

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**INFORME JURÍDICO SOBRE EL EXPEDIENTE N.º
02743-2021-PA/TC**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Fabiana Andrea Chavez Arpi

ASESORA:
Renata Anahí Bregaglio Lazarte

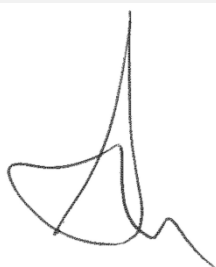
Lima, 2026

Informe de Similitud

Yo, BREGAGLIO LAZARTE, RENATA ANAHI, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “**Informe Jurídico sobre el Expediente N.º 02743-2021-PA/TC**”, del autor FABIANA ANDREA CHAVEZ ARPI, deo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 30/01/2026.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 30 de enero del 2026

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: BREGAGLIO LAZARTE, RENATA ANAHI	
DNI: 40284989	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4306-2511	

RESUMEN

El presente informe analiza la decisión del Tribunal Constitucional que declaró infundada la demanda presentada para obtener el reconocimiento en el Perú de un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo. El problema principal se centra en determinar si existe un deber constitucional y convencional que obligue al Estado peruano a reconocer dicho matrimonio. Para ello, se examinan los principios de igualdad, no discriminación, dignidad, así como la relevancia del bloque de constitucionalidad y los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

De los estándares normativos expuestos, cabe mencionar la Constitución Política del Perú, el Código Civil, la Opinión Consultiva 24/17, determinada jurisprudencia interamericana y aportes doctrinarios contemporáneos en cuanto a los derechos LGBTIQ+.

En el análisis se sostiene que, si bien el Tribunal Constitucional opera a partir de una lectura tradicional del concepto de institución matrimonial, dicha lectura resulta denigrante ante los estándares internacionales que prohíben la discriminación en función de la orientación sexual. A su vez, se sostiene que la negativa a otorgar el reconocimiento jurídico acarrea un trato desigual injustificado y que, por ende, existe un deber constitucional y convencional de garantizar el equivalente reconocimiento del derecho entre aquellos que integran una pareja del mismo sexo.

Palabras clave

Matrimonio igualitario; LGBTIQ+; No discriminación; Tribunal Constitucional; Derechos Humanos

ABSTRACT

This report analyzes the decision of the Constitutional Court that declared unfounded the lawsuit filed to obtain recognition in Peru of a marriage between two men celebrated abroad. The main issue centers on determining whether there is a constitutional and conventional duty that obliges the Peruvian State to recognize such a marriage. To this end, the principles of equality, non-

discrimination, and dignity are examined, as well as the relevance of constitutionality and the standards of the Inter-American Human Rights System.

Among the regulatory standards outlined, it is worth mentioning the Political Constitution of Peru, the Civil Code, Advisory Opinion 24/17, certain inter-American jurisprudence, and contemporary doctrinal contributions regarding LGBTIQ+ rights.

The analysis argues that, although the Constitutional Court operates on the basis of a traditional interpretation of the concept of marriage, this interpretation is degrading in light of international standards that prohibit discrimination on the basis of sexual orientation. In turn, it argues that the refusal to grant legal recognition leads to unjustified unequal treatment and that, therefore, there is a constitutional and conventional duty to guarantee equivalent recognition of the right among those who form a same-sex couple.

Keywords

Equal marriage; LGBTIQ+; Non-discrimination; Constitutional Court; Human Rights

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución	5
1.2 Presentación del caso y del análisis	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	6
2.1 Antecedentes	6
2.2 Hechos relevantes del caso	7
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	12
3.1 Problema principal	12
3.2 Problemas secundarios	12
3.3 Problemas complementarios	12
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	13
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	13
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	14
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	15
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	45

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	EXP. N.° 02743-2021-PA/ TC
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Derecho de Familia
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución 4, de 6 de junio de 2016 (Segundo Juzgado Constitucional de Lima) Resolución 12, de 2 de abril de 2018 (Sexto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima) Resolución 17, de 1 de agosto de 2019 (Sexto Juzgado Constitucional de Lima) Resolución 38, de 28 de mayo de 2021 (Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima)
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Andree Alonsso Martinot Serván y Diego Alonso Urbina Fletcher
DEMANDADO/DENUNCIADO	Procuraduría Pública Especializado en Materia Constitucional y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec)
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Jurisdiccional
TERCEROS	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
OTROS	NA

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

La resolución seleccionada resultada especialmente relevante porque aborda el reconocimiento en el Perú de un matrimonio celebrado en el extranjero entre dos hombres, un tema que se sitúa en el centro de la discusión contemporánea sobre igualdad, no discriminación y control de convencionalidad. Mi elección responde tanto a un interés personal por el estudio de los derechos de las minorías sexuales, como a la importancia jurídica que tiene el caso para comprender la interacción entre la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en particular la OC-24/17.

Asimismo, se trata de una resolución compleja, pues combina problemas de derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. La dificultad radica en la necesidad de armonizar el principio de igualdad y no discriminación, así como la fuerza normativa de las decisiones internacionales. Por ello, constituye un caso idóneo para realizar un análisis crítico que permita evaluar la coherencia del razonamiento jurisdiccional y su compatibilidad con los estándares convencionales vigentes.



1.2 Presentación del caso y del análisis

El caso aborda la solicitud de reconocimiento en el Perú de un matrimonio entre dos hombres celebrado en el extranjero y la negativa de inscribir dicho vínculo, al declarar la demanda como infundada. A partir de dicha controversia, el análisis se centra en determinar si existe un deber constitucional y convencional de reconocer el matrimonio; si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige a los Estados garantizar dicho acceso; y si la negativa configura un trato indiscriminado incompatible con la Constitución y tratados vigentes.

Desde mi postura, el reconocimiento sí constituye una obligación nacida de principios de igualdad y no discriminación, así como por los estándares consolidados por la Corte Interamericana, en particular, la OC-24/17, estándares que no fueron considerados como debían en la resolución analizada.

Para llevar a cabo el análisis se utilizan instrumentos como la Constitución Política del Perú, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Opinión Consultiva OC-24/17, jurisprudencia interamericana, europea e internacional relevante y la doctrina relevante en lo que respecta al control de convencionalidad, el matrimonio celebrado en el extranjero y los derechos LGBTIQ+. Las conclusiones hortan que la resolución refleja una interpretación reducida de los derechos involucrados y una débil articulación entre el derecho interno y las obligaciones internacionales del Estado.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

En el Perú, el matrimonio ha sido definido por el artículo 234 del CC como la “unión de un varón y una mujer”¹. En el Perú, el matrimonio ha sido definido por el

¹ Código Civil, Artículo 234.- Noción del matrimonio: 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.

artículo 234 del CC como la "unión de un varón y una mujer" entendida de una manera estrictamente heterosexual, que se erige como obstáculo para reconocer la unión entre personas del mismo sexo, pese a que la propia Constitución Política del Perú da cabida a derechos fundamentales, como la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. El Sistema Interamericano, en contraposición a las normas peruanas, ha elaborado un marco normativo interpretativo centrado en la protección de los derechos de las personas LGBTIQ+, la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, por ejemplo, establece que los Estados debe de reconocer el matrimonio igualitario en condiciones de igualdad; de tal manera que queda enmarcada por la obligación de los Estados parte que emana de la CADH, a partir de los principios de igualdad y no discriminación, así como a partir del derecho a la vida privada y familiar.

Mientras numerosos países² de la región ha avanzado en el ámbito de este reconocimiento, ya sea por la vía de la legislación positiva o de la judicial, en el Perú, todas las iniciativas normativas sobre matrimonio igualitario o uniones civiles han sido sistemáticamente archivadas, cualquiera sea su origen, evidencia de la polarización social frente los derechos LGTBIQ+. En esa línea de argumentación surge el caso *Martinot Serván vs. RENIEC*, que llegó al Tribunal Constitucional a partir de una petición de matrimonio celebrado en el extranjero entre dos varones, muy relevante para establecer el alcance de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado peruano.

2.2 Hechos relevantes del caso

El señor Andree Alonso Martinot Serván, de nacionalidad peruana, contrajo matrimonio civil con el señor Diego Alonso Urbina Fletcher en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, en el año 2015. Posteriormente, al regresar a

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

² En América Latina, el matrimonio igualitario ha sido reconocido, entre otros países, en Argentina (2010), Uruguay (2013), Brasil (2013, vía judicial), Colombia (2016), Ecuador (2019, vía Corte Constitucional), Costa Rica (2020) y Chile (2021).

su país de origen, Perú, el señor Marinot solicitó la inscripción de su matrimonio ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), con el fin de que fuera reconocido en el país, y por lo tanto, produzca efectos jurídicos.

Ante la negativa implícita del RENIEC de inscribir dicho matrimonio por tratarse de una unión entre personas del mismo sexo, situación que, según dicha entidad, contravenía lo estipulado en el artículo 234 del Código Civil, el 6 de diciembre de 2015, el señor Martinot Serván interpuso una demanda de amparo contra la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional y el RENIEC. En su demanda, se alegó la vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad. Asimismo, se solicitó que se ordene la inscripción de su matrimonio y, por consiguiente, se inaplique el artículo 234 del Código Civil, por ser contrario a la Constitución y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en particular, a la Opinión Consultiva OC-24/17.

En esta fase del procedimiento, el 15 de marzo de 2016, la Procuraduría Pública del RENIEC respondió la solicitud argumentando que no se había agotado la vía previa administrativa, y que el ordenamiento jurídico peruano sólo acepta el matrimonio entre un hombre y una mujer. En esa misma fecha, la Procuraduría Pública Especializada en materia constitucional interpuso la excepción de falta de legitimidad para obrar, entendiendo que la Procuraduría Pública Especializada no podía formar parte del procedimiento, pues no era parte directamente concernida con los hechos.

Luego, mediante Resolución N°4 de fecha 6 de junio de 2016, el Segundo Juzgado Constitucional de Lima declaró infundada dicha excepción, manteniendo a la Procuraduría Pública Especializada en el proceso. Posteriormente, el 19 de mayo de 2016, el demandante solicitó la incorporación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) como litisconsorte pasivo, así como la incorporación de su cónyuge Diego Alonso Urbina Fletcher como litisconsorte activo, pedido que fue acogido mediante Resolución N° 5, con fecha 12 de abril de 2017, que resolvió incluir al MINJUS como parte demandada, al ser la entidad encargada de la Política Nacional de Derechos Humanos y a

Diego Alonso Urbina Fletcher como parte demandante, en su calidad de cónyuge y titular conjunto del derecho invocado.

El proceso continuó y, mediante Resolución N° 17 del 1 de agosto de 2019, el Sexto Juzgado Constitucional de Lima declaró fundada en parte la demanda. En ese sentido, ordenó al RENIEC que, previo trámite administrativo, proceda a inscribir el matrimonio celebrado en el extranjero, aunque rechazó la inaplicación del artículo 234 del Código Civil. Dicha decisión fue apelada por la parte demandada y fue así que, la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución N° 38 del 28 de mayo de 2021, revocó la sentencia, declarando improcedente la demanda. En la Resolución se argumentó que la negativa del RENIEC era conforme con la Constitución y el ordenamiento jurídico peruano.

Frente a ello, los demandantes interpusieron un recurso de agravio constitucional, el cual dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 5 de abril de 2022, mediante la cual los magistrados del Tribunal declararon improcedente la demanda, al considerar que el matrimonio entre personas del mismo sexo no tiene reconocimiento constitucional en el país y que, además no se había agotado la vía previa administrativa correspondiente.

El TC, por cuatro votos, decidió admitir el recurso de amparo en el caso interpuesto por Andree Martinot Serván y Diego Urbina Fletcher; en este sentido, la mayoría de los magistrados que se alinean con esta decisión son los magistrados Sardón de Taboada, Ferrero Costa, Blume Fortini y Miranda Canales.

En base a estas premisas, defendieron la postura de que el matrimonio entre personas del mismo sexo no está reconocido en la constitución de la república del Perú, porque tanto la Constitución Política, al dictar los artículos 4 y 5, como el Código Civil, al dictar su artículo 234, así como los tratados internacionales que ha ratificado el Estado, definen el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer.

En particular, el magistrado Ferrero Costa afirmó que el matrimonio igualitario resulta incompatible con el orden público internacional, en la medida que, conforme a la Constitución y al Código Civil, el matrimonio es concebido como una unión heterosexual. Así, señaló expresamente que “conforme a los artículos 2049 y 2050 del Código Civil, el matrimonio entre personas del mismo sexo es incompatible con el orden público internacional (...) y para nuestra Constitución el matrimonio es heterosexual”. Asimismo, precisó que el artículo 234 del Código Civil “consagra como uno de 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”³.

En la misma línea, el magistrado Blume Fortini coincidió con la improcedencia de la demanda, señalando que cualquier forma de reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo debía canalizarse a través del legislador o, eventualmente, mediante una reforma constitucional y no por vía judicial. No obstante, indicó 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”⁴.

Por su parte, el magistrado Miranda Canales sustentó su voto principalmente en razones de carácter procesal, al considerar que los demandantes no habían agotado la vía administrativa previa ante el RENIEC, ya que “conforme a lo dispuesto en los artículos 7, inciso 4, y 43 del Código Procesal Constitucional, no se configuró ninguno de los supuestos de excepción al agotamiento de dicha vía”⁵.

³ Tribunal Constitucional, voto singular del magistrado Ferrero Costa, páginas 12-16 del EXP. N.° 02743-2021-PA/TC.

⁴ Tribunal Constitucional, voto singular del magistrado Blume Fortini, página 19 del EXP. N.° 02743-2021-PA/TC.

⁵ Tribunal Constitucional, voto singular del magistrado Miranda Canales, páginas 17-18 del EXP. N.° 02743-2021-PA/TC.

Igualmente, entendieron que la demanda debía ser declarada improcedente por no haberse culminado la vía administrativa previa ante el RENIEC. La mayoría de la sala también sostuvo que la Opinión Consultiva OC-24/17 de la CIDH, no otorgaba efectos vinculantes para el Estado peruano, ya que era solicitada por otro Estado e indicaron que la eventual recepción del matrimonio igualitario debía llevarse a cabo mediante una reforma legislativa o bien mediante una reforma constitucional, pero no por medio del recurso judicial.

Por otra parte, los votos de la mayoría Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron no votos concurrentes, sino que declararon fundada la demanda. Ambos magistrados coincidieron en que el Estado incurre en una denegación del reconocimiento del matrimonio celebrado en el extranjero de personas del mismo sexo y produce una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.

La magistrada Ledesma Narváez en su voto particular⁶, argumentó que el artículo 4 de la Constitución de la República “en ningún momento establece que el ‘matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer’, al contrario, lo expresa en el sentido de que el matrimonio debe ser promovido, y deja, en consecuencia, la regulación de esta institución al legislador”. Criticó muy duramente la decisión mayoritaria, en cuanto a que establece una regla de “separados pero iguales” y en cuanto que el Tribunal actuó “como si fuere un Tribunal de la Santa Inquisición, queriendo reprimir y castigar a quienes no se ajustaban al estándar”, lo que constituye un “modelo de retroceso” y una “discriminación”.

Por su parte, el magistrado Espinosa-Saldaña⁷ refutó la exigencia de agotar la vía administrativa, sosteniendo que para el caso “no parece ser necesario contar

⁶ Tribunal Constitucional, voto singular de la magistrada Ledesma Narváez, páginas 20-65 del EXP. N.º 02743-2021-PA/TC.

⁷ Tribunal Constitucional, voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña, páginas 66-82 del EXP. N.º 02743-2021-PA/TC.

con una etapa probatoria (...) RENIEC ha denegado, en anteriores oportunidades, el derecho a la igualdad de una pareja de esposos al discriminarlos en razón de su orientación sexual (...) 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”. En cuanto al fondo, sostuvo que “no existe pues consagración constitucional del matrimonio heterosexual” que excluya otras formas. Asimismo, enfatizó la obligación de aplicar el control de convencionalidad, precisando que la OC-24/17 “no se trata de una recomendación, sino de un procedimiento vinculante” que obliga al Estado Peruano a establecer una regulación tuitiva para los matrimonios igualitarios.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿Constituye un deber constitucional y convencional el reconocimiento en el Perú de un matrimonio celebrado en el extranjero entre dos hombres?

3.2 Problemas secundarios

¿El Derecho Internacional de los Derechos Humanos prevé una obligación de reconocer y garantizar el matrimonio igualitario?

¿Implica el incumplimiento del deber estatal de reconocer el matrimonio igualitario un trato discriminatorio contrario a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

A partir del marco constitucional peruano y de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es posible adelantar algunas respuestas iniciales a las cuestiones planteadas.

Conforme con la pregunta que se plantea en relación con el problema central : la cuestión sobre la existencia de un deber constitucional y convencional de reconocimiento en el Perú de matrimonios contra dos en el extranjero es necesario tomar en consideración tres elementos: (i) la cláusula de derechos implícitos y el principio de igualdad ante la ley; (ii) la fuerza normativa que tienen los tratados de derechos humanos ; y (iii) las obligaciones que surjan del estatus conyugal adquirido válidamente en otro país. En principio, se puede afirmar que, si un enlace ha sido establecido en matrimonio bajo la forma que permite la ley extranjera, y esta no va contra el orden público internacional (visto desde la perspectiva de los derechos humanos), el Estado peruano debe asegurar un trato legal que evite la discriminación y que sea consecuente. Esto no quiere decir igualar por completo todas las instituciones familiares, pero sí requiere explicar con rigor cualquier distinción fundada en la orientación sexual de quienes se casan.

Respecto del primer problema secundario, la existencia de una obligación internacional de reconocer y garantizar el matrimonio igualitario, tanto la CIDH como la Corte IDH han afirmado que los Estados deben asegurar que las parejas del mismo sexo tengan acceso, en igualdad en condiciones, a las instituciones jurídicas vinculadas a la vida familiar. A pesar de que ningún otro instrumento del sistema interamericano menciona de manera específica el matrimonio, la interpretación evolutiva que se ha propuesto sobre el derecho a la igualdad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la protección de la vida privada y familiar ha llevado a poder sostener que la exclusión absoluta de las parejas del mismo sexo no está constitucionalmente justificada. Preliminarmente, puede afirmarse que existe entonces una obligación estatal de otorgarles reconocimiento jurídico, ya sea mediante la figura del matrimonio o a través de otra que garantice la protección sustantiva.

Respecto al segundo problema secundario, en cuanto a la negativa de reconocer el matrimonio igualitario depara una situación de discriminación en contra de la Constitución, la respuesta preliminar es en este sentido positiva. La diferenciación que se establece de un grupo respecto a otro en base únicamente a su orientación sexual requiere a la vez una justificación de una gran consistencia, pues se trata de una categoría históricamente atada a prácticas de exclusión. Pero si el Estado concede los efectos plenos a los matrimonios entre los heterosexuales celebrados en el extranjero, y no concede la validez correspondiente a los matrimonios entre personas del mismo sexo, está incurriendo en un trato desigual que no se evidencia basado en criterios razonables ni objetivos. Desde esta línea, la falta de reconocimiento puede ser considerada incluso como una violación del principio de la igualdad y no discriminación.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

El fallo que niega efectos jurídicos en el Perú a un matrimonio entre dos hombres celebrado válidamente en el extranjero parte de una lectura restrictiva tanto de la Constitución como de los compromisos internacionales asumidos por el Estado. La decisión mantiene una interpretación estática del concepto de

matrimonio y se apoya en una noción de orden pública que no se corresponde con el entendimiento contemporáneo de los derechos fundamentales.

Asimismo, dejar de lado el contenido del exigible OC-24/17. La propia resolución no expone el criterio vinculante del cual surge la obligación del Estado de reconocer y garantizar, sin discriminación, el acceso a los mecanismos que protegen la vida familiar a las parejas del mismo sexo, utilizando incluso el control de convencionalidad.

Esa falta de consideración del OC-24/17 ejemplifica una mala respuesta entre el derecho interno y las obligaciones convencionales, pero conduce a una decisión que establece un trato distinto injustificado. El desarrollo más amplio de estas críticas se dejará estampado seguidamente.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Constituye un deber constitucional y convencional el reconocimiento en el Perú de un matrimonio celebrado en el extranjero entre dos hombres?

El estudio del problema central requiere realizar una interpretación sistemática de la jurídica constitucional y convencional vigente en el ordenamiento del Perú. En primer lugar, se debe señalar que la Constitución peruana establece como principio fundamental el principio de la igualdad y el derecho a la no discriminación, y establece la cláusula abierta de los derechos fundamentales que excluye las interpretaciones literales cuya adecuación literal obliga a una lectura sistemática y de carácter pro persona del ordenamiento constitucional.

Como señala César Landa, “la dignidad como derecho tiene como una de sus notas esenciales el ser un derecho relacional”, esto significa que se va a configurar una afectación “a través de la afectación de otros derechos fundamentales” (2010, p.20). Desde esta perspectiva, las interpretaciones que generan exclusiones injustificadas en función de la orientación sexual de una persona no solo comprometen el principio de igualdad, sino que inciden directamente en la dignidad de las personas afectadas.

Desde el plano convencional, el problema planteado se inserta en el marco de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano en materia de Derechos Humanos, especialmente las relacionadas con el principio de igualdad y no discriminación por motivo de orientación sexual, tal como han sido interpretadas por los órganos del sistema interamericano. Estas interpretaciones, al ser criterios autorizados de lectura de la Convención Americana, inciden directamente en la configuración de los derechos familiares y en los deberes estatales de reconocimiento y protección.

En ese sentido, para determinar si existe un deber constitucional y convencional de reconocer en el Perú un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo no puede abordarse aisladamente sino abordarlo desde dos aspectos: (i) examinar si del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se desprende una obligación positiva de reconocer y garantizar el matrimonio igualitario y, (ii) analizar si la negativa estatar a dicho reconocimiento constituye un trato discriminatorio contrario a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos.

Ambos aspectos serán desarrollados en los problemas secundarios que siguen, a fin de construir el marco normativo aplicable y su aplicación al caso concreto, de manera que permitan responder de manera integral el problema principal planteado.

¿El Derecho Internacional de los Derechos Humanos prevé una obligación de reconocer y garantizar el matrimonio igualitario?

En la sentencia del TC, se declaró improcedente la demanda de amparo al considerar que el matrimonio entre personas del mismo sexo no tiene reconocimiento constitucional ni convencional en el ordenamiento jurídico peruano. Ello debido a que la mayoría del Tribunal sostuvo en sus fundamentos que los tratados internacionales de derechos humanos, incluida la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), reconocen el matrimonio únicamente entre un hombre y una mujer, interpretando que dichos instrumentos

protegen la unión de “dos personas de sexo opuesto” y no “de las personas, con independencia de su sexo”⁸. Asimismo, afirmaron que la OC-24/17 de la CIDH no resulta vinculante para el Estado peruano, argumentando que se trató de una consulta realizada por otro Estado (Costa Rica) y concluyendo que “el Perú no tiene, pues, por qué sentirse obligado por una opinión consultiva que jamás solicitó”⁹. En ese contexto, el problema consiste en determinar si de los tratados internacionales de derechos humanos puede derivarse una obligación positiva para los Estados de reconocer el matrimonio igualitario y como dicha obligación puede desplegar efectos en el ordenamiento jurídico peruano.

Cabe precisar que, aunque la mayoría del Tribunal declaró improcedente el presente caso, alegando la falta de agotamiento de la vía administrativa, este argumento resulta ineficaz frente a una vulneración de derechos fundamentales. Como mencionamos anteriormente, el magistrado Espinosa-Saldaña en su voto singular¹⁰, indicó que exigir el tránsito por una vía administrativa ante un ente (RENIEC) que vulnera esos derechos carece de idoneidad y dilata innecesariamente la tutela urgente requerida. Superado este obstáculo formal, corresponde analizar el fondo de la controversia a la luz de las obligaciones constitucionales y convencionales.

Marco normativo aplicable para resolver el problema planteado:

El análisis del presente caso exige examinar las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el fin de analizar los principios de igualdad, no discriminación y protección de la vida familiar, así como las interpretaciones que de ellas han realizado los órganos internacionales competentes. Dicho estándar se deriva de la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como la Opinión Consultiva OC-24/17 de la CIDH, los

⁸ Tribunal Constitucional, fundamentos 12 y 16.

⁹ Tribunal Constitucional, fundamentos 19 y 20.

¹⁰ Tribunal Constitucional, voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña, páginas 66-82 del EXP. N.º 02743-2021-PA/TC.

cuales orientan la interpretación de los derechos fundamentales en el ámbito interno y permite determinar si los Estados tienen una obligación positiva de reconocer el matrimonio igualitario.

Para iniciar hay que estudiar el marco de la obligación de no discriminación y los principios de igualdad y no discriminación. Dicho marco y los principios conllevan obligaciones de los Estados, las cuales pueden tener un carácter negativo, en el sentido del deber de abstenerse de realizar actos de discriminación, así como también estar constituidas por obligaciones positivas, tales como la adopción de todas aquellas medidas dirigidas a la consecución de una igualdad real frente a la erradicación de las prácticas discriminatorias.

Su definición puede considerarse como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. Dicha definición nace del artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 y ha sido extendida por analogía a otros ámbitos, incluidos el género y la orientación sexual como motivos prohibidos para generar situaciones de discriminación.

Si bien la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, elaborada hace ya unos años, contaba con una definición de discriminación, dicha definición no sólo ha sido mantenida sino también ajustada y ampliada en determinados términos para poder hacer frente a la situación actual. Un ejemplo del proceso evolutivo del término discriminación es el SIDH, en especial la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia de 2013. En dicho instrumento se mantiene la estructura de 1965, pero se amplía el catálogo de motivos prohibidos y añade el concepto de intolerancia, demostrando que, a pesar de que las categorías de protección se expandan, la definición base de la discriminación permanece sin

cambios en su estructura lógica. Así, la definición de discriminación es “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Parte. (...) Puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”.

A partir de dicha definición, es posible desglosar de dicho mandato de no discriminación tres elementos concurrentes que son indispensables para su configuración jurídica. En primer lugar, una conducta de distinción, exclusión o restricción, lo que implica un trato diferenciado o una barrera que impide el acceso a un derecho. En segundo lugar, se debe configurar un nexo causal con un motivo prohibido. En ese sentido, la distinción no es aleatoria, sino que se fundamenta en una característica específica de la persona o grupo. Finalmente, se establece la falta de justificación objetiva y razonable o desproporcionalidad. Es importante resaltar que no toda distinción es discriminatoria, lo que la caracteriza es cuando dicha distinción carece de una justificación legítima o cuyo medio no es proporcional al fin perseguido, anulando o menoscabando el reconocimiento de derechos. Así, Bayefsky afirma que no toda diferencia de trato es discriminatoria, sino únicamente aquella que no responde a un objetivo legítimo o que resulta desproporcionada en relación con el fin que se pretende alcanzar (Bayefsky, 1990, pp.32-33). En este contexto que nos ocupa es de gran relevancia el análisis del motivo prohibido dado que se vincula a esas características que han sido de manera histórica el fundamento lastimoso de la subordinación, el estigma y la exclusión. Las mencionadas características son aquellas conocidas como principalmente la raza, el sexo, la religión, la orientación sexual, la nacionalidad, la edad, la discapacidad, entre otras; y que son tomadas en consideración como categorías sospechosas, entendiéndose que

dan pie a la existencia de prácticas discriminatorias estructurales. Su utilización activa un estricto estándar de control por parte del juzgador.

Ciertamente, en la citada Convención Interamericana contra todas las formas de Discriminación e intolerancia de 2013 se incorpora de forma expresa la orientación sexual como un motivo prohibido, sin embargo, el Estado peruano, no forma parte de este instrumento. Pero la ausencia de priorización por parte del Estado peruano de este instrumento específico no significa desprotección ya que preventivamente, desde el plano jurisprudencial, la CIDH ha consagrado esta brecha normativa.

En el ámbito interamericano, la CIDH en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* del 2012, comparte dicha definición y también establece una obligación clara para los Estados: deben evitar activamente cualquier acción, ya sea mediante la creación de leyes o a través de prácticas de la vida real, que resulte en una diferencia de trato injustificada y violatoria de los derechos humanos. Por su parte, la Asamblea General de la OEA, mediante la Resolución Derechos Humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, rechaza y condena “todas las formas de discriminación contra personas por motivo de orientación sexual e identidad o expresión de género”. Asimismo, sobre recomendaciones para los Estados les insta “a que eliminen, allí donde existan, las barreras que enfrentan las personas LGTBI (...) en otros ámbitos de la vida pública así como evitar interferencias en su vida privada” (2013, párr.1). En este marco, la resolución busca reafirmar que la discriminación no se reduce a una diferencia de trato forma, sino que también comprende prácticas desde los Estados que perpetúan situaciones de exclusión o vulnerabilidad.

En el sistema interamericano, el principio de igualdad y no discriminación tiene carácter de *ius cogens*, según lo reconocido por la Corte IDH en los casos *Atala Riffo* y en la Opinión Consultiva OC-18/03. Al ser normas de derecho internacional que integran el orden público internacional, no pueden oponerse ni al resto de normas del DIDH ni a las normas domésticas de los Estados. En ese sentido, “se encuentran en una posición jerárquica superior a la del resto de las normas jurídicas, de manera que la validez de estas últimas depende de la

conformidad con aquéllas” según la OC-18/03. Esto significa que los Estados cuentan con una obligación vinculante, independientemente de su ratificación expresa.

Para el caso concreto, la Corte IDH en el caso Atala Riffo reconoció que la orientación sexual ha sido históricamente un motivo de estigmatización y de exclusión, motivo por el cual los Estados deben adoptar medidas para buscar revertir y prevenir esa situación. La negativa de aceptar el matrimonio igualitario, no solo es una diferencia normativa, sino la expresión de una discriminación estructural que reproduce patrones de subordinación y limita el acceso igualitario a derechos civiles por parte de la población LGBTIQ+.

En ese sentido, el mandato de no discriminación no sólo abarca la prohibición de que un Estado lleve a cabo actos discriminatorios por razón de las causas prohibidas por la propia Convención, sino también la facultad de llevar a cabo medidas positivas al efecto de garantizar igualdad. Se encuentra así alineado con el artículo 2 de la Convención Americana, que establece el deber de los Estados de adecuar su legislación interna a los efectos de hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención Americana. La Corte IDH también se hace eco de este deber en su OC-24/17 cuando señala que la negativa al acceso del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo reproduce y legitima la discriminación estructural, y que, en consecuencia, los Estados han de garantizar la igualdad sustantiva mediante la adecuación de sus normas internas, garantizando la efectiva consideración en esta última de todas las familias independientemente de su composición.

Para abordar específicamente el motivo prohibido de discriminación basado en orientación sexual, el cual es reconocido en la jurisprudencia interamericana como una categoría protegida bajo los artículos 1.1 y 24 de la CADH, la Corte IDH ha establecido en sentencias que serán desarrolladas a continuación, que esta lista de motivos es abierta y evolutiva, por lo que debe interpretarse a la luz de los cambios sociales, dentro de los cuales se encuentran a la orientación sexual y la identidad de género. Uniendo este concepto y materializándolo al caso concreto, los Estados no solo tienen el deber de abstenerse de discriminar

a personas por su orientación sexual y/o identidad de género, sino que también deben adoptar medidas para erradicar la falta de acceso a derechos civiles que históricamente han afectado a las personas LGBTIQ+.

En el caso *Atala Riffo*, la Corte IDH sentó un importante precedente al considerar que la orientación sexual está amparada por el mandato de no discriminación al cual se refiere el artículo 1.1 de la CADH. El tribunal concluyó a que la interpretación de la Convención es que “la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención; en consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica estatal, ni la conducta de un particular, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona en función de su orientación sexual” y, por otro lado, que toda diferenciación en base a esta categoría debe ser sometida a un test estricto de justificación, como que se trata de un grupo históricamente marginado.

Más tarde, la Corte en el caso *Duque vs. Colombia* del 2016, amplió el estándar mencionado al sostener que el derecho a la igualdad exige que, en condiciones equivalentes, se reconozcan las relaciones de afecto entre personas del mismo sexo; porque en este sentido, al no existir la ley, es posible profundizar la exclusión vulnerando el derecho a la dignidad humana.

Asimismo, la corte en el caso de *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú* del 2020, cerrando la ampliación del estándar respecto de la obligación del Estado para prevenir, investigar y sancionar la violencia y la discriminación por la orientación sexual o identidad de género, indico que los Estados deben adoptar políticas integrales de prevención, capacitación y reparación para erradicar estas malas prácticas.

Por último, en el caso de *Freire vs. Ecuador* del 2021, la Corte enfatizó su posición respecto a que los Estados deben ejercer la debida diligencia en situaciones donde existen indicios de las prácticas de violencia en relación a la orientación sexual o identidad de género, dado que los Estados no actúan puede constituir una modalidad de discriminación institucional. En este sentido, la obligación de no discriminar no presupone únicamente la existencia de leyes que

propendan a la inclusión, sino que también se mide la actuación de las autoridades en función de las actividades que deben realizar para la protección de las víctimas.

Habiendo introducido, así, el marco sobre la discriminación y el motivo prohibido sobre la orientación sexual, es importante señalar no sólo su adecuación a los artículos 1, 2, 17 y 24 de la CADH, en tanto base del principio de igualdad, sino que también es la obligación estatal de adecuación de las normas del ordenamiento jurídico para garantizar la efectividad de los derechos.

Así, el artículo 1.1 dispone que los Estados parte de la CADH “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Dicha cláusula general de no discriminación sienta la base para el análisis realizado por la CIDH, de forma que debe ser una disposición de aplicación transversal a todos los derechos reconocidos en la Convención, lo que implica que el goce de cualquier derecho debe realizarse en condiciones de igualdad.

Por su parte, el artículo 24 de la Convención articula de nuevo lo anterior, al referirse a que “todas las personas son iguales ante la ley” y por tanto “tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. En el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, la Corte ha sostenido que la igualdad no significa sólo trato igual, sino que implica la prohibición de distinciones que no se apoyen en una justificación objetiva y razonable. En este caso, el Tribunal decidió explícitamente que la orientación sexual es una categoría protegida por la cláusula de no discriminación que el artículo 1.1 asegura y que, por ende, cualquier tratamiento distinto a aquel que se refiere a esta debe someterse a un estricto examen de justificación.

Habiendo cubierto el tema de igualdad establecido por la CADH, es importante analizar si es que existe una obligación respecto a que, reconocida esta igualdad

ante la ley, se puedan modificar normas de derecho interno para hacer efectivos dicho derecho reconocido.

En ese sentido, el artículo 2 de la Convención impone a los Estados el deber de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Esta disposición es de especial relevancia en el caso del matrimonio igualitario, ya que implica que el Estado no sólo debe abstenerse de realizar un trato diferenciado – discriminar – a los sujetos de derecho, sino adoptar medidas positivas para garantizar la igualdad material, incluso cuando requiera modificación de normas internas que resulten discriminatorias, por lo tanto, incompatibles con la Convención.

El razonamiento de la Corte, entonces, reafirma la naturaleza evolutiva y progresiva de la interpretación de los derechos humanos, conforme al artículo 29 en el sentido de que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados a suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos. Asimismo, se debe tener en cuenta el principio pro persona, como guía de interpretación que elija la que mayormente favorezca los derechos humanos de las parejas del mismo sexo que decidan contraer matrimonio.

Como lo ha sostenido la Corte IDH en el fundamento 58, “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”¹¹. En ese marco, la Corte ha precisado que sus Opiniones Consultivas poseen un valor interpretativo autorizado de las obligaciones convencionales asumidas por

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 58; artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; cfr. Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) Vs. Guatemala, párr. 193; Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica, párr. 245; Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, párr. 245.

los Estados. Asimismo, se menciona que la orientación sexual e identidad de género son categorías prohibidas de discriminación y que los Estados tienen el deber positivo de reconocer las relaciones entre personas del mismo sexo, y garantizar que accedan a los derechos de la institución jurídica del matrimonio, en condiciones de igualdad con las parejas heterosexuales.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) refuerza los principios de igualdad y no discriminación a través de los artículos 23 y 26. Si bien el artículo 23 establece derechos relacionados a la vida familiar, el artículo 26 cuenta con una mención explícita para la protección efectiva contra toda forma de discriminación por motivos prohibidos. Esta cláusula ha permitido que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, haya enfatizado que la protección que ofrece el PIDCP debe leerse a la luz del artículo 26, que reconoce que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Asimismo, los juzgados de derechos humanos han apoyado el criterio que se acaba de presentar. El Tribunal Europeo, en el caso *Fedotova et al vs. Rusia*, ha mostrado que los Estados deben dar un sistema legal que acepte y cuide bien las relaciones entre personas del mismo sexo, pues su falta en la protección legal implica un trato injusto que va contra la idea de igualdad.

En ese sentido, el PIDCP, impone a los Estados una obligación de garantizar la igualdad de derechos en el acceso a las instituciones civiles relacionadas con la vida familiar, como el matrimonio. En ese sentido, la negativa a reconocer el matrimonio o alguna forma similar de unión entre personas del mismo sexo constituye un trato diferenciado, que, conforme al artículo 26 carece de justificación razonable y proporcional y por lo tanto, discriminatoria.

Profundizando en los instrumentos internacionales sobre la temática, resulta ser importante reflexionar detenidamente la Opinión Consultiva 24/17 emitida por la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), que fue emitida el 24 de noviembre de 2017 por requerimiento del Estado de Costa Rica. La Opinión Consultiva 24/17 referida se refiere así constituye un documento con el desarrollo más actualizado del estándar interamericano en materia de igualdad y diversidad sexual. En esta opinión, la Corte interpretó los artículos 1.1., 11.2, 17 y 24 de la CADH (Convención Americana de Derechos Humanos), concluyendo que los Estados tienen la obligación de reconocer y garantizar todos los derechos derivados de una relación familiar entre personas del mismo sexo, incluido el acceso al matrimonio civil.

El Tribunal sostuvo que no existe ninguna razón constitucional o convencional que justifique excluir a las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial, al señalar que “establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia - sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil - no logra superar un test estricto de igualdad”¹². Asimismo, precisó que “no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual”¹³, en tanto ello configurarían una distinción fundada en la orientación sexual incompatible con la Convención Americana. Finalmente, la Corte concluyó que los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras existentes en el ordenamiento interno “incluyendo el derecho al matrimonio”¹⁴, a fin de asegurar la protección de los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, en condiciones de igualdad y sin discriminación, compatible con los artículos 1.1 y 24 de la Convención.

Otro tema relevante de dicha OC es que la Corte precisó que los Estados tienen la obligación de adecuar su derecho interno para eliminar cualquier norma, práctica o decisión judicial que impida el goce igualitario de los derechos reconocidos en la Convención. Si bien las OC no tienen los efectos propios de

¹² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 220.

¹³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 224

¹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, punto resolutivo 8.

una sentencia contenciosa, la Corte ha sostenido que su interpretación de la Convención genera obligaciones para todos los órganos del Estado a través del control de convencionalidad. En efecto, la Corte, en su párrafo 26, recordó que cuando un Estado es parte de un tratado como la Convención Americana, este “obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo”, razón por la cual resulta necesario que dichos órganos realicen el correspondiente control de convencionalidad “también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva”¹⁵.

Adicionalmente, este deber tiene su fundamento en la función que desempeña la Corte en cuanto a una opción de la que es intérprete autorizado del tratado, ya que ha afirmado expresamente que, por ser la “última intérprete de la Convención Americana”, tiene competencia para emitir “con plena autoridad” las interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención¹⁶. De esta forma, la Corte ha sostenido que la interpretación convencional desarrollada mediante la opinión consultiva constituye una fuente jurídica a la cual deben ajustarse todos los órganos de los Estados miembros, lo cual está destinado “especialmente de forma preventiva, a obtener el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos”¹⁷ y que establece un estándar interpretativo que deben acatar los Estados al diseñar, interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico interno.

Finalmente, es importante mencionar a los Principios de Yogyakarta (2007) sobre la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, los cuales constituyen un instrumento de soft law que ha sido también reconocido por la Corte Interamericana como guía interpretativa en materia de diversidad sexual y de género. Si bien no son jurídicamente vinculantes, suman los esfuerzos desde el Derecho Internacional para tener un análisis evolutivo del derecho y dictar disposiciones a Estados para garantizar la igualdad y no discriminación sin distinción por orientación sexual o identidad de género.

¹⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 26.

¹⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 16.

¹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 27.

Específicamente sobre el tema de matrimonio, el Principio 24 establece que “toda persona tiene derecho a fundar una familia y que las leyes y políticas deben garantizar ese derecho sin discriminación alguna”. Por su parte, el Principio 25 indica que los “Estados deben garantizar el acceso igualitario de las personas a las instituciones civiles del matrimonio y otras formas de reconocimiento familiar”, asegurando que los beneficios y responsabilidades derivadas de tales instituciones se puedan aplicar en igualdad de condiciones.

Aplicación al caso concreto

El artículo 17 de la CADH establece que “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”. Si bien dicho párrafo puede leerse de manera literal como un precepto que solo contempla a una pareja heterosexual, refleja el contexto en el que fue redactada la Convención en 1969, cuando la noción de matrimonio respondía a un modelo heteronormativo. Sin embargo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) no se quedó estático en el tiempo: a medida que los Derechos Humanos han evolucionado y gracias a la jurisprudencia emitida por los tribunales internacionales, dicha interpretación se ha vuelto más amplia para reconocer la diversidad de formas familiares existentes. En el DIDH la posición del matrimonio igualitario no es unívoca, sino que los diversos sistemas internacionales cuentan con posturas diferenciadas, conforme a su línea jurisprudencial.

Sin embargo, con respecto a la interpretación del artículo 17, este precepto no ha sido objeto de interpretación de parte de la Corte Interamericana a propósito de los casos contenciosos; sólo en la OC-24/17, la Corte Interamericana indicó que la orientación sexual y la identidad de género eran categorías alcanzadas por el ámbito de protección del artículo 1.1 de la Convención.

En el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH), adoptada en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en decisiones jurisprudenciales como el caso Juliet Joslin y otros vs. Nueva Zelanda en el año 2002, se ha

indicado que el artículo 23 del PIDCP, al referirse al “hombre y la mujer”, no impone la obligación de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo a los Estados. En dicha comunicación, el Comité consideró que la redacción del tratado reflejaba la intención de los Estados al momento de su adopción.

Por su parte, el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH) ha mantenido una posición basada en el margen de apreciación nacional, apostando por una posición intermedia. En el caso *Schalk y Kopf vs. Austria* del año 2010, el Tribunal Europeo sostuvo que el artículo 12 del Convenio Europeo que reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, no obliga a los Estados a reconocerlo para parejas del mismo sexo, aunque tampoco les prohíbe hacerlo. En ese sentido, se reconoció que la noción de matrimonio no es inmutable, por lo que los Estados cuentan con un margen de apreciación para adaptarla a los cambios sociales. Más adelante, en el caso *Oliari y otros vs. Italia* del 2015, el mismo Tribunal concluyó que la ausencia total de reconocimiento de las parejas del mismo sexo vulnera el artículo 8 del Convenio, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, sin extenderlo expresamente al matrimonio. En consecuencia, en el estándar europeo se cuenta con una interpretación gradual, que reconoce la diversidad familiar, pero mantiene el margen estatal en la definición del matrimonio.

Esta línea jurisprudencial ha sido continuada mediante supuestos posteriores, insistiendo en que, aunque el Convenio Europeo no requiere que haya de ser reconocido el matrimonio igualitario, se establece la obligación que tienen los Estados de otorgar algún tipo de reconocimiento y protección jurídica efectiva a las relaciones entre personas del mismo sexo. En este sentido, la tendencia del Tribunal es gradual y firme, en el sentido de que reconoce la diversidad familiar y, por consiguiente, obliga a la protección jurídica de las parejas del mismo sexo, al tiempo que mantiene el margen de apreciación sobre el matrimonio.

En contraste con los sistemas universal y europeo, el SIDH ha optado por una interpretación evolutiva y progresiva del artículo 17 de la CADH. Esto se ha realizado no solo a nivel jurisprudencial, sino también mediante la OC-24/17 en la que la Corte reinterpretó la disposición de que la referencia al hombre y la

mujer no puede entenderse como una restricción al acceso de parejas del mismo sexo al matrimonio civil, y lo leyó en armonía con los artículos 1.1, 2 y 24 de la CADH. En ese sentido, los tratados de derechos humanos son “instrumentos vivos que deben interpretarse a la luz de las condiciones actuales de la sociedad”, por lo que, excluir a las parejas del mismo sexo a dicha categoría constituye una forma de discriminación estructural.

La OC-24/17, por lo tanto, marcó la obligación de los Estados de posibilitar el acceso a todos los tipos existentes en sus respectivos derechos positivos, incluido el matrimonio, sin que pudiera ejercerse ningún tipo de discriminación basada ni en la orientación sexual ni bien en la identidad de género. Pero, también, incluyó la evolución en la interpretación y por ello sugirió una manera de abordar el matrimonio de manera que el artículo 17 se interprete en coordinación con los artículos 1 ° 1. y 24. Esta forma de interpretar el SIDH es mucho más amplia, porque establece directamente la obligación positiva del Estado en el sentido de admitir una adecuación normativa a los derechos de las personas LGBTQI+, aunado a ello, establece que la exclusión de las parejas del mismo sexo carecerá de una justificación objetiva, tan pronto como una final que constituirá una infracción frente al principio de igualdad y la no discriminación.

De la interpretación conjunta de la CADH, del PIDCP, de la OC-24/17 y de los Principios de Yogyakarta, también se extrae un mismo estándar: los Estados están obligados a garantizar la plena igualdad en el acceso a las instituciones jurídicas concernientes a la vida familiar, por ejemplo, al matrimonio civil, sin distingo alguno de la orientación sexual o de la identidad de género.

La ausencia de este reconocimiento no sólo conlleva la infracción del principio de igualdad y no discriminación, sino que además pasa por alto el deber de adaptación normativa estipulado en el artículo 2 de la CADH y el principio de avance gradual de los derechos humanos, según la lectura moderna de la teoría interamericana.

De los instrumentos internacionales, jurisprudencia y doctrina analizada se deduce una línea interpretativa uniforme para el caso del Sistema

Interamericano: los Estados están obligados a garantizar la plena igualdad en el acceso a las instituciones jurídicas concernientes a la vida familiar, por ejemplo, al matrimonio civil. La falta de tal reconocimiento no sólo importa la violación del principio de igualdad y no discriminación, sino que además ignora el deber de adecuación normativa previsto en el artículo 2 de la CADH y el principio de progresividad de los derechos humanos.

¿Como se materializa, entonces, dicha obligación? No se logra desde una lectura literal de la Constitución o del Código Civil, sino mediante una interpretación sistemática y conforme a los derechos humanos, tomando en cuenta los tratados ratificados por el Perú y la jurisprudencia interamericana aplicable. De esta forma, la obligación de no discriminar despliega efectos en el derecho interno, incluso frente al debate sobre la aparente incompatibilidad entre ciertas disposiciones constitucionales y civiles y el reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo.

En ese sentido, Zelada mantiene que, respecto al caso peruano, la dificultad para lograr el matrimonio civil no viene forzosamente del texto constitucional, ya que el artículo 4 de la Constitución no limita de forma clara o indirecta el matrimonio a las parejas heterosexuales (Zelada, 2022, p. 364).

Entonces, dicha cuestión puede ser superada mediante una interpretación conforme a los derechos humanos, tomando en cuenta el bloque de constitucionalidad y convencionalidad. Bien lo ejemplifica Zelada al citar la resolución de primera instancia en tanto “no se hace necesaria la inaplicación del artículo 234 del Código Civil para inscribir el matrimonio igualitario”, ya que dicha omisión “se complementa interpretando la norma en forma favorable a los derechos humanos”¹⁸, y de ese modo, el derecho a contraer matrimonio reconocido a las parejas heterosexuales se complementa con el derecho de contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo (Zelada, 2022, p.367).

¹⁸ Sexto Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 20900-2015. Sentencia de 1 de agosto de 2019, considerando décimo.

En consecuencia, independientemente de la técnica empleada, el resultado es el siguiente: las obligaciones internacionales vigentes obligan al Estado peruano, y al RENIEC a reconocer los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero, en cumplimiento con el deber de adecuación normativa previsto en el artículo 2 de la CADH. En ese sentido, dicha autoridad debe ejercer sus competencias conforme al bloque de constitucionalidad y deber de adecuación previsto en el artículo 2 de la CADH.

¿Implica el incumplimiento del deber estatal de reconocer el matrimonio igualitario un trato discriminatorio contrario a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos?

En el Exp. 2743-2021-PA/TC, el TC declaró improcedente la demanda presentada por Andree Alonso Martinot Serván y Diego Alonso Urbina Fletcher, quienes contrajeron matrimonio en Nueva York. Dentro de la sentencia y de sus votos singulares, el Tribunal desarrolla argumentos que, en los hechos, terminan justificando la exclusión de los demandantes y niegan el reconocimiento de su vínculo matrimonial. Esta postura resulta problemática frente al derecho a la igualdad y no discriminación, reconocido por la Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que integran el bloque de constitucionalidad.

Por ello, de esta manera se explica la importancia de introducir el concepto de control de convencionalidad para un caso concreto. Si bien la disposición que constaba en el Código Procesal Constitucional ha sido derogada, diversos autores como Zelada (2020), Bregaglio & Lengua (2019) y Nikken (1999) sostienen que el control de convencionalidad impone que los Estados concilien su derecho interno con los estándares interamericanos: invocan que la OC, aunque esta es consultiva, se torna parte de la jurisprudencia interamericana y, por consiguiente, debe ser considerada como obligatoria para aquellos Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa, como es el caso de Perú.

Marco normativo aplicable para resolver el problema planteado:

Respecto a la igualdad ante la ley, la Constitución peruana en su artículo 2 inciso 2, reconoce dicho derecho, estableciendo la “igualdad ante la ley” por lo que “nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Al incluir la disposición de “cualquier otra índole” se entiende que la cláusula tiene un carácter abierto y evolutivo, de modo que se puede incluir a la orientación y la identidad de género como criterios adicionales.

Como se ha mencionado anteriormente, la igualdad ante la Ley y mandato de no discriminación se mencionan en la CADH (artículos 1.1 y 24) respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar derechos fundamentales sin discriminación, garantizando la igualdad ante la Ley. Asimismo, la OC-24/17 concluyó que el negar el acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo constituye una forma de discriminación estructural, incompatible con el principio de igualdad y la obligación de la CADH de adecuar el derecho interno para prevenir estos actos. Según la Corte, los Estados tienen la obligación de reconocer y garantizar los derechos derivados de las relaciones familiares entre personas del mismo sexo, lo cual incluye el acceso igualitario al matrimonio civil.

Entonces, en el caso específico, se requiere verificar si, a pesar de encontrarse el Estado peruano a garantizar la igualdad y adecuar las leyes internas para prevenir actos de discriminación estructural, existe otro mecanismo mediante el cual se pueda tomar en cuenta las normas internacionales y su compatibilidad – o no – con el derecho interno. Para ello, es importante analizar el control de convencionalidad, derivado del artículo 1 de la CADH y desarrollado desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, el cual exige que todas las autoridades, especialmente los jueces, verifiquen la compatibilidad de las normas internas con la Convención y con la interpretación que de ella realiza la Corte Interamericana. Esto se reafirmó en decisiones posteriores, como en caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* del 2006, y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* del 2010, donde la Corte precisó que son todas las autoridades públicas, y no únicamente los jueces constitucionales, los que están obligados a ejercer el

control de convencionalidad dentro de sus competencias. Asimismo, si bien no se especifica en ningún cuerpo normativo, para el caso en concreto, la OC-24/17 indica que forma parte del corpus iuris interamericano sobre igualdad y diversidad sexual. La Corte sostuvo que las opiniones consultivas, junto con sus sentencias, “integran el corpus iuris del derecho interamericano de los derechos humanos” y constituyen “criterios hermenéuticos obligatorios” para los Estados parte.

El control de convencionalidad, si bien no está delimitado en ningún cuerpo normativo internacional, se considera un deber complementario al control de constitucionalidad. Y es que el control de constitucionalidad controla la conformidad de las normas con la Constitución, el control de convencionalidad administra la conformidad de las normas con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte. Este principio se encuentra establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que establece que no puede invocarse el derecho interno como justificante del incumplimiento de las obligaciones internacionales.

Desde este punto de vista, el control de convencionalidad deviene una obligación que responde ineluctablemente a lo establecido por los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, lógica que se ha desarrollado jurisprudencialmente desde la resolución Almonacid Arellano. Esta obligación requiere que toda autoridad pública y no sólo los jueces procedan a determinar las posibles diferencias que existan entre el contenido de normas que forman parte del ordenamiento y las decisiones que se han adoptado por la Corte Interamericana considerando la interpretación de los derechos contenidos en la CADH. En este sentido, el Tribunal Constitucional peruano también declaró que dicha obligación existía incluso en casos como el Exp. N.º 002-2013-PI/TC (Trabajadores Cesados del Congreso), según el cual, las autoridades públicas deberán interpretar el derecho interno por referencia al derecho internacional de los derechos humanos.

Desde una perspectiva doctrinal, Carlos Zelada sostiene que las opiniones consultivas “son vinculantes, pero no por sí mismas, sino gracias al control de

convencionalidad” (2020, p.17). En ese sentido, si bien no tienen la misma fuerza vinculante ni la potencia normativa de una sentencia contenciosa, generan efectos jurídicos innegables en tanto cuentan con una interpretación autorizada de la Corte IDH y la Convención Americana. En ese sentido, Zelada afirma que dichas opiniones adquieren carácter vinculante de facto a través del control de convencionalidad, en la medida en que los órganos del Estado están obligados a tomar en cuenta la interpretación de la Corte Interamericana al aplicar y adecuar el derecho interno. Así, si bien las opiniones consultivas no resuelven controversias específicas ni cuentan con mecanismos de supervisión propios, su consideración resulta ineludible para los Estados parte al adecuar su derecho interno y evitar incurrir en responsabilidad internacional.

De la misma forma, Bregaglio y Lengua indican que “más allá del control de convencionalidad, es fácil concluir que el día que llegue a la CIDH y Corte IDH un caso sobre matrimonio igualitario, la decisión irá encaminada en el mismo sentido que la Opinión Consultiva 24” (2019, p. 47). Estas aproximaciones desde la doctrina permiten concluir que, el contenido normativo de las opiniones consultivas no puede ser ignorado por los Estados parte de la Convención Americana ya que a través del control de convencionalidad y su interpretación conforme, pueden proyectar efectos jurídicos en el ámbito interno.

Para el caso concreto, la negativa del Tribunal Constitucional peruano a usar la OC-24/17 supone una quiebra con el sistema interamericano. Tal como se indicó antes, las opiniones consultivas son ideas interpretativas obligatorias dentro del control de convencionalidad, sobre todo si encierran el deber estatal sobre respeto de derechos sin discriminación ninguna, tal y como lo fija el artículo 1.1 de la CADH. La OC-24/17, pues, define un nivel claro: ideas como la orientación sexual y la identidad de género son causas prohibidas de discriminación, y los Estados deben garantizar una forma de amparo parecida para las parejas del mismo sexo.

En el texto de Zelada, Serrano menciona sobre la OC-24/17 que la Corte IDH

(...) indicó que la inexistencia de un régimen jurídico que le permita a las parejas del mismo sexo gozar de los mismos derechos que las parejas heterosexuales es incompatible con la prohibición de discriminación, los Estados partes de la Convención Americana que no cuenten con dicho marco incurrirían en un supuesto de violación de dicho instrumento y podrían ser condenados por ello. Visto de esta manera, aunque las opiniones consultivas no cuenten formalmente (...) con puntos resolutivos ni un mecanismo de supervisión, su incumplimiento sí puede constituir fuente de responsabilidad internacional porque el tratado que interpretan es de carácter vinculante (2020, p.13).

De este modo, la relevancia de las opiniones consultivas no se explica por su fuerza ejecutiva propia, sino por su función interpretativa del tratado y su incorporación obligatoria en el parámetro del control de convencionalidad que deben aplicar los estados parte.

Conforme con lo que sostiene Carlos Zelada y con la praxis de la Corte Interamericana, el control de convencionalidad se extiende también a las Opiniones Consultivas, pues éstas cumplen la función de interpretaciones auténticas de la Convención. Por más que las OC no decidan problemas concretos, sí determinan estándares normativos obligatorio para los estados al precisar el contenido y alcance de los derechos. Por ello, la OC-24/17, que tiene por objeto reconocer la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación y exige un marco jurídico igualitarista, debía ser contemplada por el Tribunal Constitucional según el año de la sentencia que es objeto de apreciación, a saber, en el 2021.

A su vez, en Perú, el Tribunal Constitucional ha reconocido la validez del control de convencionalidad en casos como el Exp. N.º 002-2013-PI/TC, Trabajadores cesados del Congreso, donde señaló que los jueces nacionales deben interpretar las normas internas de conformidad con los tratados de derechos humanos. Asimismo, el control de convencionalidad en el ordenamiento peruano tuvo originalmente un reconocimiento expreso en el Código Procesal Constitucional (CPC). Previo a su derogación, el artículo VIII del Título Preliminar establecía que los derechos constitucionales debían interpretarse “de

conformidad con la DUDH, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos según tratados de los que el Perú es parte”. Sin embargo, tras la modificación del CPC, dicho artículo fue modificado.

La nueva redacción del artículo VIII del Título Preliminar del CPC indica que la interpretación debe hacerse según los fallos de cortes internacionales de derechos humanos en los juicios donde el Perú está involucrado. Este cambio ha generado muchas dudas, ya que reduce de forma clara el espacio de interpretación de los jueces y acorta el alcance del control de convencionalidad, sobre todo en resoluciones que no impliquen de forma directa al Perú como Estado demandado.

No obstante, es importante resaltar que dicha modificación del CPC no exonera al Estado peruano de sus obligaciones internacionales. La CIDH ha sido explícita en afirmar que el control de convencionalidad deriva directamente de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, por lo que no depende de que exista una norma interna que lo reconozca. En ese sentido, aún cuando el CPC haya derogado dicha cláusula, no afecta el deber del Estado y de sus órganos, de asegurar la compatibilidad entre la normativa interna y la interpretación que la Corte le ha dado a la Convención.

Por ello, si el Perú enfrenta en el futuro ante la CIDH un proceso en el que el supuesto de hecho coincida con un caso previamente resuelto por el Tribunal, y las autoridades no realizaron el control de convencionalidad en sus decisiones internas, la consecuencia será clara: se declarará la responsabilidad internacional del Estado.

Incluso si se prescinde del control de convencionalidad, los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional son de por sí inadmisibles. La definición del artículo 234 del Código Civil que determina que el matrimonio debe limitarse “a un varón y una mujer” implica la exclusión de las parejas del mismo sexo y reproduce una discriminación estructural injustificable. La jurisprudencia interamericana es unánime en considerar que no existe ningún tipo de

justificación objetiva o razonable para toda distinción que tenga como fundamento la orientación sexual (Atala Riffo; OC-24/17). Estas pautas se incorporan al contenido del artículo 2.2 de la Constitución por vía del principio pro persona, el cual establece que el juez está obligado a tomar aquella interpretación que más convenga a la protección del derecho. Resulta que, aun sin el control de convencionalidad, el razonamiento del TC debe vulnerar el principio de igualdad y la prohibición de discriminar.

A la luz de haber señalado la importancia del control de convencionalidad para un caso concreto es preciso hacer mención de un tópico más: el principio de igualdad y la proscripción de la discriminación estructural. La discriminación puede aparecer, no solo en las diferencias de trato que se establecen, sino también como una exclusión estructural de los derechos en la medida en que una norma, aparentemente neutra, puede llegar a tener consecuencias disparatadas para quienes son objeto de la norma que se considera como no discriminatoria. Aplicando el mismo razonamiento a la temática del matrimonio igualitario, la definición que hace propio el artículo 234 del Código Civil estableciendo que “el matrimonio es la unión voluntaria de un varón y una mujer” ocasiona un efecto de exclusión respecto a las parejas del mismo sexo, ya que se impide el acceso a una institución civil que otorga reconocimiento jurídico, como también el acceso a derechos patrimoniales.

En virtud de la jurisprudencia interamericana, una distinción jurídica basada en la orientación sexual no tiene justificación objetiva y razonable. La Corte IDH en el caso Atala Riffo, ha sostenido que el deber del estado de respetar y garantizar los derechos, significa la eliminación de prácticas y normas que perpetúan estigmas y desigualdades que han sido históricas. La Corte IDH, en la OC-24/17, reafirma que negar a las parejas del mismo sexo el matrimonio es reproducir patrones de discriminación estructural y, simultáneamente, comunica un mensaje de subordinación social que vulnera la dignidad humana.

En el marco interno, el artículo 2.2 de la Constitución debe interpretarse a la luz de los artículos 1.1 y 24 de la CADH, integrando el principio pro persona. En este sentido, el principio pro persona establece que el juez deberá preferir la norma e

interpretación que más favorezca la tutela de los derechos fundamentales. Habrá que precisar; sin embargo, que, aún regulado el control de convencionalidad, el anterior Código Procesal Constitucional se refería explícitamente a la obligación de ejercer control de convencionalidad, suponiendo que las normas internas deben interpretarse de conformidad con las sentencias emanadas de los órganos interamericanos en los que el Perú es parte. Con la reforma del Código, esta disposición fue suprimida, limitándose a señalar que los jueces deben interpretar el control de convencionalidad a la luz de las sentencias de los órganos internacionales de los que el Perú es parte. De otra parte, esta reforma en particular no debería implicar que el Estado peruano se exima del ejercicio correcto de la obligación internacional de efectuar control de convencionalidad.

Aplicación al caso concreto:

El TC entiende que no había discriminación ni infracción al derecho a la igualdad, pues la Constitución y el Código Civil previenen el matrimonio como unión entre un varón y una mujer, lo que supondría una delimitación y no una exclusión arbitraria. El TC estableció, en el fundamento 17 de la sentencia, que tal concepción “forma parte del orden público internacional”¹⁹, por lo que en el Perú no es posible reconocer un derecho adquirido en el extranjero que no sea conforme a la definición interna. También, en relación con el derecho a la igualdad, en el fundamento 18 se establecía que había a de interrelacionarse de forma sistemática con el artículo 5 de la Constitución sobre el matrimonio, afirmando que “definir una institución supone, forzosamente, delimitar su contenido”²⁰, por lo que la exclusión de parejas del mismo sexo no es discriminación, sino consecuencia derivada de la definición misma del matrimonio conforme a la Constitución.

En oposición a la argumentación de la mayoría, los votos en minoría sostuvieron la existencia de un trato discriminatorio en virtud de que al grupo reducido le era excluido el acceso a una institución civil. En la individual disidencia de la

¹⁹ Tribunal Constitucional, fundamento 17 de la EXP. N.º 02743-2021-PA/TC.

²⁰ Tribunal Constitucional, fundamento 18 de la EXP. N.º 02743-2021-PA/TC.

magistrada Ledesma Narváez se califica esta exclusión como un "notorio caso de discriminación"²¹, en tanto que delimita el acceso al matrimonio tomando en cuenta un criterio prohibido, a saber, la orientación sexual; para la magistrada, la fundamentación de la mayoría determinó una diferencia, en atención a la situación, entre ciudadanos, por un lado, aquellos que cuentan con una protección constitucional plena y, por otro lado, aquellos que cuentan con una situación de desventaja estructural. Así, se genera una lógica de "separados pero iguales", totalmente incompatible con el principio de la igualdad, pues no resulta posible, a la luz de lo que determina la Constitución, que el Estado reconozca derechos a uno determinado grupo, mientras niega los mismos a una minoría que ha sido históricamente objeto de discriminación.

Por su parte, en el voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, la exclusión del matrimonio es analizada a través del test de igualdad, concluyendo que la distinción carece de justificación objetiva y razonable. El magistrado sostiene que "reconocer la existencia del colectivo LGTBIQ, pero negarle la oportunidad de, por ejemplo, el reconocimiento jurídico de su vida en pareja" constituye una "cruel manera de discriminar" ²². Esto se traduce a decir que existen personas con derechos completos y otras con derechos incompletos. Desde esta perspectiva, la exclusión del matrimonio no puede ser considerada una mera delimitación institucional sino un supuesto de discriminación constitucionalmente prohibido.

Al resolver que no existe un deber constitucional ni convencional de reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el exterior en personas unidas en un matrimonio en el Perú y de declarar que la demanda es improcedente, se deja en los solicitantes en situación de desprotegidos y discriminados. Ello, porque atendiendo los estándares internacionales de igualdad y no discriminación, el Perú sí tiene la obligación de garantizar efectos a esas uniones. La improcedencia procesal esconde la falta

²¹ Tribunal Constitucional, voto singular de la magistrada Ledesma Narváez, páginas 20-65 del EXP. N.º 02743-2021-PA/TC. Fundamentos 60-67 y 92.

²² Tribunal Constitucional, voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña, páginas 66-82 del EXP. N.º 02743-2021-PA/TC. Fundamentos 29, 58 y 59.

de voluntad del Tribunal de pronunciarse de fondo sobre la tensión entre la Constitución y las obligaciones internacionales, así como el carácter evolutivo que debe imprimirse a esa norma. La negativa del TC, entonces, no sólo se desconoce el deber del control de convencionalidad, sino que también es hace que se mantenga el estado de discriminación.

Tal como menciona Fernández (2014) a partir del artículo 5 de la Constitución pueden desprenderse dos lecturas: (i) una interpretación restrictiva, que limitaría la protección constitucional a las parejas heterosexuales, y (ii) una interpretación conforme a derechos que reconoce que “una lectura literal del artículo 5 y que se agota en lo que expresa el lenguaje de esa regla, entra en contradicción con el principio de igualdad, el mandato de no discriminación y la autonomía individual” (p. 95). En esa línea, la autora precisa que, si no existe una “justificación poderosa” para excluir del reconocimiento constitucional a las convivencias entre personas del mismo sexo, el artículo 5 no puede interpretarse como si la Constitución “solo consagra el concubinato heterosexual”. Por el contrario, la diversidad de proyectos de vida familiar “encuentra amparo constitucional” en los principios que subyacen al texto constitucional y que han sido desarrollados progresivamente por el Tribunal Constitucional (Fernández, 2014, p. 95). Una lectura constitucional coherente con los derechos fundamentales y con las obligaciones internacionales del Estado exige superar interpretaciones restrictivas que perpetúan exclusiones basadas en la orientación sexual.

En esa línea, la negativa del Estado peruano a reconocer matrimonios entre personas del mismo sexo sí que representa un caso de discriminación, ya que utiliza la orientación sexual como criterio de exclusión, lo que supone una vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 2.2 de la Constitución peruana, así como de los derechos fundamentales establecidos en los artículos 1 y 24 de la CADH, en contraposición con toda la jurisprudencia interamericana que exige igualdad sustantiva.

Existen dos caminos argumentativos que conducen a dicha conclusión. Primero se encuentra el control de convencionalidad, el cual obliga al Tribunal

Constitucional a interpretar el artículo 234 del Código Civil conforme a la Convención, así como las interpretaciones de la Corte, como es el caso de la OC-24/17, la cual forma parte del corpus iuris interamericano y establece que el derecho al matrimonio debe reconocerse sin distinción por orientación sexual. En ese sentido, el TC debió ejercer dicho control y adecuar su decisión a ese estándar. Al no hacerlo, incumplió dicha obligación internacional y desconoció la autoridad interpretativa de la Corte.

En segundo lugar, incluso si no se considerara la fuerza vinculante de la OC-24/17, el TC debió reconocer el matrimonio en el caso específico mediante una interpretación evolutiva y conforme al mandato de no discriminación que fue analizado anteriormente. Como se ha mencionado anteriormente, los artículos 1.1 y 24 de la CADH, así como el artículo 2.2 de la Constitución peruana imponen un deber de eliminar toda distinción injustificada basada en motivos prohibidos, entre ellos, la orientación sexual. Aún sin la OC-24/17 y su carácter vinculante, el mandato de no discriminación e igualdad ya obligaba a adoptar una interpretación compatible con la dignidad y libertad personal. Desde los estándares interamericanos, la negativa del Estado peruano a reconocer matrimonios entre personas del mismo sexo constituye discriminación, pues utiliza la orientación sexual como criterio de exclusión. Ello vulnera tanto el artículo 2.2 de la Constitución como los artículos 1.1 y 24 de la CADH, contrariando la exigencia de igualdad sustantiva desarrollada por la Corte.

En ese sentido, Tribunal Constitucional no solo rechazó el carácter vinculante de la OC-24/17, argumentando que fue emitida en el marco de una consulta específica de Costa Rica y que, por ende, no obliga a los Estados a reconocer el matrimonio igualitario sino que también omitió el mandato de no discriminación, utilizando razonamientos propios de una visión restrictiva y regresiva, alejada del marco de DDHH. Dichos razonamientos corresponden a argumentos que enmarcan al matrimonio solo con fines de reproducción proveniente de una “ley natural” o “voluntad divina”, argumentos incompatibles con un Estado constitucional y laico como el Perú, donde las normas deben interpretarse a la luz de los DDFF y no solo de convicciones religiosas o morales.

Esto se comprueba sobre todo en el voto discrepante del magistrado Ferrero Costa, quien recae en una concepción finalista y esencialista del matrimonio, la cual asocia el matrimonio con la concepción de esta institución como perjudica, derivada de la complementariedad sexual, el poder procreador, la especie humana. Esta apreciación alude de manera implícita a la "ley natural" vista como un orden objetivo, anterior al derecho positivo, que define al matrimonio como la unión heterosexual orientada a la procreación.

Por otro lado, si bien el magistrado postula que su postura no proviene de una visión religiosa, su razonamiento reproduce aspectos de la tradición que contempla el matrimonio como una institución que tiene una dotación sacramental o ética muy particular, cuyas características no pueden ser modificadas por decisión estatal. Son todos estos argumentos, en base al fin reproductivo y a una supuesta esencia inalterable del matrimonio, los que llevan al magistrado a negar que puedan las uniones que tengan lugar entre personas del mismo sexo recibir el mismo reconocimiento jurídico, aun cuando acepte la legitimidad social de las mismas.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

Sobre el problema respecto de si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prevé una obligación de reconocer y garantizar el matrimonio igualitario, se concluye que, aunque el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no contiene un mandamo explícito que obligue a los Estados a adoptar el matrimonio igualitario en su legislación interna, sí establece obligaciones positivas derivadas del principio de igualdad y no discriminación. En específico, la OC-24/17 de la Corte Interamericana, esto es, el desarrollo de estipulaciones que guían a los Estados hacia el reconocimiento jurídico de las parejas de un mismo sexo. Sin embargo, dado que no existe una disposición convencional precisa, el Constitucional consideró que el reconocimiento de un matrimonio no era la vulneración a un deber convencional de tipo específico. Aun así, se llega a una conclusión a partir de la interpretación del Constitucional, el cual resulta ser una interpretación restrictiva y también desconoce la tendencia

jurisprudencial que se encuentra en el contexto de la región que se encuentra a favor de una evolución de conceptos con base en estándares internacionales.

El segundo problema secundario se refería al hecho de que la falta de cumplimiento del deber estatal de reconocer el matrimonio igualitario supondría un caso de trato discriminatorio contrario a la Constitución y contrario a los tratados de derechos humanos que el Estado ha ratificado, concluyéndose que el hecho de no reconocer el matrimonio entre dos hombres, constituyendo una diferencia de trato en razón de la orientación sexual, contradice lo previsto por el derecho internacional y la jurisprudencia interamericana. El Tribunal Constitucional, dentro de este marco, descartó la existencia de una discriminación, ya que en su opinión la diferencia de trato derivaba de la definición legal del matrimonio y ésta no respondía a un prejuicio que discrimina a las parejas homosexuales. Si bien la decisión fue declarada infundada, el presente estudio llega a la conclusión de que sí existe un impacto discriminatorio que es incompatible con la configuración del estándar de protección reforzado de aquellos grupos históricamente vulnerados.

Por último, en relación al tema que ha sido objeto de estudio, también se concluye que aun cuando la Constitución peruana no prevea de manera expresa el matrimonio igualitario y el Tribunal Constitucional siga manteniendo una interpretación del artículo 234 del Código Civil que ha ido quedando obsoleta, existe un conjunto de principios constitucionales y evolutivos que permiten que se afirme que el Estado tiene un deber de reconocimiento de formas familiares diversas, así como a nivel convencional si bien el texto no consta de forma expresa en el bloque de constitucionalidad, el deber de no discriminación y la jurisprudencia interamericana giran en el sentido que existe una obligación de garantizar el acceso en condiciones de igualdad plena a las instituciones jurídicas que protejan el ejercicio de la vida familiar.

Por ello, respondiendo la pregunta principal materia de análisis del presente Informe, sí que existe un deber constante y convencional de avanzar en el sentido del reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo, también a pesar de que la decisión objeto de análisis haya sido calificada como

infundada. La resolución analizada da cuenta de una interpretación restringida y que no resulta ajustada a los estándares contemporáneos de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bayefsky, A. F. (1990). *El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional*. *Human Rights Law Journal*, 11(1–2), 1–34. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>
2. Bregaglio Lazarte, R., & Lengua Parra, A. (2019). *¿Dijo que sí? El camino del matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (pp. 19–50). En E. Zuta Vidal & J. Tello Mendoza (Eds.), *¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo*. Editorial Jurídica THEMIS. Recuperado de: <https://vlex.com.pe/source/replanteamos-matrimonio-debate-torno-matrimonio-personas-mismo-sexo-57865>
3. Clérico, L. (2020). El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos: Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH. *Revista Derecho del Estado*, 46(abril), 57–83. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6500/8847>
4. Código Civil Peruano. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>
5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Violencia contra personas LGBTI en América*. CIDH. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>
6. Comisión Internacional de Juristas (CIJ). (2007). *Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/leg/resol/cij/2007/es/58135>
7. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2002). *Joslin et al. v. New Zealand* (Comunicación No. 902/1999). Recuperado de: <https://juris.ohchr.org/casedetails/995/en-US>
8. Constitución Política del Perú. (1993). Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) v. Guatemala*. Sentencia de 19 de

- noviembre de 1999. Recuperado de:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf
10. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *El derecho a la información sobre la asistencia consular* (Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999). Recuperado de:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2099/2.pdf>
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* (Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003). Recuperado de:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>
12. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006a). *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Recuperado de:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006b). *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Recuperado de:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
14. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Recuperado de:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343&lang=es
15. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Recuperado de:
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
16. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") v. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Recuperado de:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
17. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* (Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017). Recuperado de:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
18. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Caso Duque v. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de febrero de

2021. Recuperado de:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf
19. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Caso Flor Freire v. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Recuperado de:
https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/flor_freire_18_10_23.pdf
20. Fernández Revoredo, M. S. (2014). *La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú* (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Recuperado de: <https://tesis.pucp.edu.pe/items/e871df09-9754-4ce3-b386-d40f972ab1b2>
21. IDEHPUCP / Pontificia Universidad Católica del Perú. (2021, 25 de mayo). ¿Puedes ver el arcoíris? Lucha y resistencia al matrimonio igualitario en el Perú. *Memoria: Revista sobre cultura, democracia y derechos humanos*, (33). <https://idehpucp.pucp.edu.pe/revista-memoria/puedes-ver-el-arcoiris-lucha-y-resistencia-al-matrimonio-igualitario-en-el-peru/>
22. Landa Arroyo, C. (2010). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/420e7128-c4d5-4274-9ec3-1fccb20d1f95/content>
23. Naciones Unidas. (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Recuperado de:
https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf
24. Nikken, P. (1999). La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI* (pp. 171–176). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>
25. Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. Recuperado de:
https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
26. Organización de los Estados Americanos (2013). Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género (AG/RES. 2807 [XLIII-O/13]). Recuperado de: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf

27. Serrano, S. (2020). Presentación. En C. Zelada. *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte IDH? Una propuesta de reforma para un problema de antaño*. Promsex. <https://promsex.org/wp-content/uploads/2020/05/Son-vinculantes-las-opiniones-consultivas-de-la-Corte-IDH.pdf>
28. Tribunal Constitucional del Perú. (2020). *Exp. N.º 01739-2018-PA/TC (Óscar Ugarteche v. RENIEC)*. Sentencia del 3 de diciembre de 2020. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/tc-demanda-reconocer-matrimonio-homosexual-expediente-01739-2018-aa-tc/>
29. Tribunal Constitucional del Perú. (2022). Sentencia 172/2022 (Exp. N.º 02743-2021-PA/TC, Lima). Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/02743-2021-AA.pdf>
30. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010). *Schalk and Kopf v. Austria*. Sentencia de 24 de junio de 2010. Recuperado de: [https://hudoc.echr.coe.int/#{?%22itemid%22:\[%22001-139406%22](https://hudoc.echr.coe.int/#{?%22itemid%22:[%22001-139406%22)
31. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2015). *Oliari and others v. Italy*. Sentencia de 21 de julio de 2015. Recuperado de: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-INT.-TEDH.-OLIARI-AND-OTHERS-v.-ITALY.pdf>
32. Zelada, C. J. (2020). *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte IDH? Una propuesta de reforma para un problema de antaño*. Promsex. <https://promsex.org/wp-content/uploads/2020/05/Son-vinculantes-las-opiniones-consultivas-de-la-Corte-IDH.pdf>
33. Zelada, C. J. (2022) Mucho ruido por (casi) nada: Perú. En M. Fuchs, & M. Hennig Leal (Eds.). (2022). *Un análisis a partir del matrimonio civil igualitario* (pp. 345-377). Konrad Adenauer Stiftung. <https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2023/03/DC-MARZO-2023.pdf#page=345>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 172/2022

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC

LIMA

ANDREE ALONSSO MARTINOT

SERVÁN

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 Alonso 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 Alonso 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 inconveniente 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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; e) 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 competencias.



EXP. N.º 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 Alonso 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 previa (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

2021



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 resolutive 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), 1.2 (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, revocó la 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* [énfasisañadido].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

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 [énfasisañadido].

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.

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 [énfasisañadido].

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*



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

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 [*énfasisañadido*].

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.



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

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



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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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:

Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 frecuente –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 diferenciado².

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. *Ibidem*, p. 41.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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).

mmj



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 Humanos⁵, 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 Europeo⁶.

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 contraer matrimonio.**- A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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.

⁷Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 0014-2007-PI/TC, fundamento 12.

⁸*Idem*.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 Alonso 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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.º 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 había dispuesto por Acuerdo de Pleno del 10 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.

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 Alonso 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:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 Montero⁹ 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 continúe 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 Ipsos¹¹, 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.

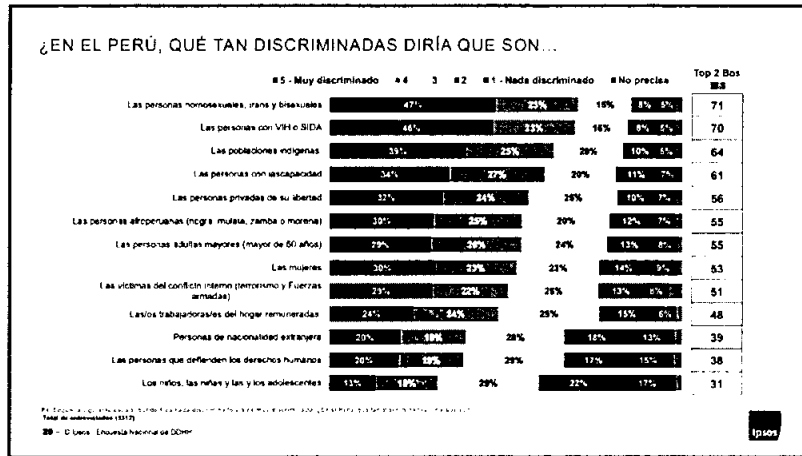
¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2002, p.303.

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

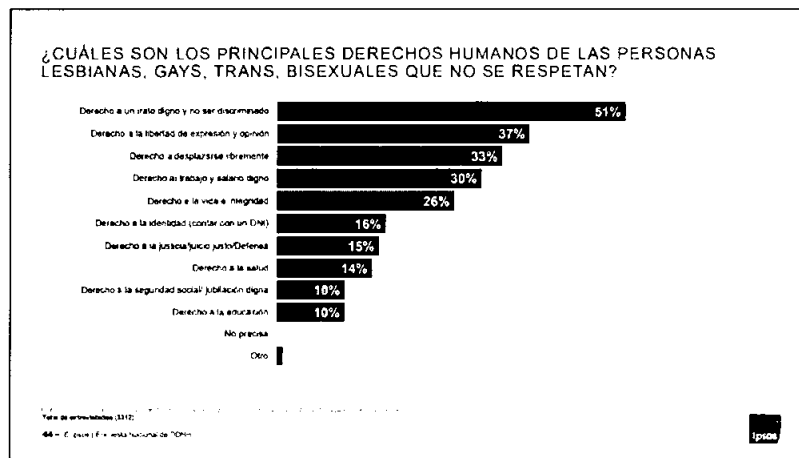


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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



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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 Alonso 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 interpretación 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

i) **La interpretación 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 reconstituidas¹³.

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 mundo¹⁴.

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

¹²Corte 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 libertad¹⁵.

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 Marriage Act* 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 *frozen concepts*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 moderna¹⁷.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

Es necesario recordar que no solo los tribunales son responsables de reivindicar los derechos consagrados en la Carta de Derechos¹⁸.

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 creer¹⁹.

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 Law Journal*, Vol. 17, Núm. 3, p. 540



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio²⁰.

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 heterosexuales²¹.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 necesario²³.

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

²²Ley 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.º 2018012782, pág. 21.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 ordenamiento²⁴.

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 automática²⁵.

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

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

²⁵ Tribunal Supremo de Brasil. Acción Directa de Inconstitucionalidad 4277. Voto del Ministro Ayres Britto, párr. 34




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 tratados²⁶.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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, *legibus solutus*, es claro que en el contexto actual del pensamiento jurídico tal afirmación resulta, cuanto menos, imprecisa"²⁷.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

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 Derechos 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 contenido literal del artículo 17.2 de la Convención, 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 derecho 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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.




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

tribunales internos toman en cuenta los desarrollos existentes en el ámbito internacional, sea a escala regional o mundial³¹.

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 sexo³².

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

³¹Krisch, Nico (2012). *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 8

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 género³³.

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 coadyuvan 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 pensarán que la Constitución debiera ser la piedra de toque de la interpretación

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

constitucional, no puede entenderse que la Constitución deba ser interpretada de forma tal que sólo se refiera a los temas que existieron doscientos años atrás³⁴.

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 accrearse a este

³⁴Tribe, 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 (frozen concepts) 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:

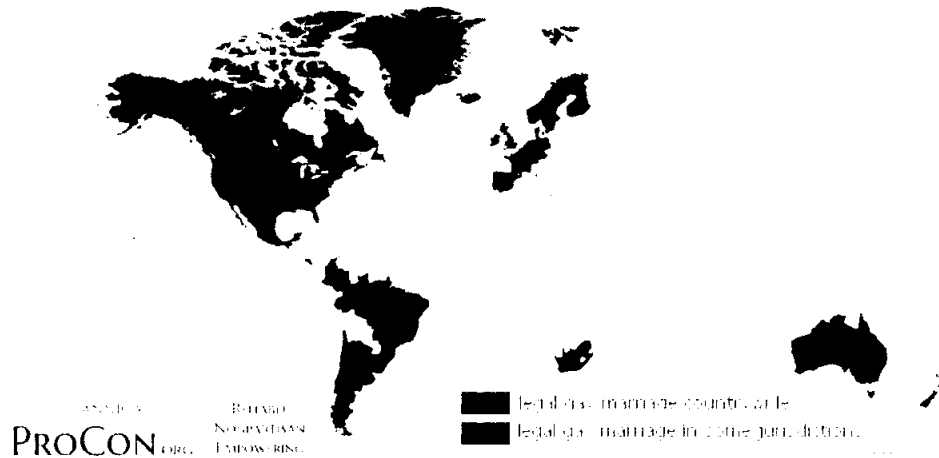


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

no tiene ni debe tener ninguna importancia y, especialmente en el contexto histórico de este problema, corren el riesgo de ser discriminadas³⁶.

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 supone³⁷.

- 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

De esta manera, si se asumiera 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 debates 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

casarse, otorgándoles acceso a una institución que tradicionalmente estaba disponible solo a parejas de diferente sexo³⁸.

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 Unidos³⁹.

- 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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

Luterana estatal⁴⁰. 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 legislador⁴¹.

74. En el año 2013, Uruguay también se unió al grupo de países que han reconocido las uniones matrimoniales 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) Amendment Act*, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 exámenes prenupciales.

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 unió 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 *Marriage Act* 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 *Marriage Act (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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 *Law Reform Advisory Committee* de 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 sencilla⁴².

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 referendun 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 couples across the UK. Research Paper 54/14. Londres: House of Commons



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 fórmula 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 José”. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 *Atala Riffo 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 jurisdiccionales⁴³.

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

[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 realizar 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 jurídicas 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 ordenamiento 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

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




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 nación⁴⁵.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la igualdad y no discriminación⁴⁷.

94. Por otro lado, no se advierte que esta restricción esté orientada a la protección 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 ilegítima⁴⁸.

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 archivismos.

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

⁴⁷Corte Constitucional de Ecuador. Caso N° 11-18-CN, fundamento 91

⁴⁸Corte Constitucional de Portugal. Processo n.º 192/2010, fundamento 24



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 país⁴⁹.

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*. National Taiwan University Law Review, Vol. 15, Núm. 1, p. 45



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 estatal⁵⁰.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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, don Andree Alonso 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




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 inconveniente 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 competencias.
 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,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

esperar el desarrollo de este trámite solo generaría mayores perjuicios para AndreeAlonsssoMartinotServán 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 AndreeAlonsssoMartinotServán 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 AndreeAlonsssoMartinotServán 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~~

Como 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 Ferrera 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 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 Alonso 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 inconveniente 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 concedores 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 resolutive 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”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02743-2021-PA/TC
LIMA
ANDRÉE ALONSSO MARTINOT
SERVÁN

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

Suprema Corte Federal estadounidense, se dan con mayor habitualidad casos de discriminación, recurriéndose en csas 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

- 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 N° 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*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 Atala Ríffo 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 reconozco algunos derechos pero sin justificación razonable te niego otros que libremente si pueden ejercer aquellas personas de orientación sexual heterosexual, los derechos son de todos y todas, o de ninguno(a). Reconocer una cobertura recortada de derechos a algunos(as) sin un debido sustento, o como consecuencia de fórmulas “perfeccionistas” o “paternalistas” es en realidad establecer que odiosa e indeseablemente hay personas “completas” o “de primera” y personas “incompletas” o de “segunda”. Y ello es absolutamente inaceptable, máxime si viene instaurado o asumido por entidades cuya verdadera finalidad debería ser satisfacer las necesidades humanas básicas de todos(as), permitiéndoles que el pleno ejercicio de sus derechos solamente admita limitaciones razonablemente justificadas.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 proscibiría 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 rectificadas. Lo que quiere decir es que cada cual debe actuar dentro de sus competencias, y, sobre todo, respetar los derechos y atribuciones de los demás.
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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 .



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 Kopf 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

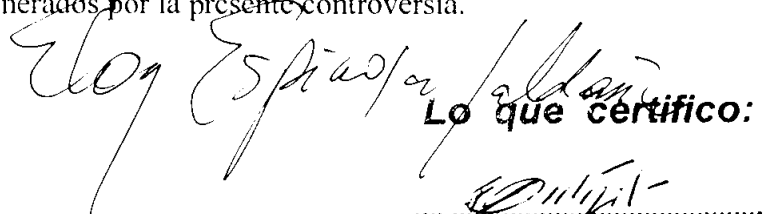
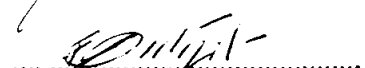


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

- 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 (*tertium comparationis*): la de la situación de todos los diferentes matrimonios celebrados en el extranjero. Ahora bien, y frente a esos matrimonios, uno de ellos, no es reconocido como los demás, y esta distinción se realiza en base a argumentos que como creo haber podido acreditar en este texto, no cuentan con una justificación, y por ende, son casos donde pura y simplemente se había consagrado un supuesto de discriminación, con el agravante que dicho comportamiento desconocía el cumplimiento de lo claramente señalado mediante espacios cuya competencia para pronunciarse al respecto había sido aceptada por el Estado Peruano.
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 Andree Alonso 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