



«Año del buen servicio al ciudadano»

INFORME DE ADJUNTIA N°002-2017/DP-AAC

AMICUS CURIAE SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO CELEBRADO ENTRE OSCAR UGARTECHE GALARZA Y FIDEL AROCHE REYES EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

I.- COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

El 09 de enero del presente año se hizo pública la Resolución Número Trece, emitida por el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima (Expediente N° 22863-2012-0-1801-JR-CI-08), la misma que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por el ciudadano Oscar Ugarteche Galarza contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), en la que ordena que éste cumpla con “reconocer e inscribir” el matrimonio celebrado entre el demandante y Fidel Aroche Reyes (celebrado en la ciudad de México).

Dicha sentencia ha sido apelada por el Procurador de los asuntos judiciales del Reniec y por la propia institución mediante los escritos de fecha 17 de enero (corregido por el escrito de fecha 18 de enero) y del 19 de enero.

La situación expuesta se vincula directamente con un problema de trascendencia general referido al principio de igualdad y al mandato de no discriminación hacia las parejas del mismo sexo. A su vez compromete el reconocimiento de actos celebrados en el extranjero que se relacionan con el derecho de toda persona a formar una familia, sin mencionar que la decisión de llevar una vida en común es una posición iusfundamental garantizada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Al respecto, cabe mencionar que según el artículo 162° de la Constitución Política y el 1° de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, esta institución se configura como un órgano constitucionalmente autónomo, encargado de la defensa de los derechos constitucionales de la persona y la comunidad. Asimismo, se encuentra habilitada constitucional y legalmente para aportar a las autoridades competentes los elementos provenientes de su propia investigación. En efecto, el tercer párrafo del artículo 17° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo dispone que:

“Cuando un mismo hecho vulneratorio de derechos humanos está siendo investigado por otra autoridad, funcionario, institución del Estado, el Defensor del Pueblo podrá obtener acceso a las informaciones pertinente. Asimismo, **podrá aportar a las autoridades**



competentes los elementos provenientes de su propia investigación” (énfasis añadido).

Estando a la potestad indicada, se presenta en autos el informe elaborado por la Adjuntía de Asuntos Constitucionales con la finalidad de que sea tomado en cuenta por el Poder Judicial al momento de resolver, toda vez que su decisión en el presente caso tendrá un impacto significativo en los derechos de los ciudadanos.

II.- ANTECEDENTES

El 12 de enero de 2012, el demandante solicitó a RENIEC la inscripción de su matrimonio en el registro correspondiente. Mediante Resolución N° 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, de fecha 07 de marzo de 2012, la institución demandada declaró improcedente su solicitud, señalando que la diversidad de sexo es un elemento estructural del matrimonio, de acuerdo al Código Civil de 1984.

El recurrente apeló dicha resolución, alegando la vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Sin embargo, mediante Resolución Regional N° 00497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, de fecha 18 de junio de 2012, dicho recurso también fue declarado infundado por los mismos motivos: en nuestro país no existe respaldo normativo para inscribir esa unión, hacerlo sería contrario al artículo 234° del Código Civil.

Frente a ello, el demandante interpone una demanda de amparo contra el Reniec y su procurador. Mediante Resolución N° Uno, se declaró improcedente la demanda por considerar que la pretensión debía dilucidarse en un proceso contencioso administrativo. El 6 de febrero de 2013, el demandante interpuso un recurso de apelación, el cual fue concedido. Mediante Resolución N° 6, de fecha 15 de agosto de 2013, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia declaró nula la Resolución anterior, ordenando admitir a trámite la demanda.

Finalmente, mediante Resolución Número Trece, el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, declaró fundada la demanda y dispuso que Reniec reconozca e inscriba el matrimonio celebrado en el extranjero —principalmente— por las siguientes razones:

- (i) El derecho a contraer matrimonio es diferente al de formar una familia, por lo que no debe existir impedimento para que pueda formarse una familia partiendo de un matrimonio homosexual.
- (ii) La familia, al ser un instituto natural, se encuentra a merced de los nuevos contextos sociales. Esta dinámica en el ámbito social y jurídico ha significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear.
- (iii) Una diferenciación legítima se presenta cuando el trato desigual se basa en causas objetivas y razonables. Por el contrario cuando esa desigualdad de

trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

Los demandados han interpuesto el recurso de apelación sosteniendo que los fundamentos de la resolución cuestionada se ajustan al derecho vigente en el Perú en cuanto éste establece que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer libres de impedimentos.

III. OPINION DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO RESPECTO DE LA INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIOS DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

3.1 Las disposiciones constitucionales relacionadas con el derecho de toda persona a formar una familia

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 4°, que el Estado y la sociedad “protegen a la familia y promueven el matrimonio”, y, a su vez, deriva su regulación y las causas de separación a la ley. Por su parte, el artículo 5° señala que 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.

Habría que comenzar delimitando el concepto constitucional de familia al que se alude, y, para tal fin, se pondrá de relieve lo decidido por el Tribunal Constitucional en la STC 09332-2006-AA, donde señaló que la acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Esta agrupación comprendía de manera tradicional a la familia nuclear (padres e hijos), sin embargo, desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales: “... 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*” (Fundamentos jurídicos 6 y 7).

Queda claro que carece de importancia cuál es el tipo de familia que haya formado una persona, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan provenir del Estado o de la sociedad.

Dicho parámetro brindado por el Tribunal Constitucional, debe ser analizado a la luz del concepto de vida familiar que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que señala que la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) no ha determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos protege solo un concepto tradicional de la misma:

“... al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”¹.

De esa forma, la familia, dentro de nuestro ordenamiento, solo puede ser entendida como un concepto abierto y la protección debe alcanzar cualquiera de sus formas, de manera que “el mandato de promover el matrimonio solo puede ser interpretado como un deber del Estado de generar políticas para que las personas que deseen casarse, puedan acceder al matrimonio civil”².

Por el contrario, sugerir que la heterosexualidad es un elemento intrínseco del diseño del matrimonio, sería interpretarlo de forma reducida y en perjuicio de las personas con orientación sexual diversa. Tampoco resulta posible señalar que la institución del matrimonio está dirigida únicamente a la procreación, pues dicha afirmación excluiría a aquellas personas que no pueden concebir hijos. En efecto, las personas que contraen matrimonio gozan de protección jurídica para su proyecto de vida conjunto, independientemente de si éste contempla o no la procreación.

Sobre este punto, Manuel Atienza, a raíz de la discusión sobre el matrimonio igualitario en España, señaló lo siguiente:

“... la esencia de la institución radica en el afecto mutuo entre los contrayentes, junto con las notas de libertad e igualdad, y no en la característica –tradicional, pero no esencial– de que los contrayentes sean personas de distinto sexo; (...) debe interpretarse según un canon de ‘interpretación evolutivo’ que tenga en cuenta lo que la sentencia llama la ‘cultura jurídica’; y esa cultura jurídica mostraría una tendencia en diversos países de nuestro entorno a admitir esa modalidad de matrimonio”³ (énfasis añadido).

En el Perú, el Ministerio de Justicia, a raíz del pedido de opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR, relacionado con la Unión Civil, señaló que la orientación no heterosexual es una categoría sospechosa de discriminación, por lo que ni el Estado ni los particulares pueden establecer diferenciaciones, ni desconocer o restringir los derechos de las personas basándose en dicho criterio. Y, a su vez, concluyó que:

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párrafo 142.

² FERNÁNDEZ, Marisol. “Sobre la compatibilidad del matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo con el ordenamiento constitucional peruano”. En: Foro Jurídico, Revista de Derecho, número 14, Lima: 2015. p. 118.

³ ATIENZA, Manuel. “Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho”. Ed. Pasos Perdidos. Madrid: 2013, p. 90.

“... el concepto de familia constitucionalmente protegido no abarca solo a aquellas derivadas de la unión matrimonial, o a aquellas conformadas por parejas heterosexuales. Por tanto, **las uniones afectivas de parejas entre personas del mismo sexo, fundadas en el amor, el respeto y la solidaridad, y con vocación de permanencia, sí constituyen una opción válida bajo los preceptos constitucionales vigentes**”⁴ (énfasis añadido).

Es pertinente recalcar que el reconocimiento de diversos tipos de familia, no afecta ni limita el derecho de las personas heterosexuales, poniendo de relieve además que dicho concepto de familia es abierto a la dinámica social. Desconocer este factor, sería interpretar de forma restrictiva los precedentes constitucionales y obviar los criterios jurisprudenciales vinculantes que se han desarrollado a nivel interamericano y universal sobre la materia.

En tal sentido, las personas lesbianas o gays se encuentran en la misma condición que las personas heterosexuales en relación con el reconocimiento de su derecho a conformar una familia y el Estado, lejos de obviar dicha realidad, debe garantizar, para todos y todas, el mandato constitucional de protección incluido en el ya mencionado artículo 4.

Cabe señalar que países como Argentina, Brasil, Uruguay, Colombia, México, Estados Unidos, Canadá, los Países Bajos, Bélgica, España, Noruega, Suecia, Portugal, Dinamarca, Francia y Nueva Zelanda reconocen el matrimonio entre parejas del mismo sexo; mientras otros como Sudáfrica, Italia, Grecia, Alemania, Chile y Ecuador han optado por la unión civil. Sin embargo, en el Perú este tipo de familia no tiene ninguna protección legal; y por el contrario, es discriminada por su orientación sexual o identidad de género.

Por otra parte, el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como familia permitirá a estas personas gozar de otros derechos que se derivan de la unión. Al respecto debemos recordar que la Corte IDH ya ha fijado un estándar mínimo que los Estados deben garantizar en el sentido que la denegatoria de una pensión de viudez al compañero sobreviviente de una pareja de hombres homosexuales resulta contraria a la CADH.

Efectivamente, en el caso *Duque vs. Colombia*, se estableció que los Estados:

“... deberán adoptar todas las medidas [...] que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios

⁴ Informe N° 05-2014-JUS/DGDH. Opinión sobre Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR, que establece la unión civil para personas del mismo sexo”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dirección General de Derechos Humanos. Lima 2014.

laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte”⁵.

En consecuencia, el Estado peruano debe cumplir con el estándar fijado por la Corte y reconocer dichos derechos a las parejas del mismo sexo. En el caso de la sentencia comentada, los demandantes deberán acceder a dichos derechos y a aquellos que se deriven de su reconocimiento como familia matrimonial.

3.2 La orientación sexual como criterio prohibido de diferenciación

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política señala que “Las normas relativas a los derechos y 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”.

Asimismo, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil señala que “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 de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Reafirmando el mandato constitucional y legal el Tribunal Constitucional en la STC 05854-2005-PA ha señalado que:

“El ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, **debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas** realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos de sus decisiones”. (Fundamento jurídico 23).

De ese modo, la exigencia de interpretar los derechos contenidos en la Constitución según los conceptos, alcances y ámbitos de protección de los tratados internacionales, deriva, además, del hecho de que los tratados una vez

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Duque vs Colombia*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C N° 322, párrafo 110.

ratificados forman parte del ordenamiento peruano, es decir, son derecho nacional⁶. Por ello, a continuación se citarán interpretaciones vinculantes para el Estado Peruano por parte de la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Respecto a las sentencias emitidas por la Corte IDH, cabe señalar que el Perú es Estado Parte en la CADH desde el 28 de julio de 1978 y reconoció la competencia obligatoria de la Corte el 21 de enero de 1981. Por lo tanto, lo señalado en la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, poseen un valor vinculante para la interpretación que se haga a nivel interno del contenido y alcances de los derechos fundamentales.

Así, en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte IDH ha establecido que “... la orientación sexual se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de auto-determinarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”⁷. Para la Corte, tomar en consideración la orientación sexual de la madre como un referente para la remoción de la tuición en favor de sus hijas, era un acto de discriminación, razón por la que es enfática en señalar que la orientación sexual constituye una categoría protegida por la CADH:

“La Corte Interamericana deja establecido que **la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención**. Por, ello **está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona**. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (énfasis añadido)

Además, respecto a los motivos prohibidos de diferenciación, la Corte señala que la referencia a “cualquier otra condición social” contenida en el artículo 1.1 de la CADH debe interpretarse brindando la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por la Convención, según el principio de la norma más favorable al ser humano.

Del mismo modo, advierte que los motivos prohibidos de diferenciación “... no son un listado taxativo o limitativo, sino meramente enunciativo”⁸. Por tanto, el término “... cualquier otra condición social” debe leerse a la luz de la

⁶ HAKANSSON, Carlos. “La posición constitucional de los tratados de Derechos Humanos en la Carta de 1993”. En: MOSQUERA, Susana (coord.). La Constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú. Lima, 2015, Palestra Editores. p. 33.

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párrafo 136.

⁸ Idem, párrafo 84.

interpretación más favorable y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo⁹.

Para la Corte IDH el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas¹⁰.

Posteriormente, en el ya aludido caso *Duque vs. Colombia*, la Corte señaló que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y que es inseparable de la dignidad de la persona, frente a quien resulta incompatible cualquier situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad¹¹.

En dicha sentencia, además, la Corte IDH legitimó el valor jurídico de los Principios de Yogyakarta, respecto a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) a las personas que son discriminadas por su orientación sexual o la identidad de género¹².

Según dichos principios, que como ya lo ha señalado la Defensoría del Pueblo constituyen una fuente de interpretación válida y necesaria¹³, "... toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes" (Principio 24)

⁹ Idem, párrafo 85.

¹⁰ Idem, párrafo 133.

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Duque vs Colombia*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C N° 322, párrafo 91.

¹² "(...) los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social (...). Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad y paternidad, (...) cuidados o beneficios de salud (...). CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Duque vs Colombia*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C N° 322, párrafo 110.

¹³ DEFENSORÍA DEL PEUBLO. Informe Defensorial N° 175: "*Derechos Humanos de las personas LGTBI. Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*". Lima, 2016.
<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/Informe-175--Derechos-humanos-de-personas-LGBTI.pdf> consultada el 5 de febrero de 2017, p. 53

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos también ha brindado criterios respecto de la forma en la que debe interpretarse el mandado de no discriminación respecto a las personas con orientación sexual diversa¹⁴.

Al respecto, el PIDCP señala que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección, razón por la que queda prohibida toda discriminación y obliga a los Estados a garantizar a todas las personas igual protección contra cualquier discriminación (artículo 26)¹⁵. En situaciones excepcionales, el Pacto permite que los Estados parte adopten disposiciones que puedan suspender obligaciones contraídas, pero incluso en ese supuesto, dichas medidas no pueden imponer discriminación alguna, fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (artículo 4 inciso 1).

Así, en el caso *Toonen v. Australia* y el caso *Young v. Australia*, el Comité ha señalado que la prohibición de discriminación en virtud del artículo 26 del PIDCP incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. De ese modo, brindar un trato diferenciado por motivos de orientación sexual, resulta discriminatorio y vulnera el derecho constitucional y humano a la igualdad de trato¹⁶. En el caso *Young v. Australia*, el Comité señaló que la orientación sexual quedaba amparada por los fundamentos de «cualquier otra condición», señalada en el artículo 26 del PIDCP, más que con un aspecto relacionado al sexo¹⁷.

Finalmente, es oportuno señalar que en las Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú, aprobadas por el Comité en su 107° período de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013), el Comité señaló que:

El Estado parte debe declarar clara y oficialmente que **no tolerará ninguna forma de estigmatización social de la homosexualidad, la bisexualidad o la transexualidad, ni la discriminación o la violencia contra personas por su orientación sexual o identidad de género.**

¹⁴ Corresponde señalar que las interpretaciones realizadas por este órgano de Naciones Unidas resultan vinculantes para el Estado Peruano a raíz de la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), instrumento adoptado mediante Resolución N° 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966. El mismo que fue aprobado por Perú mediante Decreto Ley N° 22128 y cuyo instrumento de adhesión data del 12 de abril de 1978 (depositado el 28 de abril del mismo año), con fecha de entrada en vigencia al 28 de julio de 1978.

¹⁵ Así también, señala que todo Estado se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho documento, sin distinción de sexo (artículo 2° inciso 1°).

¹⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Caso *Toonen v. Australia*, Comunicación N° 488/1992, dictamen aprobado el 04 de abril de 1994. Caso *Young v. Australia*, Comunicación N° 941/2000, dictamen aprobado el 18 de setiembre de 2003.

¹⁷ SHELTON, Diana. “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: Anuario CDH, Universidad de Chile. (en línea) <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13488/13756> revisada el 5 de febrero de 2017. Puede verse también, *Joslin v. New Zealand*, N° 902/1999 ante el Comité. Y en el Tribunal Europeo: *L and V v. Austria*, sentencia del 9 de enero de 2003, *Karner v. Austria*, sentencia del 24 de julio de 2003, y *Smith and Grady v. The United Kingdom*, Nos. 33985/96 y 33986/96, sentencia del 27 de setiembre de 1999.

También debe modificar su legislación para prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. El Estado parte debe brindar una protección efectiva a las personas LGBT y velar por que se proceda a la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de todo acto de violencia motivado por la orientación sexual o la identidad de género de la víctima. (Énfasis nuestro)

De esta forma, reitera su preocupación por las informaciones sobre la discriminación y los actos de violencia sufridos debido a su orientación sexual o identidad de género.

Es importante recalcar que en la medida que la orientación sexual es la atracción que puede sentir cualquier persona hacia otra según el género con el que esta se sienta atraída¹⁸, es imposible únicamente tener una mirada netamente individual de esta, sino que debe tomarse en consideración la vida en pareja.

Es por ello que la Corte IDH ha establecido en la sentencia del caso *Flor Freire vs. Ecuador* 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 incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”¹⁹.

En dicho caso, la Corte estableció que los actos sexuales se encontraban dentro de la protección del mandato de no discriminación, sin embargo, el proyecto de vida no se limita únicamente a tales actos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza a los individuos “parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres” (STC 02686-2004-AA, Fundamento jurídico 14).

Dentro de estas parcelas se encuentra la autodeterminación para el desarrollo del proyecto de vida y la elección de una pareja. Denegar dicho derecho fundamental a las lesbianas, homosexuales y bisexuales atentaría contra su libre desarrollo de la personalidad y contra la dignidad inherente a todo ser humano.

Una adecuada lectura del mandato de no discriminación por orientación sexual ordena que no solo las personas en el plano individual no sean discriminadas,

¹⁸ Principios de Yogyakarta, documento disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2> consultada el 5 de febrero de 2017, p. 6.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C N° 315, párrafo 85.

sino que además protege el libre desarrollo de su vida en pareja con aquella persona que decida mantener un proyecto compartido.

Es por ello que la sentencia del Séptimo Juzgado Constitucional de Lima correctamente concluye que resulta inconstitucional la denegación del registro por parte del RENIEC sobre la base de que el matrimonio fue celebrado por dos personas del mismo sexo.

3.3 El reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero no vulnera el orden público internacional

El presente caso, además de versar sobre la unión matrimonial de una pareja del mismo sexo, se trata también de un acto celebrado en el extranjero, el mismo que, de acuerdo a la doctrina en Derecho Internacional Privado, debe ser acorde al “orden público internacional”, que actúa como un filtro para saber qué debe validarse y qué no.

En efecto, el artículo 2050 del Código Civil establece lo siguiente sobre el reconocimiento de derechos adquiridos en ordenamientos extranjeros:

“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”.

El aludido orden público internacional actúa como un principio según el cual un Estado determinado puede aplicar o no, una norma legal extranjera y es definido como:

“... el principio legal según el cual un Estado determinado puede decidir no aplicar una norma legal extranjera aplicable según sus normas de conflicto en atención a una incompatibilidad fundamental entre dicha norma y un valor irrenunciable del país del foro”²⁰.

Respecto a las uniones entre parejas del mismo sexo, Zelada y Gurmendi, en el artículo que se acaba de citar, precisan que en el Derecho Internacional Privado, el orden público internacional operará única y exclusivamente cuando sea estrictamente necesario para proteger la organización social y económica de una sociedad en particular y solo en la medida en que sea preciso para ello.

Según la doctrina peruana del Derecho Internacional Privado, el juez deberá determinar si aplica el orden público internacional basándose en los principios

²⁰ ZELADA, Carlos y GURMENDI, Alonso. “Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos”. Lima, 2015. En: Themis N°69. 257-274.

constitucionales, los principios generales consagrados en el Título Preliminar del Código Civil y los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado.

Así las cosas, el reconocimiento del matrimonio igualitario celebrado en el extranjero no vulneraría el orden público internacional por las siguientes razones:

- No afecta el principio de protección de la familia en tanto el Tribunal Constitucional ha señalado que no existe un solo tipo de familia y que sin importar el tipo de familia, ésta será merecedora de protección frente a injerencias del Estado y la sociedad.
- Tampoco desnaturaliza el principio de promoción del matrimonio, toda vez que éste debe ser entendido como aquella política del Estado orientada a favorecer la posibilidad de que las personas contraigan nupcias.
- De acuerdo a los principios generales del derecho, el principio de igualdad asegura, entre otras cosas, que todas las personas tengan el mismo trato ante la ley. Ello, enfatizado por los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte.

Tampoco podría señalarse que el matrimonio de los demandantes vulnera las buenas costumbres, pues equivaldría a juzgar aspectos de la vida privada de los ciudadanos e, indirectamente, establecer cuál de estos es susceptible de reconocimiento, atentando contra la dignidad de las personas lesbianas, homosexuales y bisexuales, cuya orientación sexual merece igual respeto y consideración que la de las personas heterosexuales.

La pretensión del demandante colisiona, sin duda, con la previsión del artículo 234 del Código Civil pero como se ha puesto de relieve los principios constitucionales en juego deben prevalecer sobre dicho mandato legal. Aún más, no falta en la doctrina nacional autores que señalan que dicha disposición del Código Civil podría resultar inconstitucional bajo el siguiente razonamiento:

“... la Constitución peruana establece el principio de promoción del matrimonio, pero no ofrece una definición, ni establece quién puede ser parte activa de un matrimonio [...] la ley ordinaria debe seguir lo establecido por la Lex Fundamentalís y no el revés, bajo pena de inversión de las fuentes del Derecho”²¹.

Es así como la validación y posterior registro en el Reniec del matrimonio entre los ciudadanos Oscar Ugarteche y Fidel Aroche, no vulnera el orden público internacional y es acorde con la Constitución y los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte.

²¹ VARSÍ, Enrique y CANALES, Carlos. “Comentarios al Artículo 4 de la Constitución - Protección del niño, de la madre, del anciano y de la familia. Promoción del matrimonio”. En: GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “La Constitución Comentada”. Lima: Gaceta Jurídica. 2013. p. 505.

3.4 Sobre la inconstitucionalidad de la inexistencia de un régimen jurídico para las parejas del mismo sexo

Por último, también es necesario pronunciarnos sobre la inconstitucionalidad de inexistencia de régimen legal para parejas del mismo sexo establecida en la sentencia materia del presente informe.

El fundamento vigésimo quinto concluye que la población de lesbianas, homosexuales y bisexuales “se encuentran desprotegidos y en constante discriminación, al no haberseles reconocido derecho alguno, partiendo de la realidad de que existen dichas parejas en convivencia y de que es su deseo protegerse el uno al otro”.

En efecto, a la fecha no existe régimen legal aplicable para estas parejas y la situación de desprotección las empuja hacia una situación de vulnerabilidad que, comparada con la protección conferida a parejas heterosexuales resulta altamente discriminatoria y atenta además contra su derechos al libre desarrollo de la personalidad.

La problemática relacionada con la inexistencia de un régimen legal aplicable para estas parejas ha sido desarrollada a nivel comparado por diversos órganos jurisdiccionales. La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C075 de 2007 estableció que:

“... la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución”²².

Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que si bien los Estados gozan de un margen de apreciación para reconocer o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, este margen se vulnera cuando no existe una figura jurídica que provea un marco legal a dichas parejas²³.

Esta posición ya ha sido desarrollada anteriormente por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 175, a través del cual se advirtió que existe una falta de reconocimiento de las uniones civiles entre parejas del mismo sexo y, a su vez, que no resulta justificable mantener en situación de desprotección a las personas homosexuales que decidan mantener un proyecto de vida en común. En dicha ocasión se sostuvo que:

“La situación de invisibilidad y desprotección del Estado hacia la comunidad LGBTI tiene que acabar. No debe tolerarse que un sector de

²² CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C 075 de 2007. Fundamento 6.2.2.

²³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Oliari y otros vs. Italia*. Applications N° 18766/11 y 36030/11. Fundamento 185.

peruanos y peruanas esté ausente de las políticas públicas y que pueda ser atacado, insultado, discriminado o incluso, muchos de ellos sean asesinados sin que exista una respuesta oportuna y contundente del Estado”²⁴.

En el mismo sentido, y al opinar sobre la propuesta legislativa de unión civil la Defensoría del Pueblo sostuvo que:

“... jurídicamente es insostenible mantener una situación de desprotección para las personas homosexuales que deciden emprender un proyecto de vida en común”²⁵.

Corresponde advertir que estamos ante parejas que, conforme se ha detallado, establecen una familia y un proyecto de vida en conjunto, pero que a la fecha en el Perú no gozan de reconocimiento legal. Es por ello que la decisión de Séptimo Juzgado Constitucional resuelve correctamente al determinar que la falta de un marco legal aplicable a estas parejas no es acorde a Derecho.

Por las razones expuestas, la Defensoría del Pueblo concluye que la Sala debe confirmar la sentencia expedida por el Séptimo Juzgado Constitucional y en consecuencia ordenar la inscripción y el reconocimiento del matrimonio celebrado entre el recurrente y Fidel Aroche Reyes.

Lima, 6 de febrero de 2017

²⁴ DEFENSORÍA DEL PEUBLO. Informe Defensorial N° 175: “*Derechos Humanos de las personas LGTBI. Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*”. Lima, 2016. <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/Informe-175--Derechos-humanos-de-personas-LGBTI.pdf> consultada el 5 de febrero de 2017, p. 7.

²⁵ Informe de Adjuntía N° 003-2014-DP-ADHPD que contiene la opinión respecto del Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR, que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo.