SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de abril de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia; con los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales y Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Andree Alonsso Martinot Serván y Diego Alonso Urbina Fletcher contra la resolución de folio 909, de 28 de mayo de 2021, expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos; y

ANTECEDENTES

Demanda

El 16 de diciembre de 2015, don Andree Alonsso Martinot Serván interpuso demanda de amparo (folio 125) contra la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), con emplazamiento de su procurador público. Solicita que, tutelando sus derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, se ordene la inscripción en el Reniec de su matrimonio con Diego Alonso Urbina Fletcher, con los derechos y deberes que la ley franquea; y que, por ende, se inaplique al caso concreto lo dispuesto por el artículo 234 del Código Civil, que solo reconoce el matrimonio entre parejas heterosexuales (hombre y mujer). Alega que la referida norma impide la inscripción de su matrimonio, que celebró en el extranjero (ciudad de Nueva York, estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América), por el solo hecho de ser una unión afectiva estable entre dos personas del mismo sexo, resultando así inconstitucional e inconvencional a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Contestaciones de la demanda

El 15 de marzo de 2016, la procuradora pública del Reniec contestó la demanda (folio 179) expresando lo siguiente: a) no se ha iniciado la vía previa, es decir, no se ha iniciado algún procedimiento administrativo ante el Reniec requiriendo el registro del acta de matrimonio del demandante; sin embargo, el demandante supone que tal

requerimiento será rechazado por tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo y no por otra causal; b) no está solicitando el restablecimiento de un derecho adquirido o reconocido (y, por tanto, que deba reponerse), sino, por el contrario, se pretende que por la vía de amparo se les reconozca un derecho que supuestamente les corresponde; c) no solo el artículo 234 del Código Civil impide la realización del matrimonio entre personas del mismo género, sino también la propia Constitución por cuanto, siendo el concubinato una figura concerniente al derecho de familia, como el matrimonio, resultaría ilógico señalar que la Constitución tan solo prohíbe el concubinato entre homosexuales y que no imposibilita el matrimonio homosexual porque no se consigna expresamente tal distinción por género en lo concerniente al matrimonio; d) a la luz de la documentación existente en el proceso y la ausencia de etapa probatoria en este tipo de acciones la jurisdicción constitucional se encuentra limitada para concluir si existió buena fe para la celebración del acto matrimonial y si existen las causas suficientes para demandar su ineficacia, en vista de que, tratándose de personas domiciliadas en el país, según su propia confesión, y que señalaron domicilio en el Perú y no en el extranjero al momento de celebrar el acto, y siendo conocedores de la vigencia de la legislación nacional hayan recurrido a otro Estado que permite este tipo de acciones a fin de evadir las prohibiciones que, de manera general, establece el marco normativo que regula sus actos; e) pretender el reconocimiento de un matrimonio no regulado en el país, argumentando que fue válidamente celebrado en un país extranjero, representa un trato inequitativo para todos los demás connacionales que no tengan los recursos financieros para eludir dichas limitaciones con la celebración de su matrimonio en el exterior para posteriormente poder inscribirlos en el territorio nacional vía acción de garantías constitucionales; y f) la argumentación de no discriminación no puede llevar al extremo de que un individuo pueda imponer sus ideas o preferencias personales sobre las normas de convivencia de su comunidad, las cuales nacen de las regulaciones de orden legal que se emitan a través de sus organismos legalmente reconocidos para tales actos, y en nuestra realidad las leyes peruanas no admiten el matrimonio entre personas del mismo género, como no la admitían otros países hasta que se modificó su legislación. Bajo este sustento, también se debería amparar las pretensiones de aquellos peruanos que al amparo de la legislación de algunos países de Oriente pretendan inscribir matrimonios polígamos con el argumento de no discriminación.

El 15 de marzo de 2016, el procurador público especializado en materia constitucional dedujo la excepción de falta de legitimidad para obrar del emplazado (folio 193) expresando que se advierte claramente que la demanda se dirige contra el Reniec por supuestas vulneraciones a sus derechos fundamentales en el procedimiento de modificación de su estado civil, por lo que solo a esta entidad puede considerarse como parte demandada. Recuerda que el marco jurídico de la procuraduría especializada en materia constitucional solo la autoriza a ejercer la defensa jurídica del Poder Ejecutivo en los procesos de acción popular, inconstitucionalidad o competenciales.

EXP. N.° 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT SERVÁN

Resolución acerca de excepción de falta de legitimidad para obrar

El Segundo Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución 4, de 6 de junio de 2016 (folio 377), declaró infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado por estimar necesaria su participación.

Incorporación de litisconsortes

Mediante escrito de 19 de mayo de 2016, Andree Alonsso Martinot Serván solicitó que se emplace con la demanda al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus) y a Diego Alonso Urbina Fletcher (con quien contrajo matrimonio), lo cual fue estimado mediante Resolución 5, de 12 de abril de 2017 (folio 424), emitida por el Segundo Juzgado Constitucional de Lima, que resolvió incluir como litisconsorte necesario pasivo al Minjus y como litisconsorte necesario activo a Diego Alonso Urbina Fletcher. En rigor, este último se apersonó mediante escrito de 6 de febrero de 2018 (folio 612).

Contestación de la demanda del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

El 9 de noviembre de 2021, el procurador público del Minjus dedujo las excepciones de incompetencia por razón de la materia y de falta de agotamiento de la vía precia (folio 445) expresando que no existe amenaza cierta e inminente de que el Reniec desestime su pedido en sede administrativa; que no se ha cumplido con agotar la vía previa administrativa. Asimismo, contestó la demanda señalando que la vía idónea es el proceso contencioso-administrativo y que el Código Procesal Constitucional (CPConst.) no habilita la admisión de un proceso de amparo contra norma legal en abstracto. Asimismo, expresó que la Constitución, en tanto norma abstracta y orientadora, no puede regular absolutamente todas las situaciones jurídicas, de ahí que, en la parte *in fine* del artículo 4, el constituyente ha dejado a voluntad del legislador la regulación de las formas de matrimonio, siempre, claro está, que su desarrollo legal no colisione con la esencia y la naturaleza jurídica de dicha institución. Es así que el legislador promulgó el Código Civil en cuyo artículo 234 se desarrolla legislativamente el artículo 4 de la Carta Fundamental, donde se establece que el matrimonio es la unión voluntaria y concertada entre un varón y una mujer, y ello es así, no por un mero capricho del legislador, sino más bien responde a parámetros históricos y sociales que siempre han regulado al matrimonio como una unión de tipo heterosexual. En tal sentido, los derechos al libre desarrollo de la persona, a la igualdad y a la prohibición de discriminación invocados no tienen una relación directa con el matrimonio entre personas del mismo sexo, toda vez que las personas con diversas orientaciones sexuales, distintas a la heterosexual, pueden vivir su personalidad con plena normalidad, sin que el matrimonio constituya un límite al ejercicio de tales derechos, pues tienen en el

Código Civil un abanico abundante de modalidades contractuales que pueden convenir para el resguardo de sus derechos civiles y sociales.

Resoluciones de primera instancia o grado

A través de la Resolución 12, de 2 de abril de 2018, el Sexto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundadas las excepciones deducidas por el Minjus (folio 616).

El Sexto Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución 17, de 1 de agosto de 2019 (folio 739), declaró fundada en parte la demanda y ordenó que, previo trámite administrativo, se inscriba en el Reniec el matrimonio civil del recurrente realizado en el extranjero. Asimismo, declaró improcedente la inaplicación del artículo 234 del Código Civil. A tal efecto, consideró que solamente el artículo 234 del Código Civil prescribe que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, y que esta es la norma por la cual la entidad emplazada interpreta que no se puede inscribir el matrimonio de los amparistas; empero, se debe recordar que los fines legales no son necesariamente los fines constitucionales, pues la facultad que le otorga el artículo 4 de la Constitución al legislador para regular el matrimonio no le faculta para que restrinja el derecho de las personas de elegir con quien contraer matrimonio, por lo que la entidad administrativa realiza dicha interpretación en forma literal y aislada, prescindiendo del resto de normas del sistema jurídico, pues no lo hace al amparo del bloque de constitucionalidad que garantiza la igualdad de los ciudadanos para acceder al matrimonio el derecho a no ser discriminado por ninguna autoridad administrativa; y si a la luz de la Constitución no le es claro a la entidad demandada realizar dicha interpretación, conforme a la OC-24/17 (Opinión Consultiva realizada por Costa Rica), que ha establecido con claridad en el punto 8 de la parte resolutiva que "[d]e acuerdo a los artículos 1.1 (Todos los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención), 2 (persona es todo ser humano), 11.2 (nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o familia), 17 y 24 (todas las personas son iguales ante la ley) 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 respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. (...)". En tal sentido, el artículo 234 del Código Civil, en sí mismo, no es prohibitivo, establece un enunciado que puede ser interpretado de varias maneras, y si permite varias maneras de interpretación, conviene realizar la más adecuada a las reglas de interpretación constitucional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que la Opinión consultiva citada es de obligatorio cumplimiento.

Resolución de segunda instancia o grado

La Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 38, de 28 de mayo de 2021 (folio 909), revocó la Resolución 4, de 6 de junio de 2016, que declaró infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva deducida; y, reformándola, declaró fundada la excepción deducida por la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional; y ordenó excluir del presente proceso al referido procurador público. Asimismo, revocóla sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda y, reformándola, la declaró improcedente, por considerar que la negativa del Reniec de convalidar o registrar el matrimonio civil celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo es conforme a las disposiciones de rango constitucional y legal del ordenamiento jurídico peruano, de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte. En consecuencia, en atención a los artículos 5.1 y 38 del Código Procesal Constitucional, declaró improcedente la demanda, por cuanto no advirtió afectación al contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales invocados.

Recurso de agravio constitucional

A través de su recurso de agravio constitucional (folio 954), los actores cuestionan el extremo de la sentencia de segunda instancia o grado que declaró improcedente la demanda. Se advierte entonces que no ha impugnado el extremo que excluye del proceso a la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el caso de autos se pretende que el Reniec inscriba el matrimonio celebrado entre los recurrentes en Nueva York, Estados Unidos de América; para ello, solicitan la inaplicación del artículo 234 del Código Civil que solo permite el matrimonio entre varón y mujer.

Análisis de la controversia

2. Al respecto, 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].

3. 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 4° del Código de Derecho Internacional Privado —conocido como Código Bustamante—, de 1928, suscrito por el Perú,

> Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

4. Aunque el matrimonio de los recurrentes fue celebrado válidamente en Nueva York, 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.

5. 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].

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

   a) 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,

   b) 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 Nueva York.

7. 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].

8. 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 —acaso el principal autor de la Constitución— comenta este artículo diciendo:

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

9. 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.

10. 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:

> 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.

11. 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].

12. 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.

13. Igualmente, el inciso 1 del artículo 16 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita también por el Perú, dice que:

> *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, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

14. La Declaración Universal tampoco señala que el derecho a casarse corresponde a las personas, sin referencia a su sexo; dice, por el contrario, que corresponde a "los hombres y las mujeres". Tal derecho corresponde, pues, a personas *de sexo distinto*.

15. Finalmente, el inciso 2 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado asimismo por el Perú, establece que:

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

16. Es decir, define al matrimonio como derecho de un hombre y una mujer; no de las personas, con independencia de su sexo.

17. Es indudable, entonces, que la Constitución —leída a la luz del inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana; del inciso 1 del artículo 16 de la Declaración Universal; y, del inciso 2 del artículo 23 del Pacto Internacional— 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.

18. En la demanda se alega que no reconocer el "matrimonio igualitario" vulnera el derecho a la igualdad de los recurrentes. 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. Pretender que los conceptos no estén definidos es destruir el lenguaje y la sociedad que se apoya en él.

19. Por otra parte, los demandantes sostienen 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. Soslayan 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 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.

20. Esta opinión consultiva de la Corte Interamericana, lanzada *urbi et orbi*, constituyó un exceso evidente de los seis jueces que la suscribieron. Cinco 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.

21. 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.

22. 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, 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.

23. 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 estamos aquí no para sustituir a los legisladores o constituyentes sino solo para hacer cumplir la Constitución Política del Perú.

24. Por lo antes señalado, la demanda es improcedente, al no existir en el Perú el derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo de aplicación el artículo 7, inciso 1 del Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307 (artículo 5, inciso 1 del anterior código, vigente cuando se presentó la demanda).

25. Por demás, habiendo quedado claro que no procede la solicitud de inaplicación del artículo 234 del Código Civil por ser conforme a la Constitución, también resulta improcedente la pretensión de que se inscriba en el Perú el matrimonio celebrado en el extranjero de los recurrentes, por la razón adicional siguiente:

26. La inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero en el Perú es un procedimiento administrativo que se lleva a cabo en el Reniec y está regulado por el Reglamento de Inscripciones del Reniec aprobado por el Decreto Supremo 015-98-PCM. Específicamente, en la sección tercera del capítulo 3. Así, en sus artículos 43 a 48 se establecen, entre otros aspectos, los elementos que debe contener el acta correspondiente, como, por ejemplo, el nombre, la firma y el número del documento de identidad o de cualquier otro documento que permita fehacientemente la identificación de los celebrantes y los testigos. Por su parte, el artículo 61 señala que:

> Toda inscripción se realiza previa calificación de la solicitud por el registrador. La calificación se realiza teniendo en consideración las inscripciones preexistentes, si existieran, así como las disposiciones y formas legales previstas

27. Esta disposición busca evitar, por ejemplo, que una persona que ya figura como casada en el registro pretenda inscribir otro matrimonio. Por ello, tampoco podría ordenarse la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero cuando ni siquiera se ha iniciado el procedimiento administrativo correspondiente. La exigencia del agotamiento de la vía previa o, cuando menos de su inicio, cobra particular relevancia cuando se trata de inscripciones registrales, en los que se debe efectuar un acto de calificación como el descrito *supra*.

28. Por ello, en este caso también concurre la causal de improcedencia de la demanda contenida en el artículo 7, inciso 4 del Nuevo Código Procesal Constitucional (artículo 5, inciso 4 del anterior código), pues no se agotó la vía previa y no se ha acreditado que acontezca algunos de los supuestos de excepción al agotamiento de la misma previstos en el artículo 43 del mencionado código (artículo 46 del anterior código).

29. Sin perjuicio de lo señalado en los considerandos anteriores, corresponde indicar que, dado que el trámite de inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero es un procedimiento administrativo que se realiza ante el Reniec, se concluye que, respecto al Minjus, la demanda es improcedente porque carece de legitimidad para obrar pasiva.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA
SARDÓN DE TABOADA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI

PONENTE SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emitimos el presente fundamento de voto.

Si bien compartimos la ponencia, quisiera reiterar nuestra posición sobre el asunto que esta contiene, ya expresada en el Expediente 1739-2018-PA/TC.

Ante todo, reiteramos que no tenemos conflicto alguno con las personas homosexuales. He conocido a muchas de ellas y tenemos 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 todos seamos tratados con el respeto que merecemos, que no seamos juzgados por nuestra orientación sexual y estemos exentos de todo tipo de discriminación. Dicho lo anterior, pasamos a analizar qué es el matrimonio en el Derecho.

Como todo en el campo jurídico, la realidad antecede al Derecho. Así, existe 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»[1].

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 diferenciado[2].

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

---

[1] 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.
[2] Cfr. *Ibídem*, p. 41.

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.

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):

> *Nuptiaesuntconiunctio maris et feminae, et consortiumomnis vitae* (...) (el matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de vida...[3]).

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»[4].

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.

---

[3] Traducción de D´ORS, Álvaro *et al.*, *El Digesto de Justiniano*, t. II, Pamplona 1972.

[4] «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).

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 matrimonio como la unión de un hombre y una mujer.

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 Humanos[5], 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 Europeo[6].

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 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).

---

[5] *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 12: «**Derecho a contraermatrimonio.**- A partir de la edadnúbil, el hombre y la mujertienen derecho a casarse y a fundarunafamiliasegún las leyesnacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

[6] *Affaire Chapin et Charpentier c. France*, 9 de septiembre de 2016, párr. 37.

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, conforme a los artículos 2049 y 2050 del Código Civil, el 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»[7], conforme al cual las dos situaciones que se comparan deben «compartir una esencial identidad»[8].

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 negará 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 práctica, se 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.

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.

---

[7] Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 0014-2007-PI/TC, fundamento 12.
[8] *Ídem*.

Sobre la exhortación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a que los Estados incorporen uniones como las del demandante en sus respectivos ordenamientos, contenida en la Opinión Consultiva del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, considero 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).

Aunado a ello, en este caso también concurre la causal de improcedencia de la demanda contenida en el artículo 7, inciso 4 del Nuevo Código Procesal Constitucional (artículo 5, inciso 4 del anterior código), pues la parte demandante no agotó la vía previa y no ha acreditado que acontezca algunos de los supuestos de excepción al agotamiento de la misma previstos en el artículo 43 del mencionado código (artículo 46 del anterior código).

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

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Si bien coincido con el sentido de la ponencia de declarar improcedente la demanda, lo hago únicamente por los siguientes fundamentos:

1. Con fecha 16 de diciembre de 2015, don Andree Alonsso Martinot Serván interpone demanda de amparo (folio 125) contra la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), con emplazamiento de su procurador público. Solicita que, tutelando sus derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, se ordene la inscripción, ante el Reniec, de su matrimonio, celebrado en el extranjero con Diego Alonso Urbina Fletcher, con los derechos y deberes que la ley franquea; y que, por ende, se inaplique al caso concreto lo dispuesto por el artículo 234 del Código Civil, que solo reconoce el matrimonio entre parejas heterosexuales (varón y mujer). Alega que la referida norma impide al Reniec la inscripción de su matrimonio, que celebró en el extranjero (ciudad de Nueva York, Estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América), por el solo hecho de ser una unión afectiva estable entre dos personas del mismo sexo, resultando así inconstitucional e inconvencional a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. El Nuevo Código Procesal Constitucional, en el artículo 7, inciso 4, señala que: No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este código y en el proceso de habeas corpus. A su turno, el artículo 43 señala que no será exigible el agotamiento de las vías previas si: 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; 2) por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable; 3) la vía previa no se encuentra expresamente regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o 4) no se resuelva la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

3. Como es posible advertir de la pretensión, se pretende la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero, el cual es un trámite administrativo, donde el funcionario a cargo debe verificar el cumplimiento de una serie de requisitos, así como su conformidad con el marco normativo. Asimismo, no se verifica alguno de los supuestos de excepción de agotamiento de la vía previa, por lo que debe iniciarse el procedimiento administrativo correspondiente.

4. Asimismo, una vez que se haya realizado el trámite administrativo correspondiente y este no se ajuste a lo solicitado por el recurrente, esta denegatoria deberá ser discutida en el proceso contencioso administrativo, en tanto constituye una vía idónea para que pueda discutirse lo resuelto en las resoluciones administrativas. Así, también lo expuse en un caso similar, esto es el expediente 01739-2018-PA.

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

S.

MIRANDA CANALES

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la sentencia emitida en estos autos, considero necesario precisar que es importante que el Congreso de la República atienda el pedido de protección jurídica que solicitan las parejas del mismo sexo sea a través de la modificación de la Constitución según su procedimiento, o, en todo caso, a nivel del Código Civil, vía una regulación especial que bien podría denominarse unión civil u otra similar.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT SERVÁN

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

El Tribunal Constitucional peruano, o por lo menos la mayoría actual, no es, ni debe ser, un Tribunal de la Santa Inquisición, aunque, a veces, en casos como el presente, lo parece.

*Dicha mayoría de magistrados ha establecido la siguiente regla: **separados pero iguales**. Esto es, cada uno es igual pero en su "estamento" y según su "naturaleza", y no puede exigir los mismos derechos de aquellos que integran el "estamento modélico" de persona, familia o matrimonio.*

***¡Qué difícil es para algunos mirarnos como iguales!** Qué difícil es aceptar que los tiempos han cambiado y que todos los peruanos y peruanas, tenemos derechos. ¿por qué buscar, a cualquier costo, que otros, que no forman parte de su "estamento", no tengan derechos?*

Firmo la presente resolución, sin recurrir a la firma digital, como se venía haciendo por Acuerdo del Pleno del 12 de marzo de 2020, toda vez que ese mismo día el magistrado Ferrero tomó juramento a los nuevos integrantes del tribunal, lo que imposibilitó continuar con la firma digital.

1. Considero que la presente demanda debe ser declarada **FUNDADA** porque en este caso se ha vulnerado el derecho a la igualdad y a no ser discriminado previsto en el artículo 2.2 de la Constitución, no sólo en el caso de Andree Alonsso Martinot Serván y de Diego Alonso Urbina Fletcher, sino de una innumerable cantidad de personas a quienes una vez más se les prohíbe el derecho a contraer matrimonio civil.

2. Si revisamos los argumentos que sustentan la posición de la mayoría del Tribunal Constitucional (magistrados: Blume, Ferrero, Sardón y Miranda), es evidente la falta de imparcialidad de dicha mayoría, al haber tergiversado sobre lo que dice la Constitución o determinados Tratados de Derechos Humanos, tal como lo voy a demostrar ampliamente en este voto.

   Antes de ingresar al desarrollo de la argumentación jurídica de mi posición debo dejar constancia que me parece increíble que la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional, como expresión de su parcialidad, critican a quien consideran como "dueño de la verdad" o "monopolista de la virtud" (fundamento 21), refiriéndose obviamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fundamento 20), cuando en realidad son ellos los que están actuando como dueños de la verdad, monopolistas de la virtud o si se quiere, como representantes de cierto imperativismo moral. Son ellos (magistrados:

Blume, Ferrero, Sardón y Miranda), los que están buscando que prevalezca un modelo de persona, un modelo de familia y un matrimonio tradicional, negando que estos conceptos hayan cambiado en la actualidad y negando sobre todo, la igualdad en el ejercicio de los derechos.

Que quede claro: ni la Constitución peruana, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen, en ningún extremo, lo que ellos afirman, y menos aún nuestra Constitución "contiene la misma noción de matrimonio del Código Civil" peruano (fundamento 17), que establece que "el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer".

Estas expresiones no están ni en la Constitución ni en ninguno de los mencionados Tratados de Derechos Humanos. Invoco, a quien lea este voto, que revise el texto de la Constitución y de su propia y personal lectura, verifiquen lo que dicen que dice la Constitución.

Lean el artículo 4 de la Constitución, cuando se refiere al matrimonio. En ninguna parte dice que "el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer", todo lo contrario, la Constitución hace referencia a que debe promoverse el matrimonio y deja al legislador a que regule el contenido de esta institución.

Reitero, el constituyente ha dejado al legislador, que regule el contenido del matrimonio, tarea, que el legislador desde el año 1993 hasta la fecha, viene omitiendo cumplir con dicho mandato constitucional; por tanto, no se puede afirmar situaciones que no están en el texto expreso de la Constitución, como si lo estuvieran, para justificar conclusiones que se apartan de la verdad. Es grave y notoria su parcialización, con la que miran y definen este caso.

3. Estoy convencida que en algunos años, cuando se revise la historia de los derechos fundamentales en el Perú, este caso, al igual que el caso de Oscar Ugarteche Galarza y Fidel Aroche Reyes, figurarán como un modelo de retroceso, de conservadurismo, de la discriminación por razón de orientación sexual y de la intolerancia que existe en parte de nuestra sociedad, en el Estado peruano, y lamentablemente en una mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional.

   Avizoro que estas sentencias serán estudiadas, a manera de "paleontología" jurídica de un pensamiento anacrónico a los derechos de los peruanos y peruanos de nuestro país.

Con esta segunda sentencia, dicha mayoría, conformada por los magistrados: Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, sólo continúan dividiendo a las personas en nuestro país; unas, que la podríamos llamar, de primera categoría y en otras de segunda categoría. Para dichos magistrados, las personas de primera categoría son las heterosexuales, quienes poseen todos los derechos que la Constitución reconoce y tienen la plena protección del Estado. En cambio, las personas de segunda categoría, en la que incluyen a aquellas parejas del mismo sexo, entre otras, son quienes no poseen los mismos derechos y tampoco tienen la plena protección del Estado.

4. De este modo, la mayoría del Tribunal Constitucional ha actuado como si fuese un Tribunal de la Santa Inquisición, buscando reprimir y castigar a quienes no se ajustan al estándar de persona, de familia o de matrimonio tradicional que ellos defienden.

   Ciertamente hoy no se puede ordenar la tortura, la flagelación, la muerte en la hoguera u otros castigos físicos, pero ¿acaso no es un castigo el sufrir a diario la discriminación de la sociedad y del Estado?, ¿acaso no es un castigo el ser estigmatizado como alguien diferente de las personas "normales"?, ¿acaso no es un castigo el ser marginalizado en los estratos menos protegidos y más vulnerables de la sociedad?.

   Todos estos son castigos que la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional no sólo no ha buscado detener, sino por el contrario ha buscado perpetuarlos, estableciendo argumentos falaces para impedir que por cualquier medio se reconozcan cambios en el *statu quo* imperante.

   En mi opinión, esto refleja un claro incumplimiento de su función de jueces y de garantes de los principios constitucionales, que tanto se proclama desde el pulpito del Tribunal Constitucional.

5. En este punto resulta pertinente citar a Luis García Montero[9] quien analizando el contexto español, sostiene que la "labor a favor de las élites" de la Santa Inquisición "impidió la integración de sectores muy amplios de la población".

   Y, refiriéndose dicho autor, a artículos "que analizan las debilidades y maniobras de los argumentos utilizados en sus sentencias por los vocales dominantes del Tribunal Constitucional", señala que "los efectos a largo plazo serán irremediables: una nueva desconfianza en el Estado español (en Europa y

[9] GARCÍA MONTERO, Luis. "Tribunal Constitucional. ¿Un nuevo Tribunal de la Inquisición? *Diario digital Infolibre*. Se puede revisar en esta dirección: https://www.infolibre.es/opinion/columnas/verso-libre/tribunal-constitucional-nuevo-tribunal-inquisicion_1_1208099.html

dentro de España) y el descrédito de la Justicia compartida entre la gente. La legalidad es un valor fundamental para una democracia. Y no se tratará de que el pueblo llegue a distinguir entre buenos y malos jueces, sino de *un proceso dañino que santifique la ley del más fuerte y favorezca, como único comportamiento posible, la ruptura de los marcos de convivencia*".

6. ¡Qué difícil es para algunos mirarnos como iguales! Qué difícil es para algunos aceptar que los tiempos han cambiado y que todos los peruanos y peruanas tenemos derechos. ¿A qué le tienen miedo?, ¿al cambio?, ¿a la diferencia?, ¿a la diversidad?, ¿al pluralismo?, o, en todo caso, ¿qué daño les hace a ellos que otras personas pretendan el reconocimiento de sus derechos?, ¿por qué buscar, a cualquier costo, que otros, que no forman parte de su "estamento", no tengan derechos?

7. Cuanta falta hace entender que la Constitución tiene como objetivo principal que más allá de las riquezas, idioma, raza, condición social, poder político, confesión religiosa u orientación sexual, todos los hombres y mujeres en el Perú sean libres e iguales en el ejercicio de sus derechos.

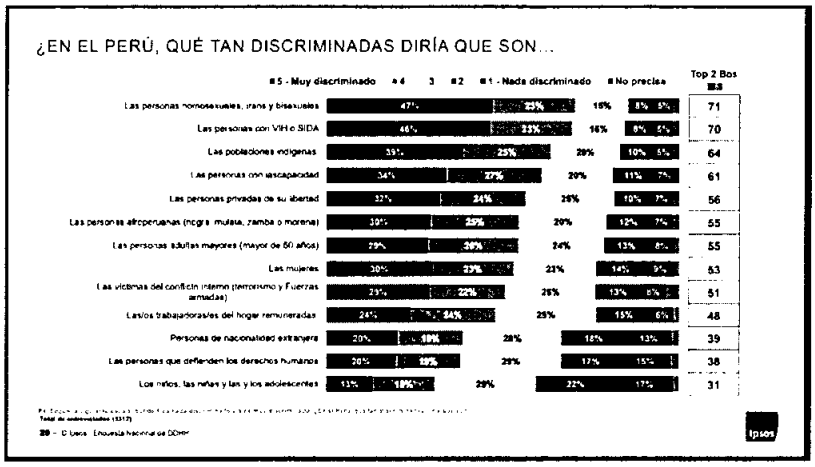
8. Cuánta falta hace tener en cuenta las expresiones de Dworkin, quien hace más de 45 años defendía la idea de que "la institución de los derechos es (...) crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas. Cuanto más violentas sean las divisiones entre los grupos, más sincero debe ser ese gesto para que el derecho funcione".[10]

9. Resulta increíble que en pleno siglo XXI, la historia de las discriminaciones continue en el Perú, sobre todo contra los grupos vulnerables: pueblos indígenas u originarios, mujeres, niños, personas afrodescendientes, con discapacidad, migrantes, parejas del mismo sexo y personas del colectivo LGTBIQ+, entre otros. Tal como se aprecia en la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por Ipsos[11], a pedido del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, más del 70% de la población en el Perú considera que la población LGTBI es discriminada y también reconoce que es el grupo más discriminado de poblaciones vulnerables.

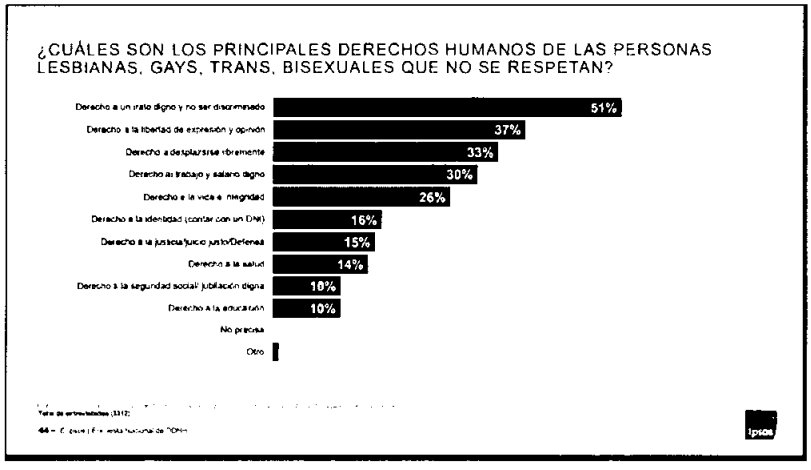
---

[10] DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2002, p.303.

[11] https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1611180/3.-Informe-completo-de-la-II-Encuesta-Nacional-de-Derechos-Humanos.pdf.pdf



10. Pero no sólo hay que visibilizar la discriminación contra esta población, sino además que concurrentemente a la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación también se vulneran otros derechos fundamentales de esta misma población:



11. De seguro que esto cambiará, tal como está sucediendo en todo el mundo y en la mayoría de países de sudamérica.

Como lo demostraré más adelante, desde el año 2001 hasta la fecha, ya son 30 países los que han implementado el derecho a que la institución del matrimonio también pueda extenderse a favor de las parejas del mismo sexo.

Antes de noviembre de 2017, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos publicara la OC-24/17, los países americanos de Canadá (2005), Argentina (2010), Brasil (2013), Uruguay (2013), Estados Unidos (2015), México (2015) y Colombia (2016) ya contaban con el matrimonio igualitario.

Luego de dicha fecha, lo hicieron Ecuador (2019), Costa Rica (2020) y Chile (2021).

12. Llegará el tiempo en que se superen tales discriminaciones históricas en el Perú, pero mientras sucede ello, mientras sigamos esperando ese momento, las parejas del mismo sexo o las de la población LGTBIQ+ seguirán siendo esencialmente invisibles para la Constitución, para el derecho peruano y sobre todo para la mayoría del Tribunal Constitucional. Todo esto les seguirá ocasionando directos y palpables perjuicios.

13. También abrigo la esperanza que llegará el tiempo en que el Tribunal Constitucional, este integrado por personas que utilicen adecuadamente la interpretación evolutiva de la Constitución: esto es, que el texto constitucional, en especial las disposiciones sobre derechos fundamentales, no deban ser entendidas en el contexto en que fueron aprobados, sino que deberán ser entendidas como libertades que se transforman con el tiempo y conforme a las necesidades existentes en cada momento histórico.

14. Finalmente, tal como se verá en el desarrollo amplio del presente voto singular, he buscado amparar la posición de proteger el derecho del demandante Andree Alonsso Martinot Serván, a la igualdad y a no ser discriminado, amparándome en la aplicación prevalente de tal derecho fundamental y basándome en una interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales y convencionales. Así también he buscado consignar las principales referencias jurisprudenciales y normativas que existen en diversas partes del mundo sobre el matrimonio igualitario, para mostrarnos el inevitable cambio que se viene.

15. La jurisdicción constitucional no se agota en sede nacional. De seguro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciará sobre este caso u otros similares y amparará el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo. Allí la mayoría actual del Tribunal Constitucional o la que venga no podrán impedirlo. Allí cambiará la historia de los derechos de las parejas del mismo sexo (no por la obra de los jueces de nuestro país) y las posturas intolerantes no podrán impedirlo.

16. En lo que sigue, para desarrollar los argumentos hasta aquí expuestos, me referiré a los siguientes puntos: ***i)*** la intepretación evolutiva de los textos constitucionales en las sociedades contemporáneas; ***ii)*** la apertura de los textos constitucionales al Derecho Internacional; ***iii)*** el matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; ***iv)*** el matrimonio igualitario en el Derecho Constitucional Comparado; ***v)*** la necesidad de interpretar el Código Civil a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales; ***vi)*** análisis del presente caso.

i) La intepretación evolutiva de los textos constitucionales en las sociedades contemporáneas y una especial referencia al caso peruano

17. Estimo necesario efectuar algunas consideraciones a propósito de la interpretación evolutiva de los textos constitucionales, ya que, de la revisión de la sentencia suscrita por los magistrados Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, advierto que se hacen interpretaciones aisladas, descontextualizadas y que resultan contrarias a estándares internacionales sobre Derechos Humanos.

18. Para la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional, en el Perú los elementos esenciales del matrimonio son dos:

    a) 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,

    b) 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-.

19. Así, considera la mayoría conformada por los magistrados Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, que, según nuestra Constitución, el matrimonio es, de forma exclusiva, la unión entre *un varón y una mujer*, por lo que dicho vínculo solo sería válido en la medida en que involucre a dos personas de distinto sexo.

20. De este modo, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional asume que el concepto de "familia" es estático, y no sujeto a la evolución propia de las sociedades modernas.

    De hecho, la posición mayoritaria ni siquiera discute la posibilidad de brindar algún mecanismo legal para que se puedan reconocer los derechos y deberes que se forjan a propósito de la relación que desarrollan dos personas del mismo sexo. Simplemente considera que son situaciones que no corresponde visibilizar, y que no corresponderían de ser resueltas a través del derecho. Sin embargo debe recordarse, como lo señaló la Corte Constitucional de Ecuador al reconocer el matrimonio igualitario, que

    > "[e]xisten personas del mismo sexo que demandan el reconocimiento del derecho al matrimonio, por considerarlo importante en sus planes de vida y que invocan derechos como la dignidad, la igualdad y las libertades. Esta exigencia, que no existía o que no fueron consideradas al momento de plasmar los textos jurídicos, requiere poner en contexto actual la

norma constitucional y las normas legales, y adaptar su contenido e interpretación a los requerimientos actuales"[12].

21. De este modo, como lo ha recordado el propio Tribunal Constitucional, no resultaría viable petrificar el significado o lo que comprende el término "familia". Así, desde una perspectiva constitucional,

> debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas[13].

22. En efecto, estos "nuevos contextos sociales" a los que se ha referido el Tribunal Constitucional se asocian con nuevas formas de entender asuntos que, hace unas décadas atrás, generaban distinto reproche social. El matrimonio entre personas del mismo sexo ingresa en este grupo de conceptos.

    Por lo general, al asumirse que el matrimonio era una institución destinada a la procreación, y que poseía un inevitable nexo religioso, ello era razón más que suficiente para no permitir que sus efectos se extiendan para las parejas del mismo sexo. Sin embargo, debe recordarse que, aunque resulta evidente que el creyente o el ateo pueden desplegar su proyecto de vida de acuerdo con sus creencias personales, ello solo puede realizarse con el notorio límite de que ello no suponga imponer a los demás su forma de entender el mundo[14].

23. Del mismo modo, entender el matrimonio de esta manera sería inconstitucional porque se petrifica un modelo único de familia. Como bien ha sostenido la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos,

> la naturaleza de la injusticia es que no siempre la vemos en nuestros tiempos. Las generaciones que escribieron y ratificaron la Carta de Derechos y la Decimocuarta enmienda no pretendieron conocer el alcance de la libertad en todas sus dimensiones, por lo que confiaron a las futuras generaciones la protección del derecho de todas las personas a

[12] Corte Constitucional de Ecuador. Caso N° 11-18-CN, fundamento 165.
[13] STC 09332-2006-AA, fundamento 7.
[14] Taylor, Charles y Maclure, Jocelyn (2011). Laicidad y libertad de conciencia. Madrid: Alianza Editorial, p. 29.

> disfrutar de la libertad a medida que aprendemos su significado. Cuando una nueva visión revela discordancia entre las protecciones centrales de la Constitución y una restricción legal recibida, se debe abordar una alegación a la libertad[15].

24. Esta nueva forma de entender el matrimonio también debe realizarse de conformidad con las modernas articulaciones en lo que respecta a los nexos entre la religión oficial de un país y las propias estructuras estatales. Por ejemplo, en Canadá, la Corte Suprema Federal ha señalado que, antes incluso de la adopción de la *Civil MarriageAct* de 2005, con anterioridad este país se articulaba como una sociedad de valores sociales compartidos en la que se pensaba que el matrimonio y la religión eran inseparables. Sin embargo, recuerda que ese ya no es el caso, al tratarse ella de una sociedad pluralista en la que el matrimonio es una institución civil.

    De este modo, los *frozenconcepts* [16] son contrarios a los principios fundamentales de la interpretación constitucional canadiense, los cuales consideran que la Carta fundamental es un árbol vivo, el cual se expande a través de una interpretación progresiva, lo que le permite adaptarse a las realidades de la vida moderna[17].

25. Ciertamente, la sola de adopción de normas jurídicas resulta insuficiente frente a discriminaciones de carácter histórico. Aunque existan estudios que demuestran que, en líneas generales, la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo termina por mejorar la forma en que el resto de la sociedad comprende la homosexualidad, lo cierto es que este proceso requiere de transformaciones que demandan de un importante esfuerzo colectivo.

    En todo caso, como lo ha hecho recordar la Corte Constitucional de Sudáfrica al reconocer el matrimonio igualitario, [l]a ley no puede automáticamente y por sí misma eliminar los estereotipos y los prejuicios. Sin embargo, sirve como una gran maestra, establece normas públicas que se asimilan a la vida diaria y protege a las personas vulnerables de la marginación y el abuso que son injustos.

---

[15] Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. Caso Obergefell vs. Hodges. La cita se encuentra en: Delgado, David (2017). Obergefell contra Hodges: La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. UNED. Revista de Derecho Político, N° 99, p. 344

[16] Literalmente se podría asumir que se asumen como "conceptos congelados". Sin embargo, la traducción más cercana a nuestro lenguaje sería la de conceptos estáticos.

[17] Corte Suprema de Canadá. 2004 SCC 79, fundamento 22

Es necesario recordar que no solo los tribunales son responsables de reivindicar los derechos consagrados en la Carta de Derechos[18].

26. Lo determinante en la discusión sobre la viabilidad constitucional del matrimonio igualitario radica en lo que esta clase de uniones busca proteger, y si es que su incorporación genera algún perjuicio de relevancia para terceros que pueda justificar su exclusión.

Al respecto, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional suscrita por los magistrados Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, efectúan una comparación entre el no reconocimiento de la poligamia -propio de diversos países musulmanes- con el del matrimonio entre personas del mismo sexo. Considero que ello es un notorio ejemplo de la falacia de "pendiente resbaladiza".

Se pretende asumir consecuencias negativas de una institución que no guarda ninguna semejanza cercana con la poligamia. Como bien anota Nora Markard, tanto la poligamia y el incesto se distinguen claramente del matrimonio entre personas del mismo sexo, y ello obedece a que aquellas prohibiciones no se imponen a un grupo vulnerable -como sí ocurre en el caso de la comunidad LGTBI-, o sobre el cual exista una estructura social de discriminación, por lo que la pendiente no es tan resbaladiza como se quiere hacer creer[19].

27. Del mismo modo, la posición asumida en la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, con esa clase de comparaciones, pretende deslegitimar el reconocimiento de un derecho como si se tratara de una simple aspiración o capricho. Sin embargo, es evidente que se trata de una institución cuyos efectos jurídicos tienen una importante incidencia en la vida de las personas, y que bien puede involucrar a las parejas del mismo sexo.

Como bien ha referido la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, la exclusión respecto de la institución del matrimonio

> "es claramente discriminatoria porque las relaciones que entablan las parejas homosexuales pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una *situación equivalente* a las parejas

[18] Corte Constitucional de Sudáfrica. *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*. CCT 60/04, p. 138

[19] Markard, Nora (2016). Dropping the Other Shoe: Obergefell and the Inevitability of the Constitutional Right to Equal Marriage.German LawJournal, Vol. 17, Núm. 3, p. 540

> heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio"[20].

28. Por otro lado, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional suscrita por los magistrados Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, consideran que el reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestro ordenamiento supondría, en esencia, colocar nuestras preferencias personales por encima de la Constitución. Acceder a una institución civil no puede reducirse a ello. Involucra derechos y responsabilidades que permite que las personas sean consideradas y vistas como semejantes por el resto de integrantes de la sociedad.

    Ningún argumento histórico debería bastar para esta clase de exclusiones, las cuales incentivan la formación de ciudadanos de segunda categoría. En efecto, se olvida en la sentencia que la propia norma fundamental admite que sus contenidos se pueden innovar con el paso del tiempo.

    El artículo 3 es una muestra evidente que nuestros constituyentes sabían que su obra era inacabada. Del mismo modo, la remisión que se efectúa en la Cuarta Disposición Final y Transitoria a los tratados internacionales también demuestra la lógica de apertura que ha inspirado el diseño de nuestra Constitución.

    No se ha pretendido que sea un ordenamiento cerrado y desconectado de lo que ocurre en el ámbito internacional y comparado. En efecto, como ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia,

> la Constitución no es un orden cerrado y estático y menos puede serlo en una materia que, como ampliamente se ha expuesto, está sometida a una constante evolución que no puede ser ignorada por el ordenamiento, de lo cual fue consciente el propio constituyente al prever que, además del matrimonio, la familia puede constituirse por la voluntad responsable de conformarla que, según se ha señalado, sirve de fundamento a un amplio conjunto de modalidades familiares y no solo a la surgida de la unión de hecho de parejas heterosexuales[21].

29. Por otro lado, también la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional yerra al sostener que lo que respalda la decisión de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo es una suerte de "moral superior". Lo que genera mi convicción de que nuestra Constitución debe proteger las uniones entre parejas del mismo sexo radica en que nuestro ordenamiento debe brindar una respuesta satisfactoria en relación con una situación en la que se ha preferido guardar

---

[20] Corte Suprema de Justicia de la Nación de México. Amparo en Revisión 581/2012, considerando octavo

[21] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577/11

silencio. Por ejemplo, en España, la Ley 13/2005, que incorpora el derecho al matrimonio igualitario, precisa que

> "[e]l establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta"[22].

30. Como he señalado, la falta de respuesta directa a este asunto no solo genera que las parejas del mismo sexo sean esencialmente invisibles para el derecho peruano, sino que ello les ocasiona directos y palpables perjuicios. Al respecto, la Corte Suprema de Costa Rica ha sostenido que

> a pesar de lo dicho en el considerando III de esta sentencia en cuanto a la naturaleza y evolución histórica del matrimonio (que permite llegar a la conclusión contraria a las pretensiones del accionante), esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario[23].

31. Este nuevo entendimiento del matrimonio no perjudica a terceros, ni supone ninguna alteración del orden público o de las denominadas buenas costumbres. Las personas que consideran que esta institución tiene un matiz religioso y que, por ello, solo procedería para parejas heterosexuales siguen gozando del reconocimiento de este derecho y pueden aun materializar sus proyectos de vida de conformidad con su propia cosmovisión del mundo. Del mismo modo, aquellas personas que estiman que el modelo adecuado de la familia se vincula con la procreación, podrán desarrollar dicho plan de vida sin injerencias estatales indebidas. En España, el Tribunal Constitucional sostuvo, a propósito de la aprobación de la ley que permite estas uniones, que

> la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto

[22] Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio
[23] Corte Suprema de Costa Rica. Expediente 15-013971-0007-CO, Res. N° 2018012782, pág. 21.

> que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento[24].

32. En efecto, el derecho no puede desconocer la existencia de estos vínculos afectivos, más aun cuando de ellos se pueden desprender consecuencias legales. Sobre ello, ha mencionado el Tribunal Supremo del Brasil, en su pronunciamiento que legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo, que el siglo XXI ya viene marcado por la preponderancia de la afectividad sobre el componente biológico, por lo que este último surge como una realidad meramente mecánica o automática[25].

33. Ahora bien, otro argumento que justifica el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo que se han realizado en el extranjero se asocia con la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 24/17.

    Es por ello que, en el siguiente apartado, me referiré a la tendencia existente en las constituciones nacionales de interactuar con los tratados y, en general, con las fuentes del Derecho Internacional, cuestión que se ha intensificado, particularmente, a partir de la Segunda Guerra Mundial.

ii) La apertura de los textos constitucionales al Derecho Internacional

34. En segundo lugar, deseo referirme al deber de interpretar los textos constitucionales de conformidad con los estándares internacionales que debería observar el Estado peruano si es que no desea que, con posterioridad, se declare su responsabilidad internacional.

    En la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional se parte de la premisa que el Estado peruano es un ordenamiento cerrado y autosuficiente, aspecto que, sin lugar a dudas, no se condice con la apertura internacionalista que se ha destacado en el ordenamiento peruano desde la Constitución de 1979.

35. En efecto, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, para sustentar su posición, se remite a lo dispuesto en el Libro X, de Derecho Internacional

---

[24] Tribunal Constitucional de España. Sentencia 198/2012, fundamento jurídico 9

[25] Tribunal Supremo de Brasil. Acción Directa de Inconstitucionalidad 4277. Voto del Ministro AyresBritto, párr. 34

Privado, contenido en el Código Civil. Así, de conformidad con el artículo 2050, se establece 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* [*énfasis* añadido].

36. Por ello, la sentencia suscrita por la mayoría estima que no todo derecho adquirido fuera del Perú tiene que ser reconocido como válido en el Perú, ya que el principal límite para ello se refleja en el respeto al orden público internacional y las buenas costumbres nacionales. Tal y como expuse en mi voto conjunto con el magistrado Ramos Núñez en el caso Oscar Ugarteche, esta noción de "orden público", y 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. 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[26].

37. De esta manera, esta noción de "orden público internacional" a la que alude la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional tenía sentido en el contexto de Estados que no tenían un especial interés por la apertura hacia lo internacional. Sin embargo, en la lógica del constitucionalismo peruano contemporáneo, esta clase de argumentos ya no serían viables.

Desde la Constitución de 1979, nuestro ordenamiento ha brindado importantes señales de apertura y de interacción con diversas fuentes del Derecho Internacional. Por ello, no es posible asumir, como lo hace la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, que el único derecho válido y vigente en el Perú es el producido exclusivamente por las autoridades estatales. En efecto, es

[26] Voto conjunto de los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez en el expediente 01739-2018-PA, fundamento 63

también obligatoria la observancia de los tratados que ha suscrito nuestro Estado, lo cual se desprende del principio *pacta suntservanda*.

A ello debe agregarse que, por propia disposición del legislador democrático, las decisiones de los tribunales internacionales cuya competencia ha sido reconocida por el Estado peruano también fungen de parámetro de interpretación de los derechos fundamentales.

38. Por otro lado, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional también pretende demostrar cierta tendencia internacionalista al citar -aunque de forma tergiversada- el artículo 4 del Código de Derecho Internacional Privado -conocido como Código Bustamante-, de 1928, suscrito por el Perú, según el cual los "preceptos constitucionales son de orden público internacional".

39. Una primera observación inmediata que debe realizarse a este argumento radica en la notoria antigüedad de dicho tratado, el cual, evidentemente, debe ser entendido de forma conjunta con el resto de obligaciones asumidas por el Estado peruano.

La posición de la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, suscrita por los magistrados Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, se defiende con un acuerdo internacional que se remonta hacia casi aproximadamente un siglo.

No se pretende, con esto, descalificar a un instrumento internacional solamente por este factor, pero sí es importante advertir que, para la época en que se elaboró dicho acuerdo, no existían los modernos avances que existen en la actualidad en el ámbito del Derecho Internacional, ni mucho menos existía el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Indudablemente, la evolución de aquella disciplina ha modificado el entendimiento exclusivamente estatal del derecho. Se ha señalado, por ello, que

> "aunque tradicionalmente se suele oponer a esta afirmación el que los procesos constituyentes (o de reforma de la constitución) son muestra excelsa del poder soberano de los Estados, *legibussolutus*, es claro que en el contexto actual del pensamiento jurídico tal afirmación resulta, cuanto menos, imprecisa"[27].

[27] Santofimio, Jaime (2017). El concepto de convencionalidad. Bogotá: Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia, p. 323

40. Por otro lado, un segundo cuestionamiento tiene que ver con el hecho que la propia noción de orden público internacional se ha modificado con el tiempo, tal y como precisé con anterioridad.

La idea de invocar las normas internas para no reconocer la validez de actos jurídicos celebrados en el extranjero guardaba sentido en ordenamientos jurídicos cerrados, en los que no existía ningún nivel de interacción con fuentes del Derecho Internacional. Sin embargo, en nuestro modelo se dispone que el entendimiento del derecho interno debe efectuarse de conformidad con los tratados internacionales suscritos y en virtud de los criterios desarrollados por los tribunales internacionales constituidos según acuerdos ratificados por el Estado peruano.

Como ha sostenido Ignacio Gutiérrez, una constitución

> "solo es democrática si está abierta al cambio; y, en el contexto de la globalización, sólo en la medida en que esté abierta la reconsideración de sus propios criterios de inclusión y de jerarquía: a reconocer la participación de los demás en decisiones que les afectan y a someterse a procesos de decisión más amplios en las cuestiones que la superan. Sólo es democrática la Constitución abierta al Derecho internacional"[28].

41. Un buen ejemplo de esta apertura se refleja en el fallo de la Corte Constitucional de Taiwán que reconoció la validez constitucional de los matrimonios entre parejas del mismo sexo. En este pronunciamiento se efectúan diversas referencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos para sustentar la posición del tribunal. Por ello, se señala que

> [e]l fallo está fundamentado en el derecho internacional y las normas de derechos humanos. El fallo se basa en la doctrina de la no discriminación, un principio fundamental del derecho internacional consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y prácticamente en todos los principales tratados de derechos humanos tanto a nivel internacional como regional. Los órganos de tratados de las Naciones Unidas y los tribunales regionales han declarado repetidamente que la orientación sexual es un motivo prohibido de discriminación según el derecho internacional"[29].

---

[28] Gutiérrez, Ignacio (2020). Estado de Derecho y democracia más allá del Estado. En: Arroyo, Luis; Delgado, Isaac y Meix, Pablo (directores). Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos. Madrid: Iustel, p. 31

[29] Corte Constitucional de Taiwán. Interpretación N° 748, del 2017

42. De esta manera, y en virtud de los avances que se advierten en la comunidad internacional, me referiré al desarrollo que se le ha brindado al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que ello me permitirá rebatir la forma engañosa en la que la sentencia de la mayoría del Tribunal Constitucional aborda la interpretación del derecho a contraer matrimonio en virtud de la Convención Americana sobre Dereehos Humanos.

iii) El matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

43. La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional sostiene que la Convención Americana no señala que el matrimonio sea un derecho de las parejas del mismo sexo, sino que se configura como un derecho del hombre y la mujer, es decir, de dos personas de sexo opuesto. De esta manera, y citando el eontenido literal del artículo 17.2 de la Conveneión, señala que

> "[e]s indudable [...] 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 dereeho adquirido en el extranjero que colisione con esta noción".

44. De esta manera, la sentencia suscrita por la mayoría solamente acude a una lectura literal y petrificada de la Constitución y de la Convención Americana para sostener que solo debe entenderse el matrimonio entre personas de distinto sexo.

Esta conclusión tiene tres serios inconvenientes: *i)* lo que se juzga en este caso es la decisión de un tercer Estado de permitir esta unión matrimonial; *ii)* no advierte que, de conformidad con los organismos internacionales, la interpretación de los derechos fundamentales es de carácter evolutivo y no es originalista; *iii)* no advierte que cuando las normas constitucionales e internacionales pueden ser concurrentes en un caso, se debe aplicar aquella que más favorezca los derechos de la persona.

i) En este caso, se está examinado la decisión de un tercer Estado de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo

45. En relación con el primer punto, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional solo se dedica a sostener que, de conformidad con nuestro

ordenamiento jurídico, no existiría el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.

No se detiene, por ello, a examinar si es que esto también supone que no se reconozca ninguna clase de unión de este tipo que, válidamente, pueda haber sido efectuada de conformidad con el derecho interno de otros Estados.

Si es que lo que sostiene la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional suscrita por los magistrados Blume, Ferrero, Sardón y Miranda, fuera cierto, entonces el matrimonio entre personas del mismo sexo ingresaría al terreno de lo "constitucionalmente prohibido", ya que no solo es que no se pueda implementar esa unión a través de una reforma legal -al menos para la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional-, sino que cualquier intento de reconocer una unión de estas características en el Perú sería inválido.

46. Sobre este punto, es importante mencionar que la Constitución peruana reconoce un importante nivel de apertura para el reconocimiento de otras formas de comprender los derechos. Si a ello se agrega que la incorporación del matrimonio entre personas del mismo sexo -como lo ha hecho el Estado de Nueva York- resulta compatible con lo señalado en un pronunciamiento del órgano competente para interpretar la Convención Americana, esta regulación goza, con mayor razón, de un importante margen de autoridad que debería ser respetado por los demás Estados de la región, compartan o no esta posición.

    En realidad, la ideologización a la que alude la sentencia -y que, supuestamente, estaría detrás de aprobación del matrimonio de personas del mismo sexo- viene de ella misma, ya que antepone sus creencias personales de lo que es o significa el matrimonio a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 24/17.

47. Me interesa, por ello, referirme al caso de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, órgano encargado de interpretar el derecho comunitario. Por lo general, se suelen citar los estándares de este organismo supranacional para respaldar la tesis de que los Estados tienen plena libertad de configurar el matrimonio entre personas del mismo sexo dentro de su jurisdicción. Ahora bien, esa referencia es incompleta, ya que este órgano supranacional ha sostenido que

> en el estado actual del Derecho de la Unión, el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio y a la filiación, es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho de la Unión no restringe. Los Estados miembros disponen de ese modo de la libertad de

> contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo en su Derecho nacional, así como la parentalidad de estas. No obstante, cada Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado UE relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir en el territorio de los Estados miembros, **reconociendo para ello el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este**[30] (énfasis agregado).

48. De ello se desprende que, incluso en el escenario de la Unión Europea -que se caracteriza por no obligar a que se reconozca el matrimonio igualitario-, sí se reconoce que, si un tercer Estado ha optado por incorporar esta clase de vínculo, este debería ser respetado en el territorio de otro país que también integra dicha entidad supranacional.

- Esto implica que, en ese modelo, es viable que los Estados decidan si reconocen o no el matrimonio igualitario en su derecho interno. Sin embargo, lo que no están facultados de hacer es desconocer una unión matrimonial que se hubiera celebrado según el derecho de otro Estado miembro de la Unión Europea.

  Tampoco debe olvidarse que, de conformidad con los estándares regionales europeos, puede que no se haya hecho referencia a un deber de incorporar el matrimonio como única institución a la que puedan acceder parejas del mismo sexo; sin embargo, sí ha precisado que los ordenamientos nacionales deben dar alguna clase de respuesta ante esta clase de casos. No incorporar alguna solución sería una conducta evidentemente discriminatoria.

49. Puede advertirse que esta clase de argumentos no han sido analizados en la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional. No se brindan mayores razones por las que no se deba respetar la decisión de un Estado de incorporar en su regulación local el derecho al matrimonio entre las personas del mismo sexo. Esto es, aún más delicado, si es que recordamos que, en la actualidad, el Estado peruano se inserta en una comunidad internacional cada vez más abierta, tolerante y dispuesta al diálogo.

  De hecho, se ha hecho referencia a que, en la actualidad, nos encontraríamos frente al desarrollo de una suerte de "globalización de las constituciones nacionales", y ello en la medida en que, cada vez con mayor medida, los

[30] Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de la Gran Sala de 14 de diciembre de 2021, párr. 52.

tribunales internos toman en cuenta los desarrollos existentes en el ámbito internacional, sea a escala regional o mundial[31].

La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, al simplemente ignorar lo sostenido por la Corte Interamericana, pretende instaurar un ordenamiento cerrado, en el que lo único relevante es la posición del Estado peruano. Esta clase de posiciones ya han sido superadas hace décadas.

50. Ahora bien, de forma similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele ser citado como la experiencia de un organismo internacional que no ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo propiamente como un "derecho", ya que, al aplicar la doctrina del margen de apreciación nacional, estima que esta clase de regulaciones depende de los propios Estados. Sin embargo, es importante destacar que este tribunal también precisó que, dada la rápida evolución de las actitudes sociales en Europa en relación con las parejas del mismo sexo que se habían advertido en la última década, era artificial que se mantuviera la opinión de que tales parejas no podrían disfrutar una "vida familiar".

    Por lo tanto, llegó a estimar que la vida que desarrollaban dos personas del mismo sexo ingresaba dentro de ese ámbito, a lo que agregó que las parejas del mismo sexo eran tan capaces como cualquier otra de entablar relaciones estables. La necesidad de proteger este tipo de uniones se advierte en el hecho que el Tribunal Europeo, si bien no sostiene que expresamente deba regularse el matrimonio en esta clase de casos, sí estima que debe brindarse alguna clase de medio alternativo para proteger las uniones entre parejas del mismo sexo[32].

51. En el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos no existe, a la fecha, un pronunciamiento concluyente en relación con el reconocimiento del derecho al matrimonio de las personas del mismo sexo. Sin embargo, sí pueden destacarse diversos casos en los que se ha enfatizado la necesidad de no discriminar en función de la orientación sexual.

    De hecho, en relación con el caso peruano, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha sostenido que nuestro Estado

> "debe declarar clara y oficialmente que no tolerará ninguna forma de estigmatización social de la homosexualidad, la bisexualidad o la

[31] Krisch, Nico (2012). Beyond Constitutionalism.The Pluralist Structure of Postnational Law.Oxford: Oxford UniversityPress, p. 8

[32] Ver, al respecto: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. CasoSchalk and Kopf vs. Austria.Sentencia de 24 de junio de 2010

transexualidad, ni la discriminación o la violencia contra personas por su orientación sexual o identidad de género. También debe modificar su legislación para prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género[33].

52. En este sentido, existe una importante tendencia en el ámbito internacional de reconocer las uniones entre parejas del mismo sexo, por lo que la decisión de un Estado de proceder a legalizar este vínculo no debería ser desconocida por el Perú. Efectuar analogías, como lo hace la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, en relación con la poligamia es solo una forma de intentar trivializar un legítimo derecho que, cada vez en mayor medida, se está regulando en los Estados. De similar forma, también pretende tergiversar la interpretación de la Convención Americana en relación con el artículo 17.2.

53. Es por ello que, como segundo punto, deseo referirme a que las tesis originalistas que emplea la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional para desentrañar el significado de nuestra norma fundamental no solo son obsoletos, sino que también perpetúan la discriminación en contra de las personas por su orientación sexual.

ii) La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional no advierte que, de conformidad con los organismos internacionales, la interpretación de los derechos fundamentales es de carácter evolutivo y no es originalista

54. Ahora bien, interpretar los textos constitucionales no es, ciertamente, una labor de sencilla realización. Por lo general existen discrepancias en relación con la forma en que los tribunales de justicia proceden a delimitar o a precisar los alcances de un precepto constitucional. Sin embargo, aunque estos desacuerdos no sean inevitables, sí pueden partir de ciertas premisas que coadyuven a la efectiva tutela de los derechos de la persona. Por ejemplo, en un conocido texto, Laurence Tribe y Michael Dorf se refieren a la forma de cómo *no debe* ser interpretada una constitución.

Estos autores parten por descartar, en el ámbito de los derechos, el uso de tesis originalistas, esto es, de aquellas posturas que consideran la posición asumida por los redactores del texto como absoluta.

Sostienen, por ello, que "incluso suponiendo que los Primeros Autores pensaran que la Constitución debiera ser la piedra de toque de la interpretación

[33]Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú, aprobadas por el Comité en su 107° periodo de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013), fundamento 8.

constitucional, no puede entenderse que la Constitución deba ser interpretada de forma tal que sólo se refiera a los temas que existieron doscientos años atrás"[34].

55. Esta interpretación es especialmente sensible cuando lo que se discuten son derechos de las personas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la Convención, ha señalado "que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales"[35].

Esta tendencia de entender los instrumentos de protección de conformidad con el contexto histórico también ha sido resaltada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este órgano regional ha destacado que el Convenio Europeo es un instrumento vivo que debe ser entendido en virtud de las condiciones actuales.

Este criterio no es reciente en la jurisprudencia de este tribunal internacional, ya que se remonta al año 1978, en virtud de lo resuelto en el *caso Tyrer vs. Reino Unido,* y se ha consolidado en diversos casos posteriores.

De esta manera, los principales tribunales regionales de interpretación de los derechos coinciden en señalar que los textos de derechos humanos no deben ser entendidos en el contexto en que fueron aprobados, sino que se trata de libertades que se transforman con el tiempo y conforme a las necesidades existentes en cada momento histórico.

56. De similar forma, en el voto que emití en la STC 06040-2015-PA, recordé que, en el ámbito del derecho constitucional comparado, también se ha reconocido la doctrina de la interpretación evolutiva. Así,

> la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que la interpretación evolutiva implica que "en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible a la luz de la Constitución [...] un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de constitucionalidad de una determinada norma" [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577/11, párr. 4.4.3.2], Del mismo modo, en su histórica sentencia Brown vs. Board of Education, la Corte Suprema de Estados Unidos, al examinar la cuestión relacionada con la segregación racial, afirmó que "para acercarse a este

[34]Tribe, Laurence y Dorf, Michael (2010). Interpretando la Constitución. Lima: Palestra Editores, pp. 44 y 45

[35] Corte IDH. Opinión Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999, fundamento 114.

problema, no podemos retroceder el reloj hasta 1868, fecha en la que la enmienda fue adoptada, o incluso a 1896, momento en el que fue escrita Plessy vs. Ferguson. Debemos analizar la educación pública a la luz de su desarrollo y su lugar en la vida americana" [Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. Brown Board vs. Education. 347 U.S. 492 (1953)]. Por su parte, el Tribunal Constitucional de España ha señalado que la lectura evolutiva de la Constitución implica que "la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante" [Tribunal Constitucional de España. STC 198/2012, FJ 9]. Finalmente, la Corte Suprema de Canadá ha sido enfática en reconocer que "el razonamiento según la idea de conceptos estáticos (frozenconcepts) va en contra de uno de los principios más fundamentales de la interpretación constitucional canadiense: que la Constitución es un árbol vivo que, por vía de la interpretación progresiva, se acomoda y se ocupa de las realidades de la vida moderna" [Corte Suprema de Canadá (2004) 3 SC.R. 698].

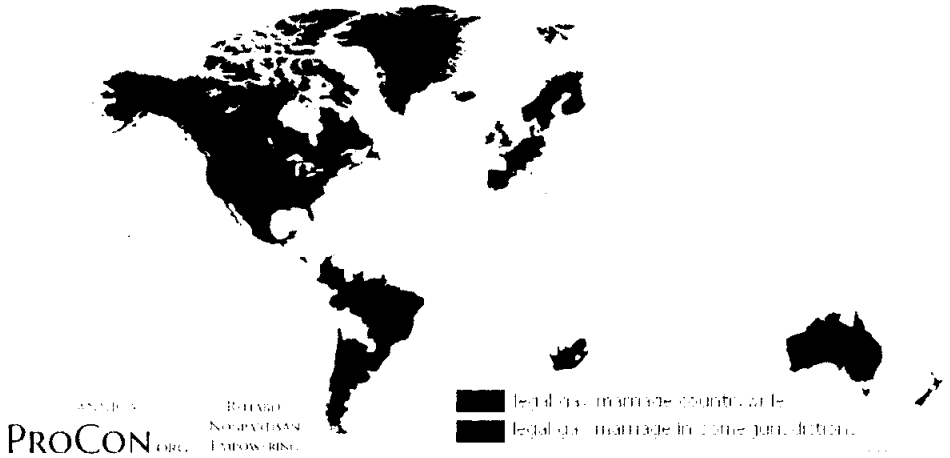
57. De esta modo, la interpretación evolutiva es un método que encuentra amplio respaldo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional Comparado. Su uso en escenarios como este resulta indispensable, y ello en la medida en que permite resolver dilemas que no se encontraban en la mente de los constituyentes.

La sentencia suscrita por los magistrados Blume, Sardón, Ferrero y Miranda, en mayoría del Tribunal Constitucional trata de perpetuar un concepto de matrimonio y no examina el argumento relativo a que se trata de confrontar un problema histórico de exclusión de conformidad con los estándares existentes en el ámbito del Derecho Internacional.

Esta notoria tendencia, cada vez más notoria en América y en Europa, se puede ver reflejada en el siguiente cuadro, el cual fue elaborado por la organización benéfica Procon:

Gay Marriage around the World

Countries with Legal Gay Marriage



58. Desde el año 2001 hasta la fecha, ya son 30 países los que han implementado el derecho a que la institución del matrimonio también pueda extenderse a favor de las parejas del mismo sexo. El cuadro también refleja que esta tendencia es particularmente fuerte en los países de Europa y América.

59. Como ya se ha examinado, es posible concluir que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos comparten la tesis relativa a que las uniones entre parejas del mismo sexo merecen ser reconocidas por parte de los Estados.

    La diferencia entre ambos tribunales regionales radica en que, mientras para el primero esta unión puede que sea amparada por figuras o instituciones distintas a la del matrimonio, la segunda considera que la única forma de no vulnerar el principio de igualdad sería otorgando a todas las parejas la posibilidad de acceder a dicha institución, ya que optar por otra solución sería emplear una forma contemporánea de la conocida doctrina "separados, pero iguales".

60. Sobre ello, considero que no permitir el acceso a una institución únicamente considerando la orientación sexual es un notorio caso de discriminación. Sobre ello, la Corte Constitucional de Austria ha señalado que "[e]l efecto discriminatorio resultante se refleja en que debido a los diferentes términos utilizados para designar el estado civil de una persona ('casado' vs. 'conviviente'), las personas que viven en una relación con una pareja del mismo sexo tienen que revelar su orientación sexual incluso en situaciones en las que

no tiene ni debe tener ninguna importancia y, especialmente en el contexto histórico de este problema, corren el riesgo de ser discriminadas[36].

61. Es importante recordar que el reconocimiento que, eventualmente, puedan hacer organismos internacionales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo tendrá un importante efecto al interior de los Estados, y ello no necesariamente porque conduzca a su inmediata implementación en virtud de un mandato judicial, sino porque visibiliza la problemática e incentiva el debate sobre esta posibilidad en el plano interno.

En esta clase de casos, los cambios normativos suelen tener importantes repercusiones a nivel social, ya que la ley en muchas oportunidades puede ser determinante para eliminar estigmas o prejuicios que puedan existir al interior de la sociedad.

De hecho, existen diversos estudios que demuestran que, en aquellos países en los que se legalizó el matrimonio entre parejas del mismo sexo, aumentaron los niveles de tolerancia en relación con las personas que integran estos colectivos. De similar forma, disminuyó la desaprobación de lo que implica la homosexualidad y se empezaron a notar cambios sobre la percepción de lo que ella supone[37].

iii) La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional no advierte que, cuando las normas constitucionales e internacionales pueden ser concurrentes en su aplicación en un caso, se debe aplicar aquella que más favorezca los derechos de la persona

62. Finalmente, deseo referirme al hecho de que, aun asumiendo que podría existir una aparente contradicción entre las cláusulas constitucionales e internacionales, se debería seleccionar la norma que más favorezca el ejercicio de los derechos de la persona, en virtud del principio interpretativo *pro personae*.

En efecto, si es que asumiéramos, como lo hace la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, que nuestra Constitución no incorpora o deja abierta la posibilidad para que se regule el matrimonio entre personas del mismo sexo, entonces se podría destacar la existencia de una aparente contradicción entre nuestra norma fundamental y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado internacional que, según ha entendido la Corte

[36] Corte Constitucional de Austria. Sentencia de 4 de diciembre de 2017
[37] Ketola, Kimmo y Helander, Eila (2020) Same-sex Marriage and the Lutheran Church in Finland: How rapid changes in norms and values challenges the church and its decision-making. Z Religion Ges Polit, Núm. 4, p. 319

Interamericana, protege el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio.

En efecto, el proyecto suscrito por la mayoría simplemente ha decidido ignorar lo dispuesto en el artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional, el cual establece lo siguiente:

> **Artículo VIII. Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales**
>
> El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.
>
> **En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos**.

63. Así, según el denominado "Nuevo Código", los tribunales internos, cuando advierten una contradicción entre la Constitución y los tratados suscritos por el Estado peruano, no otorgan automáticamente prevalencia a uno de estos documentos.

    En esta clase de casos, la autoridad jurisdiccional debe aplicar la disposición que reconozca en términos más amplios los derechos de la persona. Se trata de un criterio de resolución de tensiones entre cláusulas internas e internacionales que, de hecho, también se encuentra reconocido en la propia Convención Americana. Según el artículo 29.b de este tratado, ningún derecho debe ser interpretado en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados [...]".

    Se desprende, por ello, que para la propia Convención debe prevalecer el ordenamiento estatal si es que reconoce en términos más generosos el contenido de uno de los derechos contenidos en el referido tratado internacional.

64. La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional también ignora esto. Simplemente procede a desconocer las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano, como si se tratara de un ordenamiento ajeno al nuestro.

De esta manera, si se asumira que nuestra Constitución no reconociera, desde ningún punto de vista, el derecho al matrimonio igualitario, no se podría desconocer que la Convención Americana sí lo hace. Por ello, existiría, en la lógica de la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, una aparente contradicción entre disposiciones.

De conformidad con el artículo VIII, debería examinarse cuál de estas dos posiciones favorece en mejor medida los derechos de la persona. Y esto no en virtud ya de lo que establece el propio Derecho Internacional, sino por mandato expreso del legislador democrático. Sin embargo, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, claramente con el propósito de evitar alguna clase de debate en el que se resalte su posición ajena a esta clase de uniones, no aborda tampoco este punto.

65. De similar forma, se aparta de una importante tendencia que, tanto en Europa como en América, reconoce el matrimonio igualitario. Deseo referirme a este último punto con un particular énfasis, ya que ello me permitirá demostrar que el Perú no solo está vulnerando recurrentemente los derechos de las personas que integran relaciones homoafectivas, sino que también ignora el desarrollo que, en otros países, está adquiriendo esta institución.

iv) El matrimonio igualitario en el Derecho Constitucional Comparado

66. La figura del matrimonio igualitario se remonta al año 2001, época en la cual los Países Bajos se convirtieron en el primer país del mundo en regular esta figura jurídica. Este no fue, sin embargo, un camino sencillo y ajeno a los obstáculos. Su aprobación obedeció a distintos debate e informes elaborados por académicos.

Entre estos documentos, es importante citar el histórico informe del Comité Kortmann, elaborado en octubre de 1997, el cual recomendaba la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, al mismo tiempo que desestima los argumentos en su contra. En particular, precisó que la cuestión de un posible efecto negativo sobre el matrimonio heterosexual aplica para una parte cada vez menor de la sociedad, la cual, en todo caso, podía seguir identificándose con un matrimonio desde la perspectiva de la Iglesia. Sin embargo, el gobierno se opuso a la introducción de esta figura.

Con posterioridad, específicamente en el año 2000, se presentó en el Parlamento el proyecto de ley que legalizaba el matrimonio entre personas del mismo sexo, el cual fue aprobado en septiembre por la Cámara de Representantes y en diciembre por el Senado. De esta manera, el 1 de abril de 2001, los Países Bajos se convirtieron en el primer país del mundo en permitir a parejas del mismo sexo

casarse, otorgándoles acceso a una institución que tradicionalmente estaba disponible solo a parejas de diferente sexo[38].

67. La segunda experiencia en la que se reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo se presentó en Bélgica, concretamente en el año 2003. En aquel momento, existía un intenso debate en ese país a propósito de la fórmula para tutelar los derechos de las parejas del mismo sexo. Se había planteado, como alternativa, la posibilidad de una unión no matrimonial. Sin embargo, la ley de 13 de febrero de 2003 apertura la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, y no hace ninguna distinción entre "matrimonios homosexuales" y "matrimonios heterosexuales". Se consideró que crear una figura distinta, aunque ella otorgara los mismos derechos que el matrimonio, hubiera sido una forma contemporánea de la doctrina "separados pero iguales", que permitió que se discriminara en función de la raza en los Estados Unidos[39].

- Otro país escandinavo que ha reconocido el matrimonio igualitario es Islandia, país que incorporó este derecho en el año 2010. De hecho, es uno de los casos que ha suscitado mayor atención, ya que la primera ministra islandesa de aquella época, Johanna Sigurdardottir, había declarado públicamente su orientación sexual, lo cual ha permitido una mayor visibilización de estas uniones.

68. En el caso de Noruega, en el año 2009 se expidió la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. De forma novedosa, se expidieron diversas regulaciones que no solo permitieron la adopción a favor de estas parejas, sino que, por ejemplo, también reconocieron el derecho a las parejas lesbianas de ser asesoradas para los procedimientos de inseminación artificial patrocinados por el Estado, y otorgó la co-maternidad a la cónyuge de la madre biológica.

    También se incorporaron preceptos sobre las relaciones entre las creencias religiosas con el Estado, y a los ministros y sacerdotes se les otorgó el derecho, mas no la obligación, de realizar ceremonias de boda para parejas del mismo sexo.

    Ahora bien, el caso de Suecia, también de 2009, es importante de considerar, ya que, al igual que en Noruega, existieron diversas discusiones con las iglesias respectivas sobre la posibilidad que se celebren ceremonias en las que se realicen matrimonios entre estas parejas. Sin embargo, la ventaja en relación con

---

[38] Información extraída de: Trandafir, Micea (2014). The effect of same-sex marriage laws on different-sex marriage: Evidence from the Netherlands. Demography. Duke University Press, Vol. 51, Núm. 1

[39] Swennen, Frederick (2011). National Report: Belgium. Journal of Gender, Social Policy & the Law, Vol. 19, Núm. 1, p. 66

el contexto noruega era que, en este país, las relaciones entre la Iglesia y el Estado no eran tan profundas, por lo que no fue excesivamente problemático su incorporación.

69. Un caso llamativo fue el de Portugal. En este país, mediante Decreto N° 9/XI de la Asamblea General, se aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, el Presidente de la República solicitó, de conformidad con la Ley de Organización, Funcionamiento y Procedimiento del Tribunal Constitucional, que este órgano determine, en una inspección preventiva, la compatibilidad del matrimonio igualitario con la Constitución. Por ello, la Corte Constitucional, a través del Proceso n° 192/2010, resolvió que tal regulación no resultaba incompatible con la Constitución de ese país, lo cual terminó por validar legalmente esta clase de uniones.

70. En Argentina, la Ley 26618 modificó diversos preceptos del Código Civil con la finalidad de incorporar el matrimonio igualitario. De esta manera, a través de la enmienda del artículo 172 de dicho cuerpo normativo, se resaltó que es indispensable "para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

    De forma previa a la expedición de esta ley, el Juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 15 (Expediente 34292-0), de la Ciudad de Buenos Aires, había sostenido que el referido artículo 172 era inconstitucional en la medida en que no permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo.

71. Una mención aparte merece el caso danés. Si bien no fue el primer país del mundo en reconocer el matrimonio igualitario, sí lo fue en cuanto al reconocimiento de los derechos de parejas cuyos integrantes eran del mismo sexo. Así, en 1989, a través de la *DanishRegisteredPartnershipAct* (de 1 de junio de 1989), se implementó la *registreretpartnerskab*, una suerte de registro de uniones civiles entre parejas del mismo sexo.

    El ejemplo danés fue relevante, ya que inició diversas discusiones en varios países europeos sobre la viabilidad en cuanto a la implementación de esta clase de figuras. Esta ley otorgaba a las parejas del mismo sexo varios derechos de los que ya gozaban las parejas heterosexuales, con excepción de la posibilidad de adoptar niños y el hecho que estas uniones no eran reconocidas por la Iglesia

Luterana estatal[40]. Para el año 2012, ya se reconoció en este país el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio.

72. En el caso mexicano, en el amparo en revisión 581/2012 se reconoció que resulta discriminatorio el impedir que las parejas del mismo sexo accedan a la institución del matrimonio. De similar manera, la Tesis Jurisprudencial 43/2015 (10.a) precisó que la ley de cualquier entidad federativa "que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional". Hasta este año, 26 de las 32 entidades federativas han incorporado esta institución.

73. En Francia, en febrero del año 2013 la Asamblea Nacional aprobó un proyecto de ley que reconocía el matrimonio entre parejas del mismo sexo, el cual fue confirmado por el Senado, aunque con modificaciones, en abril de ese mismo año. Diversos legisladores estimaron que esta normatividad era contraria a la Constitución de 1958, por lo que elevaron un recurso que fue examinado por el Consejo Constitucional.

    Este órgano resolvió el caso, y sostuvo que, abriendo el acceso de la institución del matrimonio a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, el legislador ha estimado que la diferencia entre las parejas formadas por un hombre y una mujer y las parejas de personas del mismo sexo no justifica más que estas últimas no puedan acceder al estatuto y a la protección jurídica vinculados con el matrimonio; por lo que no correspondía al Consejo constitucional sustituir con su apreciación a la realizada por el legislador"[41].

74. En el año 2013, Uruguay también se unió al grupo de países que han reconocido las uniones matrimonionales entre parejas del mismo sexo. Así, a través de la Ley 19075, de Matrimonio Igualitario, se reconoció en el artículo 83 del Código Civil que el "matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo".

    En ese mismo año, en Nueva Zelanda se aprueba la *Marriage (Definition of Marriage) AmendmentAct*, la cual incorpora las modificaciones legislativas pertinentes para hacer operativo el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el año siguiente, Luxemburgo se uniría al grupo de países que aprobaron leyes sobre esta clase de uniones.

---

[40]cfr. Wilson, Adrienne (1991). Same-sex Marriage: A Review. William Mitchell Law Review, Vol 17, Núm. 2, p. 540

[41]Consejo Constitucional de Francia. Sentencia n° 2013-669-DC, de 17 de mayo de 2013, fundamento 22

En 18 de junio de 2014 se votó en la Cámara de Diputados esta propuesta. La votación final se produjo el 18 de junio de este mismo año, la cual, además de reconocer el matrimonio igualitario, incorpora otras reformas en relación con la edad legal para contraer matrimonio y, además, suprimió la obligatoriedad de los denominados examenesprenupcionales.

75. Otro de los casos paradigmáticos en este recuento es el de Irlanda. Este país se convirtió en el primero en el mundo en aprobar el matrimonio igualitario a través del referéndum, lo cual ocurrió en el año 2015.

El 17 de febrero de 2016, Finlandia se uniría al grupo de países que incorporaron en su legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo, y abolió la anterior ley que permitía uniones no matrimoniales en esta clase de escenarios. Este fue, por lo general, un caso muy recurrente en varios países: primero se reconocía una figura similar a la del matrimonio, y, con posterioridad, se aprobaba una ley que, de forma específica, concedía el derecho al matrimonio a las parejas que son del mismo sexo.

En el año 2017, Malta -un país predominantemente católico en el que el divorcio fue ilegal hasta el año 2011- también se incorporó a este grupo de países. En dicho ordenamiento se preveía la posibilidad de la unión civil entre personas del mismo sexo desde el año 2014. También en el año 2017, en Alemania se agregó un nuevo párrafo al Código Civil del año 2002, y se dispuso que el matrimonio "es contraído por dos personas de diferente o del mismo sexo, para toda la vida". Se habilitó la posibilidad que aquellas parejas que se encontraban en una figura análoga a lo que sería la unión civil podían convertir su sociedad en un matrimonio.

En Australia, se actualizó la *MarriageAct* de 1961 con el propósito de precisarse que esta institución es la unión de dos personas, con la exclusión de todas las demás, constituida voluntariamente y que es de por vida. No fue una reforma expedida en un contexto aislado, ya que, a nivel federal, desde el año 2008 se habían impulsado un grupo de normas que pretendían brindar igualdad de derechos y responsabilidades a las parejas del mismo sexo en áreas como la seguridad social, el empleo, los impuestos y la jubilación.

76. En el caso del Reino Unido, en el año 2013 el Parlamento aprobó la *MarriageAct* (*same sex couples*), la cual introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo para Inglaterra y Gales. Se permitió, como en el caso de Alemania, que las parejas puedan convertir su unión civil en matrimonio, y a las personas transexuales a cambiar su género sin tener que terminar su matrimonio existente.

En Escocia también se legalizó esta clase de uniones. Con la implementación del matrimonio en Irlanda del Norte en el año 2020, los países que integran el Reino Unido reconocieron de forma plena esta institución.

En el caso de este último, existieron diversas resistencias para su implementación. El *LawReformAdvisoryCommitteede* Irlanda del Norte sostuvo que la legislación existente hasta ese entonces era obsoleta y probablemente discriminatoria. En respuesta a una pregunta de la Asamblea dirigida al Poder Ejecutivo, este confirmó que, para el año 2012, no existían planes para la introducción del matrimonio igualitario. No fue, pues, una experiencia sencilla[42].

77. En lo que ha transcurrido del año 2022, dos países han reconocido el matrimonio igualitario.

En el caso de Chile, la Ley 21400 modificó diversos cuerpos normativos con la finalidad de regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Entre otras cosas, se dispuso que las "leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones marido y mujer, marido o mujer, se entenderán aplicables a todos los cónyuges, sin distinción de sexo, orientación sexual o identidad de género".

En Suiza, se celebró un referendum con la finalidad de discutir la incorporación del matrimonio igualitario en ese país. De acuerdo con la información brindada por las autoridades, aproximadamente el 64% de los votantes aprobaron la propuesta.

Es importante agregar que, en el año 2005, aproximadamente el 58% de los votantes también se habían mostrado a favor de incorporar la institución de la unión civil para las parejas del mismo sexo, lo cual demuestra la tradición, bastante consolidada en Suiza, de someter a consulta asuntos que suelen ser sensibles en diversas sociedades.

78. De todo ello es posible advertir no solo que, cada vez en mayor medida, diversos países han incorporado el matrimonio igualitario. También se debe destacar que no todos ellos siguieron un camino similar. En algunos de ellos, que eran más abiertos a la deliberación de esta clase de asuntos, la aprobación definitiva se dio por el parlamento respectivo.

---

[42] La información sobre la situación del Reino Unido se puede consultar a detalle en: Fairbairn, Catherine; Lyall, Heather y Campbell, Jane (2014) .Marriage of same-sex couplesacrossthe UK. ResearchPaper 54/14. Londres: House of Commons

En otras experiencias, ante la inacción legislativa, se tuvo que acudir a los tribunales de justicia.

Finalmente, con los casos de Irlanda y Suiza, se demuestra que también es posible discutir esta clase de asuntos a través de la convocatoria a referéndum. Este último método, al menos en nuestro ordenamiento, sería ciertamente más problemático, ya que cuestiones vinculadas con la posible restricción de derechos fundamentales no pueden ser sometidas a consulta popular.

79. En todo caso, deseaba destacar que no existe una formula única de reconocimiento del matrimonio igualitario. En el siguiente apartado, destacaré las razones por las cuales, en el ordenamiento peruano, ello debería ser realizado por el Tribunal Constitucional.

v) La necesidad de interpretar el Código Civil a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales

80. Expuesto todo el contexto precedente, deseo referirme a las disposiciones del Código Civil que regulan el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, y si es que estas son o no compatibles con la Constitución.

81. En la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, la mayoría del Tribunal señala que, en relación con la opinión consultiva que reconoce el derecho al matrimonio entre las parejas del mismo sexo, "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 Jose". Para sustentar esta afirmación, se refieren al voto singular del juez Eduardo Vio Grossi, que acompaña dicha opinión consultiva, y según el cual

> 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 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.

82. Así, pese a que la mayoría de magistrados considera en la sentencia suscrita que el sistema interamericano estaría "ideologizado", lo cierto es que el uso de esta clase de argumentos solo demuestra que quienes tratan de reflejar sus preferencias personales en las decisiones judiciales son, precisamente, los que han aceptado el texto de la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, ya

que se refieren a las opiniones de los jueces de la Corte Interamericana solo cuando esta es compatible con su forma de entender las uniones entre parejas del mismo sexo. En efecto, la decisión aprobada por la mayoría de los integrantes del tribunal regional, y que reconoce que es un deber de los Estados el incorporar el matrimonio entre personas del mismo sexo, es inobservada por argumentos marcadamente formalistas en la sentencia suscrita por la mayoría.

83. En efecto, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional sostiene que la opinión consultiva

> constituyó un exceso evidente de los seis jueces que la suscribieron. Cuatro 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.

84. De esta manera, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional minimiza los importantes avances en la región americana señalando que estos no fueron producto del pronunciamiento de la Corte Interamericana, sino que fue una iniciativa de los propios Estados en sus respectivos ordenamientos.

Ahora bien, es importante recordar que, según se advirtió en el repaso histórico sobre la regulación del matrimonio igualitario, para la fecha en que la Corte Interamericana publica su sentencia (esto es, para el mes de noviembre del año 2017), los países americanos de Canadá (2005), Argentina (2010), Brasil (2013), Uruguay (2013), Estados Unidos (2015), México (2015) y Colombia (2016) ya contaban con el matrimonio igualitario. Sobre estos países, indudablemente, la Corte no tiene nada que agregar, ya que, en principio, estas regulaciones resultarían compatibles con la Convención.

85. Ahora bien, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional señala, de forma errada, que solo en Ecuador se ha implementado el matrimonio igualitario en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se evade, de esta manera, los casos de Costa Rica y de Chile.

En el caso del primer país, como ya se ha señalado, la Corte Suprema ha reconocido este derecho y se ha referido, en su pronunciamiento, a la opinión consultiva de la Corte.

En el caso chileno, si bien la modificación se ha hecho a través de una ley, lo cierto es que, como se conoce, los diversos cambios que empezaron a implementarse en este país en temas de orientación sexual tienen como antecedente la sentencia de *AtalaRiffo y otras vs. Chile*, pronunciamiento histórico en el que el tribunal interamericano reconoce que el principio de no discriminación también debe extenderse para los casos de la orientación sexual. Por lo demás, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional hace depender la solidez de los argumentos de la Corte Interamericana que sustentan el matrimonio entre parejas del mismo sexo de lo que hayan implementado los Estados en los respectivos ordenamientos internos a propósito del pronunciamiento, pero una vez más evade los notorios avances existentes en la región sobre este punto.

86. En todo caso, como sostuve en mi voto conjunto con el magistrado Ramos Núñez en la STC 01739-2018-PA,

> 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[43].

87. Por otro lado, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional se refiere a aspectos que no guardan ninguna relación con el debate sobre el matrimonio igualitario, y que, nuevamente, solo reflejan los prejuicios y preferencias personales de los magistrados (Blume, Sardón, Ferrero y Miranda) que han suscrito la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional.

La oposición, de esta manera, más que al criterio de la Corte parece direccionarse a la institución en sí misma. Así, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional trata de plasmar las disconformidades personales de los magistrados antes que una interpretación de la Constitución que sea abierta al ordenamiento internacional. Por ello, en la sentencia se señala que

[43] Voto conjunto de los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez en el expediente 01739-2018-PA, fundamento 119.

> [a]l 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 con base en 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*.

88. La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional señala, así, que como la moral es problemática y acarrea diversos dilemas, no es posible adoptar una decisión sobre la viabilidad constitucional del matrimonio igualitario. Al respecto, debo manifestar mi preocupación y lamento de que jueces de una corte como el Tribunal Constitucional profieran expresiones de este tipo, las cuales solo pretenden descalificar a las personas que no piensan como ellos. Además, es extremadamente grave que, bajo argumentos de una supuesta "superioridad moral", se pretenda alejar a los organismos internacionales de posibles vulneraciones de derechos humanos.

    Como bien ha referido el Comité de Derechos Humanos en el caso *Toonen vs. Australia*, paradigmático por reconocer que la discriminación no se puede realiza en función de la orientación sexual,

    > "[e]l Comité no puede aceptar que, a los fines del artículo 17 del Pacto, las cuestiones de moral constituyan exclusivamente un asunto de preocupación para el país en cuestión, ya que ello permitiría que se eliminase de la lista de asuntos que ha de examinar el Comité un número potencialmente grande de leyes que representan una injerencia en la vida privada"[44].

89. En consecuencia, el filtro que ha establecido la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional suscrita por la mayoría de magistrados es que solamente se tutelarán aquellas posiciones jurídica que no perturben el orden de creencias morales de los magistrados. Ellos, de esta manera, justamente se arrogan gozar de una "moralidad superior", ya que deciden qué aspectos deben ser reconocidos por el ordenamientos y cuáles no, independientemente de lo que se haya señalado en el ámbito internacional y comparado.

90. Ahora bien, precisado lo anterior, surge la interrogante respecto de la forma en que deben ser interpretadas las cláusulas del Código Civil que, según la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, no permitirían el

[44] Comité de Derechos Humanos. Toonen vs. Australia. Comunicación No. 488/1992, fundamento 8.6

reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento peruano. En el proyecto suscrito por la mayoría, se señala que, de conformidad con el artículo 2050 del Libro X, Derecho Internacional Privado, del Código Civil,

> 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].

91. La interpretación planteada por la mayoría del Tribunal estima que, en virtud de dicha disposición legal, no debe permitirse el reconocimiento, en el territorio peruano, de los matrimonios entre personas del mismo sexo, aunque estos hayan sido válidamente realizados en el extranjero. Ya he enfatizado en este voto que el hecho de ignorar los constantes avances en relación con la regulación de los derechos de las parejas del mismo sexo solo es una estrategia para seguir postergando esta clase de reclamos. Sin embargo, a ello debo añadir que, si se acepta la tesis planteada por la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, simplemente se decidiría no resolver el problema planteado ante este Tribunal y taparse los ojos frente a un problema que involucra la vida personal de dos seres humanos. En este punto, estimo necesario referirme a lo que ha señalado la Corte Suprema de Estados Unidos, entidad que, al analizar esta clase de reclamos, sostuvo que

> el Estado hace del matrimonio algo más valioso por el significado que le otorga, por lo que la exclusión de sus estatus tiene el efecto de mostrar que los gays y lesbianas son desiguales en importantes aspectos. Degrada a gays y lesbianas para el Estado por dejarles fuera de una institución central de la sociedad de la nación[45].

92. En efecto, que el Estado peruano decida ignorar esta clase de solicitudes solo ocasionaría que, para la ciudadanía en general, existan ciudadanos y ciudadanas de segunda clase, cuyas legítimas aspiraciones y proyectos de vida no deberían ser atendidos. Puedo afirmar que, incluso, no me estoy refiriendo de forma específica a si el legislador peruano deba regular esta clase de matrimonios o no. Solo deseo precisar que, cuando esta unión ya ha sido aceptada en otro ordenamiento, y ella es compatible con los estándares existentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es sumamente grave que un Estado

[45] Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. Caso Obergefell vs. Hodges. La cita se encuentra en: Delgado, David (2017). Obergefell contra Hodges: La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. UNED. Revista de Derecho Político, N° 99, p. 346

decida ignorar este hecho y, de esta manera, proceda a relegar a este grupo de personas a una condición inferior. Como bien ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia,

> el principio democrático no puede avalar "un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría" y que el principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría". Fuera de la aproximación a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y desde el punto de vista del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido, últimamente se ha afianzado en la jurisprudencia la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo, "puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales", cuya efectiva existencia supone, como en el caso de la pareja heterosexual, "una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia[46].

93. No advierto, en todo caso, la existencia de alguna finalidad constitucional detrás de la restricción consistente no ya en la introducción directa en nuestro ordenamiento de la posibilidad de que parejas del mismo sexo contraigan matrimonio, sino en relación con la imposibilidad de que un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero sea reconocido solo porque dos personas del mismo sexo participaron en él.

En todo caso, los argumentos que suelen emplearse en contra de las uniones entre parejas del mismo sexo carecen de asidero en el seno de un Estado Constitucional. Tal y como ha referido la Corte Constitucional de Ecuador en el pronunciamiento que reconoció el matrimonio igualitario,

> [a]lgunas personas consideran que hay que prohibir el matrimonio de personas del mismo sexo porque son anomalías, riesgos sociales, disfuncionalidades, trastornos psico-patológicos. Por éstas, el matrimonio de parejas del mismo sexo desestructurarían el núcleo familiar y, por tanto, conviene la exclusión. A juicio de la Corte Constitucional estos fines no podrían ser aceptables por dos razones. Primero, estas concepciones han sido superadas por la ciencia. En 1991, la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó la homosexualidad de su clasificación de enfermedades.21 Segundo, estas formas de concebir a las identidades diversas desconocen el derecho de las personas a la

[46]Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577/11

> dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la igualdad y no discriminación"[47].

94. Por otro lado, no se advierte que esta restrieción esté orientada a la proteeción de derechos de terceros, los cuales no se ven perjudicados con la posibilidad que se permita el registro de matrimonios entre personas del mismo sexo que se hayan celebrado en el extranjero. Tampoco incide en las creencias religiosas de las personas o en su forma de entender el mundo.

No existe, por ello, alguna finalidad constitucional que justifique la interpretación efectuada por la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional. Como bien ha señalado la Corte Constitucional de Portugal:

> parece claro que la concesión del derecho al matrimonio a personas del mismo sexo no afecta la libertad de las personas de distinto sexo para contraer matrimonio, ni altera los deberes y derechos que de él se derivan y la representación o imagen que ellos o la comunidad pueden atribuir a su estado civil. A menos, por supuesto, que la pérdida del valor simbólico del matrimonio en general se atribuya a la circunstancia de que ahora este estatus podría compartirse con parejas de orientación homosexual. Una concepción que estaría basada en una razón constitucionalmente ilegítima[48].

95. En el caso peruano, no existe ninguna figura legal que ampare los derechos de las parejas del mismo sexo. Las propuestas que se iniciaron para que ello ocurra han culminado en archivamientos.

Desde el año 1993, se han presentado proyectos que no han prosperado, y cada uno de ellos con propuestas diferentes. Así, Julio Castro Gómez, representante de la Izquierda Democrática, planteó en ese año que se reconozca a las parejas del mismo sexo derechos similares a los que surgían del matrimonio. Del mismo modo, en el año 2003 la congresista Martha Moyano presentó el proyecto de ley 09371/2003-CR, que establecía uniones civiles entre parejas del mismo sexo. Se requería, para ello, que la pareja hubiese convivido al menos durante un año y tener un domicilio legal en el Perú. Sin embargo, se establecía como importante restricción la imposibilidad de adoptar niños.

Finalmente, para el año 2017 se planteó la posibilidad del reconocimiento del matrimonio igualitario a través del proyecto de ley N° 961/2016-CR, a través del cual se proponía reconocer al matrimonio como "la unión voluntariamente

[47] Corte Constitucional de Ecuador. Caso N° 11-18-CN, fundamento 91
[48] Corte Constitucional de Portugal. Processo n.° 192/2010, fundamento 24

concertada por dos personas legalmente aptas para ella". De similar forma, este proyecto tampoco se aprobó por parte del Pleno del Congreso.

96. Se demuestra, en consecuencia, que pese a que han existido diversas oportunidades en las que se planteó la posibilidad de reconocer los derechos de las parejas del mismo sexo, ninguna de las alternativas planteadas ha sido aceptada. Ni el matrimonio ni la unión civil han sido consideradas propuestas viables para nuestros legisladores.

    Esto ha ocurrido desde el primer proyecto presentado en el año 1993. Por ello, es posible afirmar que, pese a que han transcurrido casi 30 años desde esa fecha, no se ha aprobado ningún solo proyecto que pretenda reconocer algún derecho a las parejas del mismo sexo.

97. Al respecto, existen dos importantes foros a través de los cuales se puede obtener el reconocimiento de ciertos derechos: el político (a través, por ejemplo, de leyes expedidas por los órganos legislativos) y el judicial (mediante el reconocimiento en un fallo de una alta corte nacional).

    En una interesante investigación del año 2020, se indicaba que, de 29 países del mundo que habían introducido el matrimonio igualitario, 22 lo habían hecho mediante legislación, 4 países mediante decisiones judiciales y 2 por una mezcla entre decisiones judiciales y legislación (Taiwán y Australia). Se reflejaba en este trabajo que, por lo general, los Estados se enfrentarán al problema relativo al procedimiento de toma de decisiones para este asunto, por lo que deben decidir si esta clase de situaciones se resolverán en el foro judicial, el legislativo, o, inclusive, el popular. Como se señaló, el ejemplo irlandés puede ser tomado en cuenta como un modelo viable, el cual ciertamente, dependerá de la madurez cívica de cada país[49].

98. En el Perú, es posible estimar que la vía política no se encuentra en condiciones de reconocer este derecho. Todas las propuestas planteadas han sido archivadas y no ha existido, a la fecha, un debate serio en el Congreso de la República sobre la posibilidad de su incorporación. Del mismo modo, ha transcurrido un tiempo más que razonable para que el órgano legislativo adopte alguna decisión sobre la situación de las parejas del mismo sexo. Sin embargo, ninguna alternativa ha sido entendida como válida, y ello, después del tiempo transcurrido, habilita a los tribunales de justicia a intervenir con el propósito de evitar que estos escenarios de discriminación se perpetúen en el tiempo.

---

[49] Doyle, Oran (2020). Minority Rights and Democratic consensus: The Irish Same-Sex Marriage. NationalTaiwanUniversityLawReview, Vol. 15, Núm. 1, p. 45

99. Soy consciente que, en un Estado Constitucional, el primer llamado a configurar el contenido de los derechos fundamentales es el legislador democrático. Sin embargo, también advierto que no en todos los escenarios los órganos políticos estarán dispuestos a tutelar derechos de los grupos minoritarios, ya que el accionar de aquellos suele obedecer a lógicas de carácter mayoritario.

Es en esta clase de casos de desprotección en los que deben intervenir los tribunales de justicia. Un órgano como el Tribunal Constitucional no puede permanecer indiferente frente a las recurrentes vulneraciones de derechos derivadas del no reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo. Esto, según entiendo, legitima al Tribunal Constitucional a reconocer las uniones celebradas en el extranjero, y a exhortar a que esta institución también sea habilitada en el orden interno peruano.

En efecto, tal y como he demostrado en mi voto conjunto con el magistrado Ramos Núñez en el caso Oscar Ugarteche Galarza,

> 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[50].

100. Finalmente, la sentencia en mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional (Blume, Sardón, Ferrero y Miranda) señalan que, como nadie es dueño de la verdad, en consecuencia no es posible "imponer" la creencia de que el matrimonio igualitario es un derecho constitucional. De forma específica, señala que

> [n]uestra 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,

[50] Voto conjunto de los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez en el expediente 01739-2018-PA, fundamento 70

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.

101. La sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional olvida, como ya lo hemos señalado en este voto, que el Derecho Internacional forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. No es simplemente un conjunto de deberes que el Estado solo decida observar cuando los comparte.

Referirse a la sociedad peruana como una "comunidad autónoma" es desconocer décadas -sino es que acaso siglos- de evolución de la sociedad internacional y de la forma en que esta interactúa con los Estados y los supervisa con la finalidad de evitar escenarios de violaciones de derechos humanos.
Indudablemente, nadie es dueño de la verdad, y es por ello que existen tribunales de cierre en cuanto a la interpretación de los derechos. Si no existieran estos organismos, cada autoridad estatal, e incluso cada persona, intentaría imponer su visión del mundo al resto.

En todo caso, los tribunales internos bien pueden discrepar de la Corte, pero ello con la finalidad de optimizar los niveles de protección de las libertades básicas, no para disminuirlos.

La sentencia suscrita en mayoría por los magistrados del Tribunal Constitucional (Blume, Sardón, Ferrero y Miranda) insiste en una tesis interpretativa que impide que seres humanos accedan a una institución civil.

Esta no es una simple decisión "desacertada" (cito los términos de la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional). Es una vulneración de derechos que debe ser reparada.

102. Formuladas estas consideraciones a propósito del reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebradas en el extranjero, deseo referirme a los hechos concretos de este caso.

vi) Análisis del presente caso

103. Con fecha 16 de diciembre de 2015, donAndreeAlonssoMartinotServán interpone demanda de amparo (folio 125) contra la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), con emplazamiento de su procurador público. Solicita que, tutelando sus derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la

personalidad e igualdad, se ordene la inscripción, ante el Reniec, de su matrimonio, celebrado en el extranjero con Diego Alonso Urbina Fletcher, con los derechos y deberes que la ley franquea; y que, por ende, se inaplique al caso concreto lo dispuesto por el artículo 234 del Código Civil, que solo reconoce el matrimonio entre parejas heterosexuales (varón y mujer).

Alega que la referida norma impide al Reniec la inscripción de su matrimonio, que celebró en el extranjero (ciudad de Nueva York, Estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América), por el solo hecho de ser una unión afectiva estable entre dos personas del mismo sexo, resultando así inconstitucional e inconvencional a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

104. El 15 de marzo de 2016, la procuradora pública del Reniec contesta la demanda (folio 179) expresando lo siguiente: **a)** no se ha iniciado la vía previa, es decir, no se ha iniciado algún procedimiento administrativo ante el Reniec requiriendo el registro del acta de matrimonio del demandante; sin embargo, el demandante supone que tal requerimiento será rechazado por tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo y no por otra causal; **b)** no está solicitando el restablecimiento de un derecho adquirido o reconocido (y, por tanto, que deba reponerse), sino, por el contrario, pretende que por la vía de amparo se le reconozca un derecho que supuestamente le corresponde; **c)** no solo el artículo 234 del Código Civil impide la realización del matrimonio entre personas del mismo género, sino también la propia Constitución por cuanto, siendo el concubinato una figura concerniente al derecho de familia, como el matrimonio, resultaría ilógico afirmar válidamente que la Constitución tan solo prohíbe el concubinato entre homosexuales y que no imposibilita el matrimonio homosexual, porque no se consigna expresamente tal distinción por género en lo concerniente al matrimonio; **d)** a la luz de la documentación existente en el proceso y a la ausencia de etapa probatoria en este tipo de acciones, la jurisdicción constitucional se encuentra limitada para concluir si existió buena fe para la celebración del acto matrimonial y si existen las causas suficientes para demandar su ineficacia, en vista de que, tratándose de personas domiciliadas en el país, según su propia confesión, y que señalaron domicilio en el Perú y no en el extranjero al momento de celebrar el acto, y siendo conocedores de la vigencia de la legislación nacional, hayan recurrido a otro Estado que permite este tipo de acciones a fin de evadir las prohibiciones que, de manera general, establece el marco normativo que regula sus actos; **e)** pretender el reconocimiento de un matrimonio no regulado en el país, argumentando que fue válidamente celebrado en un país extranjero, representa un trato inequitativo para todos los demás connacionales que no tengan los recursos financieros para eludir dichas limitaciones con la celebración de su matrimonio en el exterior para posteriormente poder inscribirlos en el territorio nacional vía acción de garantías

constitucionales; y **f)** la argumentación de no discriminación no puede llevar al extremo de que un individuo pueda imponer sus ideas o preferencias personales sobre las normas de convivencia de su comunidad, las cuales nacen de las regulaciones de orden legal que se emitan a través de sus organismos legalmente reconocidos para tales actos, y en nuestra realidad las leyes peruanas no admiten el matrimonio entre personas del mismo género, como no la admitían otros Estados hasta que se modificó su legislación. Bajo este sustento, también se debería amparar las pretensiones de aquellos peruanos que al amparo de la legislación de algunos países de Oriente pretendan inscribir matrimonios polígamos, con el argumento de no discriminación.

105. El 15 de marzo de 2016, el procurador público especializado en materia constitucional dedujo la excepción de falta de legitimidad para obrar del emplazado (folio 193) expresando que se advierte claramente que la demanda se dirige contra el Reniec, por supuestas vulneraciones a sus derechos fundamentales en el procedimiento de modificación de su estado civil, por lo que solo a esta entidad puede considerarse como parte demandada. Recuerda que el marco jurídico de la procuraduría especializada en materia constitucional solo la autoriza a ejercer la defensa jurídica del Poder Ejecutivo en los procesos de acción popular, inconstitucionalidad o competenciales.

106. En este caso, la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda al no existir en el Perú el derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo de aplicación el artículo 7, inciso 1 del Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307 (artículo 5, inciso 1 del anterior código, vigente cuando se presentó la demanda). De similar forma, la improcedencia se justifica en el artículo 7, inciso 4 del Código Procesal Constitucional (artículo 5, inciso 4 del anterior código), ya que, para la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, no se agotó la vía previa y no se habría acreditado que acontezca algunos de los supuestos de excepción al agotamiento de la misma previstos en el artículo 43 del mencionado código (artículo 46 del anterior código).

107. En relación con el primer punto, ya he señalado en este voto que un adecuado entendimiento del capítulo de Derecho Internacional Privado del Código Civil es aquel que considera, además del derecho producido exclusivamente al interior del Estado, a la normatividad internacional que ha reconocido el Perú en los diversos tratados que ha ratificado.

De esta manera, no existe sustento constitucional alguno para impedir en reconocimiento, en nuestro ordenamiento, de una unión matrimonial entre personas del mismo sexo que fue celebrada válidamente en los Estados Unidos,

y más aún cuando esta posición es compatible con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

108. De similar modo, he precisado que, si seguimos la posición asumida por la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional, estaríamos generando que en territorio peruano habiten ciudadanos de segunda categoría que no podrían celebrar diversos actos jurídicos.

Indiqué, sobre esto, que no existe ninguna finalidad constitucional válida que sustente esta posición, ya que los cuestionamientos en contra de las parejas del mismo sexo suelen originarse por prejuicios que ya han sido superados hace una considerable cantidad de tiempo. Así, no reconocer esta clase de uniones solo incentiva la instauración de un modelo de Estado cerrado -superado hace décadas y que, por lo demás, no se condice con los postulados constitucionales-, ajeno a cualquier desarrollo que pueda efectuarse en la arena internacional.

109. Ahora bien, en relación con el argumento sobre la falta de agotamiento de la vía previa, debo destacar que ella solo debe ser transitada si es que se comprueba que existe una tutela idónea y efectiva en dichos procedimientos.

Esto es, si es que la administración no está en la posibilidad real de amparar el reclamo formulado, entonces no existirá el deber de transitar toda la vía, tal y como lo exigiría el artículo 7.4 del denominado "Nuevo Código Procesal Constitucional".

Sobre ello, debo destacar que, en la medida en que para el momento en que se interpuso la demanda la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún no había desarrollado los estándares relativos al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, resulta evidente que este pedido ante la administración estaba condenado de antemano al fracaso.

En esa medida, no existía la obligatoriedad de agotar una vía que no estaba en la posibilidad de amparar su reclamo. Ello es aún más evidente si se recuerda que, en nuestro modelo, los órganos de la administración no pueden inaplicar normas legales, ya que esa es una función reservada a la judicatura.

110. Por otro lado, también deseo destacar que la demora por una eventual tramitación de un pedido ante el Reniec es otro argumento importante que justifica la exoneración del deber de agotar la vía previa.

En este caso, cada día que transcurre desde que se interpuso la demanda solo es un cúmulo de impedimentos legales para la pareja recurrente. Es por ello que también se justifica que no se haya agotado el trámite correspondiente, ya que

esperar el desarrollo de este trámite solo generaría mayores perjuicios para AndreeAlonssoMartinotServán y Diego Alonso Urbina Fletcher.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque corresponde:

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. **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que proceda a la inscripción de la unión matrimonial entre AndreeAlonssoMartinotServán y Diego Alonso Urbina Fletcher, la cual fue celebrada en el Estado de Nueva York.

3. **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 AndreeAlonssoMartinotServán y Diego Alonso Urbina Fletcher, 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.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Firmo la presente resolución, sin recurrir a la firma digital, como se había dispuesto por Acuerdo de Pleno del 13 de mayo de 2022, toda vez que ese mismo día el magistrado Ferrero tomó juramento a los nuevos integrantes del tribunal, lo que imposibilitó continuar con la firma digital.

2/6/22

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDREE ALONSSO MARTINOT SERVÁN

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto que me merece la opinión de mis colegas, me permito presentar el siguiente voto singular, en el cual se considera **FUNDADA** la demanda de autos.

I.- Los antecedentes del caso:

1. Con fecha 16 de diciembre de 2015, don Andree Alonsso Martinot Serván interpone demanda de amparo contra la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), con emplazamiento de su procurador público. Solicita que, tutelando sus derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, se ordene la inscripción, ante el Reniec, de su matrimonio, celebrado en el extranjero con Diego Alonso Urbina Fletcher, con los derechos y deberes que la ley franquea; y que, por ende, se inaplique al caso concreto lo dispuesto por el artículo 234 del Código Civil, que solo reconoce el matrimonio entre parejas heterosexuales (varón y mujer). Alega que la referida norma impide al Reniec la inscripción de su matrimonio, que celebró en el extranjero (ciudad de Nueva York, Estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América), por el solo hecho de ser una unión afectiva estable entre dos personas del mismo sexo, resultando así inconstitucional e inconvencional a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. La contestación de la demanda presentada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante Reniec) expresó lo siguiente:

   a) no se ha iniciado la vía previa, es decir, no se ha iniciado algún procedimiento administrativo ante el Reniec requiriendo el registro del acta de matrimonio del demandante; sin embargo, el demandante supone que tal requerimiento será rechazado por tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo y no por otra causal;
   b) no está solicitando el restablecimiento de un derecho adquirido o reconocido (y, por tanto, que deba reponerse), sino, por el contrario, se pretende que por la vía de amparo se les reconozca un derecho que supuestamente les corresponde;
   c) no solo el artículo 234 del Código Civil impide la realización del matrimonio entre personas del mismo género, sino también la propia Constitución por cuanto, siendo el concubinato una figura concerniente al derecho de familia, como el matrimonio, resultaría ilógico señalar válidamente que la Constitución tan solo prohíbe el concubinato entre homosexuales y que no imposibilita el matrimonio homosexual porque no se consigna expresamente tal distinción por género en lo concerniente al matrimonio;
   d) a la luz de la documentación existente en el proceso y la ausencia de etapa probatoria en este tipo de acciones la jurisdicción constitucional se encuentra

limitada para concluir si existió buena fe para la celebración del acto matrimonial y si existen las causas suficientes para demandar su ineficacia, en vista de que, tratándose de personas domiciliadas en el país, según su propia confesión, y que señalaron domicilio en el Perú y no en el extranjero al momento de celebrar el acto, y siendo conocedores de la vigencia de la legislación nacional hayan recurrido a otro Estado que permite este tipo de acciones a fin de evadir las prohibiciones que, de manera general, establece el marco normativo que regula sus actos;

e) pretender el reconocimiento de un matrimonio no regulado en el país, argumentando que fue válidamente celebrado en un país extranjero, representa un trato inequitativo para todos los demás connacionales que no tengan los recursos financieros para eludir dichas limitaciones con la celebración de su matrimonio en el exterior para posteriormente poder inscribirlos en el territorio nacional vía acción de garantías constitucionales; y,

f) la argumentación de no discriminación no puede llevar al extremo de que un individuo pueda imponer sus ideas o preferencias personales sobre las normas de convivencia de su comunidad, las cuales nacen de las regulaciones de orden legal que se emitan a través de sus organismos legalmente reconocidos para tales actos, y en nuestra realidad las leyes peruanas no admiten el matrimonio entre personas del mismo género, como no la admitían otros Estados hasta que se modificó su legislación. Bajo este sustento, también se debería amparar las pretensiones de aquellos peruanos que al amparo de la legislación de algunos países de Oriente pretendan inscribir matrimonios polígamos con el argumento de no discriminación.

3. Por su parte, el procurador público especializado en materia constitucional dedujo la excepción de falta de legitimidad para obrar del emplazado expresando que se advierte claramente que la demanda se dirige contra el Reniec por supuestas vulneraciones a sus derechos fundamentales en el procedimiento de modificación de su estado civil, por lo que solo a esta entidad puede considerarse como parte demandada. Recuerda que el marco jurídico de la procuraduría especializada en materia constitucional solo la autoriza a ejercer la defensa jurídica del Poder Ejecutivo en los procesos de acción popular, inconstitucionalidad o competenciales.

4. En primera instancia o grado se declaró fundada en parte la demanda y ordenó que, previo trámite administrativo, se inscriba en el Reniec el matrimonio civil del recurrente realizado en el extranjero. Asimismo, declaró improcedente la inaplicación del artículo 234 del Código Civil. A tal efecto, consideró que solamente el artículo 234 del Código Civil prescribe que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, y que esta es la norma por la cual la entidad emplazada interpreta que no se puede inscribir el matrimonio de los amparistas; empero, se debe recordar que los fines legales no

son necesariamente los fines constitucionales, pues la facultad que le otorga el artículo 4 de la Constitución al legislador para regular el matrimonio no le faculta para que restrinja el derecho de las personas de elegir con quien contraer matrimonio, por lo que la entidad administrativa realiza dicha interpretación en forma literal y aislada, prescindiendo del resto de normas del sistema jurídico, pues no lo hace al amparo del bloque de constitucionalidad que garantiza la igualdad de los ciudadanos para acceder al matrimonio el derecho a no ser discriminado por ninguna autoridad administrativa; y si a la luz de la Constitución no le es claro a la entidad demandada realizar dicha interpretación, conforme a la OC-24/17 (Opinión Consultiva realizada por Costa Rica), que ha establecido con claridad en el punto 8 de la parte resolutiva que "[d]e acuerdo a los artículos 1.1 (Todos los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención), 2 (persona es todo ser humano), 11.2 (nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o familia), 17 y 24 (todas las personas son iguales ante la ley) 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 respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. (...)". En tal sentido, el artículo 234 del Código Civil, en sí mismo, no es prohibitivo, establece un enunciado que puede ser interpretado de varias maneras, y si permite varias maneras de interpretación, conviene realizar la más adecuada a las reglas de interpretación constitucional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que la Opinión consultiva citada es de obligatorio cumplimiento.

5. En segunda instancia o grado se revoca la apelada, y, reformándola, declaró improcedente la demanda, por considerar que la negativa del Reniec de convalidar o registrar el matrimonio civil celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo es conforme a las disposiciones de rango constitucional y legal del ordenamiento jurídico peruano, de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte. En consecuencia, en atención a los artículos 5.1 y 38 del Código Procesal Constitucional, declaró improcedente la demanda, por cuanto no advirtió afectación al contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales invocados.

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

6. 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".

7. 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.

8. Por ende, y en tanto y en cuanto las alegaciones de la parte demandada así como de la resolución de segundo grado o instancia para rechazar la demanda, 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 de los demandantes.

9. 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.

10. Muchas veces se ha manifestado que la lista colocada en el artículo 2.2 de nuestra Constitución, en principio, 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").

11. 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 .

12. 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.

13. A su vez, mediante el escrutinio intermedio utilizado para materias como las de 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.

14. 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.

15. Todo ello suena muy importante, pero considero que 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 precisamente una lista taxativa, sino una enunciativa de los supuestos en los cuales puede generarse situaciones discriminatorias.

16. 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).

17. No hay pues, en el ordenamiento jurídico peruano, materias "más discriminatorias 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.

18. 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 *tertiumcomparationis*).

    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).

19. 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".

20. 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 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.

21. 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 Nº 1715, sobre los derechos humanos de las personas LGTBIQ, entre otros documentos.

22. 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 si ante una materia a la cual debe protegerse frente a su continua exposición a situaciones de discriminación.

23. 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 *iuscogens*.

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

24. 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 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.

25. 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.

26. 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.

27. 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).

28. 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 AtalaRiffo 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 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.

29. 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 reconzoco 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.

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

4.1. Sobre la supuesta falta de agotamiento de la vía

30. Reniec ha señalado que debe declararse improcedente la demanda, dado que no se ha iniciado la vía previa, es decir, no se ha iniciado algún procedimiento administrativo ante el Reniec requiriendo el registro del acta de matrimonio del demandante; sin embargo, el demandante supone que tal requerimiento será

rechazado por tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo y no por otra causal.

31. Sobre el particular, es menester señalar que la parte demandante viene solicitando básicamente que se ordene la inscripción, ante el Reniec, de su matrimonio, celebrado en el extranjero con Diego Alonso Urbina Fletcher, con los derechos y deberes que la ley franquea; y que, por ende, se inaplique al caso concreto lo dispuesto por el artículo 234 del Código Civil, que solo reconoce el matrimonio entre parejas heterosexuales (varón y mujer). Al respecto, 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. Además, es conocido el hecho de que Reniec ha denegado, en anteriores oportunidades, el derecho a la igualdad de una pareja de esposos al discriminarlos en razón de su orientación sexual (ejemplo, caso Oscar Ugarteche), es más, dicho órgano en lugar de allanarse a la demanda, la contradice y presenta alegatos que resultan claramente discriminatorios, con lo cual, lo más aconsejable pareciera ser recurrir directamente al proceso de amparo.

32. Siendo esto así, el presente caso involucra un juicio de puro Derecho que se dilataría innecesariamente si en la vía administrativa se interpusieran las solicitudes correspondientes, teniendo de antemano todos y cada uno de los pronunciamientos de dicho órgano registral con la denegación de asuntos de igual índole. El sustento del argumento de Reniec se nos presenta entonces como de gran debilidad, por decir lo menos.

4.2. Sobre la supuesta infracción al orden público internacional

33. Aquí tengo básicamente dos cosas que anotar: algo sobre los alcances que la ponencia quiere darle al concepto "orden público internacional", y luego algo más acerca de lo que ahora se 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 honrarse 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.

34. Además de no encontrar en el pedido de los demandantes 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.

35. 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 *iuscogens*. 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 *iuscogens*. Para decirlo en pocas palabras, se invoca el "orden público internacional" para desconocer o incumplir actuales alcances tal como veremos en este mismo texto.

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

36. 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.

37. 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.

38. 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.

39. 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.

40. 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.

41. 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 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.

42. 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 para el matrimonio igualitario, como veremos luego.

43. 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. 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.

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

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

44. 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.

45. 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 rectificada. 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.

46. 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.

47. 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 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.

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

48. 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 otorgar a la ciudadanía, y sobre todo a los sectores más vulnerables, la posibilidad de satisfacer de sus necesidades humanas básicas y su desarrollo interno, necesidades frente a las cuales lo que hoy conocemos como derechos son sus más calificados expresores en una sociedad determinada.

49. En ese contexto, la responsabilidad del juez o la juez constitucional es muy grande. Reconoce que existe una pluralidad de intérpretes vinculantes de la 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 capacidades 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 .

50. 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.

51. 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.

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

52. 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 interamericano ya se ha optado por un modelo de matrimonio que de manera exclusiva y excluyente implica una relación entre hombre y mujer. Nada más lejano de la realidad, como se verá de inmediato.

53. 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 "LizanaPuelles", 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.

54. 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 "AtalaRiffo" 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.

55. 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.

56. 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), 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.

57. 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, 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.

58. Explico de inmediato los alcances de lo que acabo de decir. Aquí hay una clara situación comparable (*tertiumcomparationis*): 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.

59. 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 los demandantes puedan 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 de los demandantes 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 particular.

60. 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 los demandantes. En ese mismo tenor, debe ordenarse a Reniec que inscriba el Acta de Matrimonio Civil celebrado en los Estados Unidos de Norteamérica por los señores Andrec Alonsso Martinot Serván y Diego Alonso Urbina Fletcher 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

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL