichas sobre el particular, seguramente por falta de información. En primer término, debe entenderse con claridad la naturaleza de una Opinión Consultiva de la Corte: no se trata de una recomendación, sino de un pronunciamiento vinculante para todos los Estados que admiten las competencias de Corte, hecho a propósito de una consulta hecha en abstracto (de allí su nombre de Opinión Consultiva, para diferenciarlo de la competencia contenciosa de la Corte, basada en la resolución de controversias específicas). Sobre cómo debe interpretarse una norma o una presente o futura interpretación de una norma de alguno de los órganos obligados a seguir la interpretación de la Corte. Dada una Opinión Consultiva, lo resuelto allí es de cumplimiento inmediato, tal como lo demostraron las actuaciones de la Corte Suprema de Costa Rica e incluso del Tribunal Constitucional del Ecuador, Estado que por cierto no formuló la Opinión Consultiva correspondiente.
64. En segundo lugar, se ha dicho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha prohibido el matrimonio igualitario, y eso no es cierto. El Convenio Europeo de Derechos Humanos no hace mención alguna al respecto y el Tribunal, en una muy conocida sentencia (Schalk and Kopk contra Italia, del 24 de junio 2010),



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

reconoce que estamos ante una materia en evolución ante la cual deja a los diferentes Estados sometidos al Tribunal un margen de apreciación para que estos tomen la regulación que consideren conveniente en sus contextos específicos. Dejar libertad de acción no es denegar.

65. La consecuencia lógica de lo prescrito en la Opinión Consultiva 24 es muy clara. El Estado peruano no solamente debería limitarse a reconocer matrimonios igualitarios celebrados fuera de su territorio, sino que debía pasar a establecer una específica regulación tuitiva al respecto, y además, suprimir cualquier traba a la tutela de la afirmación de estos matrimonios. En ese contexto, si Reniec como entidad administrativa se sentía limitada a tomar decisiones en ese sentido en base a una discutible comprensión del sentido en base a una discutible comprensión del principio de legalidad, y el Congreso continuaba guardando silencio al respecto, tocaba al Tribunal Constitucional por lo menos otorgar el reconocimiento al matrimonio igualitario de Ugarteche, para así no solamente cumplir con los compromisos internacionales ya suscritos, sino también, y por sobre todo, no permitan que se plasme una situación de discriminación fácilmente apreciable con la sola aplicación del test de igualdad.
66. Explicó de inmediato los alcances de lo que acabo de decir. Aquí hay una clara situación comparable (*tertium comparationis*): la de la situación de todos los diferentes matrimonios celebrados en el extranjero. Ahora bien, y frente a esos matrimonios, uno de ellos, no es reconocido como los demás, y esta distinción se realiza en base a argumentos que como creo haber podido acreditar en este texto, no cuentan con una justificación, y por ende, son casos donde pura y simplemente se había consagrado un supuesto de discriminación, con el agravante que dicho comportamiento desconocía el cumplimiento de lo claramente señalado mediante espacios cuya competencia para pronunciarse al respecto había sido aceptada por el Estado Peruano.
67. Y es que, en estricta aplicación del test de igualdad ante situaciones comparables no veo que la distinción realidad se sustenta en una justificación razonable. Más bien encuentro una situación de incumplimiento a los parámetros establecidos por el sistema interamericano que bien pueden llevar a que el señor Ugarteche pueda llevar su caso a la Comisión Interamericana, y luego, esta Comisión hacer suyo y llevar el caso a la Corte. El pronunciamiento de la Corte Interamericana, luego de lo resuelto en la Opinión Consultiva 24, es a todas luces previsible: Condena al Estado Peruano, la cual no va a implicar solamente el reconocimiento del matrimonio igualitario del señor Ugarteche en el Perú, sino también la exigencia de que el Estado peruano regule el matrimonio igualitario, para que así no se produzcan supuestos de discriminación y perjuicios al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal como se ha producido en este caso en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA
ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

particular.

68. Por todas estas consideraciones mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse producido una clara vulneración del principio-derecho a la igualdad y no discriminación, y en relación con ello se causa también un perjuicio al desarrollo de derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la identidad de don Oscar Ugarteche. En ese mismo tenor, declararse nulos los actos lesivos a esos derechos (Las resoluciones Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC; Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC; y de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, emitidas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú). Y, finalmente, inscribirse el Acta de Matrimonio Civil celebrado en México por el señor Ugarteche y que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú asuma los costos procesales generados por la presente controversia.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA