

UNIVERSIDAD ANTONIO RUIZ DE MONTOYA

Facultad de Ciencias Sociales



UARM

Universidad
Antonio Ruiz
de Montoya

BASES PARA UN EFECTIVO RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO A TRAVÉS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PERUANA

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Presenta el Bachiller

SANTIAGO JAVIER DE ORELLANA SÁNCHEZ

Presidente: Eduardo Ernesto Vega Luna

Asesor: César Augusto Torres Acuña

Lectora: Beatriz May Ling Ramírez Huaroto

Lima – Perú

Abril de 2023



UARM

Universidad
Antonio Ruiz
de Montoya

Anexo N.º 3 - Reglamento General de Grados y Títulos de Pregrado y Posgrado
Aprobado por Resolución Rectoral N° 194-2022-UARM-R y modificado por
Resolución Rectoral N° 040-2023-UARM-R

INFORME DE ORIGINALIDAD

Sres.
CONSEJEROS
Pte.

De nuestra consideración:

Por la presente nos dirigimos a Ustedes para saludarlos e informar al Consejo Universitario sobre el producto académico elaborado por DE ORELLANA SANCHEZ Santiago Javier, quien solicita la obtención de su Título profesional a través de la sustentación de Tesis

El producto académico elaborado tiene como título: "Bases para un efectivo reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo a través de la justicia constitucional peruana"

Por tanto, en nuestra condición de Asesor de producto académico y de integrante de la comisión de grados y título respectivamente, declaramos que el producto académico de Santiago Javier De Orellana Sanchez ha sido examinado con el programa antiplagio *Turnitin* para identificar su nivel de coincidencias.

El resultado que arroja el programa es de 16 % de similitud, el cual proviene de fuentes de información que han sido debidamente citadas o reconocidas utilizando las normas del sistema APA.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Firmado en Lima, 24 del mes de marzo del 2023

Atentamente,

César Augusto Torres Acuña
Asesor

Eduardo Ernesto Vega Luna
Presidente

*Conforme a lo establecido en el documento de identidad

DEDICATORIA

A mis padres, por su amor infinito, entrega incansable y confianza.

A Fabiana, por su paciencia, cariño y apoyo incondicional.

A mis tías Teté e Inma, en quienes pensé al escoger el tema de esta tesis.

A las personas LGBTIQ+ del Perú,
porque el arcoíris de la libertad embellece incluso los cielos más grises.



RESUMEN

La presente investigación se enfoca en demostrar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y la viabilidad de promover su reconocimiento a nivel nacional a través de la justicia constitucional. Para ello, estudiamos su vinculación con los principios-derechos de dignidad e igualdad y no discriminación, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, analizamos la naturaleza y los alcances del matrimonio y la familia como instituciones constitucionalmente garantizadas y reseñamos los pronunciamientos relativos al matrimonio entre personas del mismo sexo emitidos en el ámbito nacional, comparado e internacional. Posteriormente, previa aclaración de la expresión “activismo judicial”, proponemos dos caminos que podría emprender la judicatura constitucional, en el marco de sus atribuciones, para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por último, en el supuesto de que una controversia al respecto llegue al Tribunal Constitucional, planteamos las técnicas jurisdiccionales que podría emplear para que dicho reconocimiento surta efectos *erga omnes*.

Palabras clave: matrimonio igualitario, derechos fundamentales, justicia constitucional

ABSTRACT

This research demonstrates the constitutionality of same-sex marriage and the possibility of ensuring its recognition at the national level through constitutional justice. To do so, I study the relationship of same-sex marriage with the principles-rights of dignity, equality and non-discrimination, as well as the right to free development of personality. I analyze the nature and scope of marriage and family as constitutionally guaranteed institutions and review the nationally-, comparatively-, and internationally-issued pronouncements related to same-sex marriage. Subsequently, after clarifying the expression “judicial activism”, I propose two paths that the constitutional judges could take, within the framework of its powers, in order to recognize same-sex marriage. Lastly, in the event that a same-sex marriage reaches the Constitutional Court, I put forward the jurisdictional techniques that could be used to bestow the recognition of this right with *erga omnes* effects.

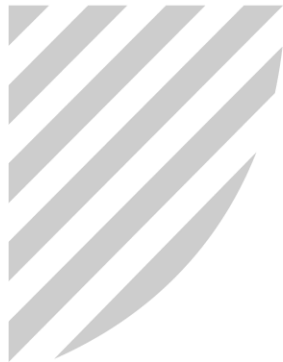
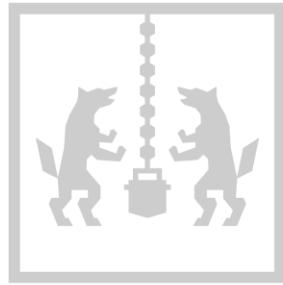
Key words: same-sex marriage, fundamental rights, constitutional justice

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I: PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES	16
1.1. La dignidad humana.....	16
1.1.1. La dignidad ontológica.....	16
1.1.2. La dignidad como valor normativo, principio constitucional y derecho fundamental.....	18
1.1.3. Funciones.....	22
1.1.4. Dignidad humana y orientación sexual.....	24
1.2. El principio-derecho de igualdad y no discriminación.....	27
1.2.1. Origen histórico.....	27
1.2.2. Igualdad y no discriminación como principio y como derecho.....	29
1.2.3. Igualdad formal y material.....	31
1.2.4. Igualdad en el contenido de la ley e igualdad en la aplicación de la ley.....	32
1.2.5. Discriminación y diferenciación.....	33
1.2.6. El test de igualdad.....	35
1.2.7. Igualdad y no discriminación y orientación sexual.....	36
1.3. El derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	40
1.3.1. Contenido constitucionalmente protegido.....	40
1.3.2. Libre desarrollo de la personalidad y orientación sexual.....	43
CAPÍTULO II: MATRIMONIO Y FAMILIA	46
2.1. El matrimonio.....	46
2.1.1. Concepto.....	46
2.1.2. El derecho a contraer matrimonio.....	48
2.1.3. Procreación, religión y matrimonio.....	50
2.2. La familia.....	54

2.2.1. Concepto.....	54
2.2.2. Modelos de familia.....	55
2.2.3. El derecho a fundar una familia, sus nexos con otros derechos y la desprotección a las familias constituidas por parejas del mismo sexo.....	58
CAPÍTULO III: MATRIMONIO IGUALITARIO.....	61
3.1. El matrimonio igualitario en el plano internacional.....	61
3.1.1. El ámbito de las Naciones Unidas.....	61
3.1.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	63
3.1.3. La resolución del Parlamento Europeo.....	65
3.1.4. Los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	66
3.2. El matrimonio igualitario en el derecho comparado.....	70
3.2.1. Países que han regulado el matrimonio igualitario a través del Poder Legislativo.....	71
3.2.2. Países que han regulado el matrimonio igualitario mediante sentencias de altas cortes de justicia.....	77
3.2.3. Países que han regulado el matrimonio igualitario mediante referéndum popular.....	88
3.2.4. El caso particular de México.....	89
3.3. El matrimonio igualitario en el Perú.....	90
3.3.1. Proyectos de Ley del matrimonio civil igualitario.....	91
3.3.2. Informe de la Defensoría del Pueblo.....	93
3.3.3. Sentencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.....	94
3.4. Implicancias de la regulación del matrimonio igualitario frente a la propuesta de la unión civil.....	103
CAPÍTULO IV: JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y MATRIMONIO IGUALITARIO.....	106
4.1. Activismo judicial.....	106
4.1.1. Definición.....	106
4.1.2. El activismo judicial como afirmación de la democracia constitucional frente a la omisión legislativa.....	109
4.1.3. Activismo judicial, quietismo e hiperactivismo.....	117
4.1.4. Activismo judicial y matrimonio igualitario.....	119

4.2. Hacia el reconocimiento del matrimonio igualitario: dos posibles caminos por los que puede optar la judicatura constitucional.....	121
4.2.1. Primer camino: La interpretación de la Constitución y el control difuso de constitucionalidad.....	121
a. La interpretación de la Constitución.....	121
b. El control difuso de constitucionalidad.....	132
4.2.2. Segundo camino: El control de convencionalidad.....	138
a. Generalidades.....	138
b. Control de convencionalidad y democracia.....	141
c. El control de convencionalidad en el ámbito nacional.....	142
d. ¿Todos los poderes públicos pueden realizar un control de convencionalidad?.	145
e. ¿Se debe realizar un control de convencionalidad sobre la base de lo expresado por la Corte IDH en sus opiniones consultivas?.....	145
f. El control de convencionalidad sobre la Opinión Consultiva OC-24/17.....	148
4.3. Si la discusión del matrimonio igualitario llegase al Tribunal Constitucional: el establecimiento del precedente constitucional vinculante y la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional como técnicas jurisdiccionales para garantizar su efectivo reconocimiento.....	150
CONCLUSIONES	163
RECOMENDACIONES	168
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	170



INTRODUCCIÓN

Cuando era niño, solía observar con extrañeza a las parejas de hombres o mujeres que caminaban de la mano por la calle, porque nadie me había explicado que podía existir atracción y amor entre personas del mismo sexo. No comprendía, en aquel entonces, por qué un hombre o una mujer tenía rasgos conductuales socialmente asignados -impuestos, valgan verdades- al sexo opuesto. La primera vez que escuché la palabra “gay” fue en el colegio y fue empleada, como es costumbre pernicioso, en un contexto de mofa hacia un compañero que tuvo una actitud cobarde. No fue sino hasta mis diecinueve años que la situación problemática que atraviesan las personas LGBTIQ+ caló profundamente en mí, un día en que un gran amigo, lágrimas mediante, me confesó su homosexualidad, su gusto por un chico y su incapacidad de *salir del closet* por temor al rechazo y las agresiones de terceros.

Años después, en España, una pareja de lesbianas (una española y una peruana nacionalizada española) a las que estimo mucho, me confesaron su amor y, fruto de aquel, su estatus de casadas. Todo su entorno social español fue testigo de aquello; en Perú, salvo contadas excepciones, su vínculo afectivo permanece en la sombra. Ese suceso avivó la impotencia que ya me embargaba a causa de la incapacidad de hacer algo para frenar la situación de ocultamiento, estigmatización, menosprecio, repudio y violencia que padecen las personas LGBTIQ+ en nuestra sociedad, a vista y paciencia de las autoridades y fue el que me impulsó a realizar este trabajo. Mi decisión no estuvo exenta de críticas: “hay mejores temas para investigar si quieres introducirte a la academia” o “ya se ha escrito mucho sobre el matrimonio igualitario”. Esta tesis es producto de la impotencia, la obstinación, el apasionamiento y el gran anhelo de escribir algo que trascienda la obtención del título y contribuya a hacer un Perú más humanitario.

Hace más de un lustro fue presentado ante el Congreso peruano el primer proyecto de ley relativo al matrimonio igualitario. La respuesta, en aquel entonces, fue la inacción. En el año 2021, con una nueva configuración parlamentaria, se presentó un nuevo proyecto de ley sobre la misma materia, que corrió la misma suerte que su antecesor.

En 2020, el Tribunal Constitucional, por mayoría de cuatro frente a tres, declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta por el ciudadano Óscar Ugarteche Galarza, a fin de que se reconozca en Perú el matrimonio que celebró en Ciudad de México con el ciudadano mexicano Fidel Aroche Reyes. Los fundamentos de la sentencia no permitieron esclarecer el estatus constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo. El año pasado, ante una nueva demanda de amparo sobre la misma materia, el Tribunal Constitucional (2022) sí fue categórico al afirmar que no existe un “derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo” (Sentencia 191/ 2022, fundamento 25).

El escenario antes descrito trae a colación algunas interrogantes: ¿Qué entendemos por matrimonio y familia? ¿Nuestra Constitución reconoce un “derecho al matrimonio”? ¿La regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo se desenvuelve en el fuero de las convicciones subjetivas o preferencias personales de cada uno -y, por tanto, es una cuestión “de mayorías”-, o es un asunto “de trascendencia constitucional” que, por lo mismo, debe ser el resultado de un proceso de acuciosa reflexión jurídica? De ser esta última la respuesta, ¿Qué derechos fundamentales justificarían su regulación? ¿La vía legislativa es la única habilitada para reconocerlo? ¿Actualmente nos hallamos frente a una omisión legislativa inconstitucional o “inconvencional”, producto del desacato de un “mandato de legislar”? De ser ese el supuesto, ¿Podría optarse por otros caminos para reconocerlo? ¿Por qué no preferir la unión civil? ¿Qué nos enseña la experiencia comparada e internacional?

Todas esas preguntas serán absueltas a lo largo de esta investigación. A partir de un análisis estrictamente académico, intentaremos demostrar que la falta de reconocimiento de derechos de las personas LGTBIQ+ encarna un problema estructural de la sociedad peruana. Como es evidente, por cuestiones de espacio, nos limitaremos a cuestionar la problemática desencadenada por la ausencia de un marco legal que regule el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En el primer capítulo, a guisa de marco teórico general, desarrollaremos cada uno de los principios y derechos constitucionales relacionados, en forma genérica, a la orientación sexual de un individuo y, en forma específica, al matrimonio entre personas del mismo sexo. Nos referimos a los principios-derechos de dignidad e igualdad y no discriminación y al derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuyos aspectos generales y particularidades esbozaremos en aras de evidenciar cómo se produce la vinculación antes mencionada.

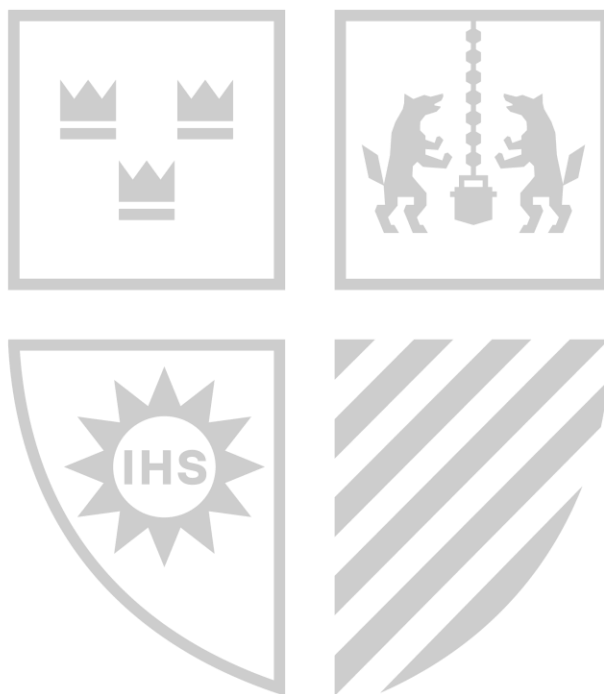
En el segundo capítulo, aún con vocación de marco teórico -aunque este más específico-, explicaremos los aspectos generales del matrimonio y la familia, instituciones que, sin duda, están interrelacionadas (aunque ciertamente no toda familia nace del matrimonio). También ahondaremos en los derechos que diman de ambos: el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia. En la sección relativa al matrimonio, haremos alusión a dos cuestiones que suelen ser empleadas como fundamentos para reprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo: la procreación como fin de este y la religión como elemento que lo define, caracteriza y legitima. Finalmente, pondremos en evidencia la desprotección que hoy en día padecen las familias constituidas por parejas del mismo sexo.

En el tercer capítulo, comenzaremos reseñando los pronunciamientos emitidos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en torno al deber de reconocer legalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Acto seguido, desarrollaremos los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y el Parlamento Europeo. Luego haremos alusión a la situación del matrimonio igualitario en el derecho comparado, describiendo los más resaltantes procesos de reconocimiento en cada país implicado, dividiéndolos en cuatro grupos, según la forma en que lo regularon: i) por la vía legislativa; ii) por decisiones de altas cortes de justicia; iii) por referéndum popular; y iv) el caso particular de México. Posteriormente, expondremos el panorama nacional en torno a dicha institución, reseñando los proyectos de ley presentados, las sentencias emitidas en el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional y lo declarado por la Defensoría del Pueblo al respecto. Por último, argumentaremos por qué la sola regulación de la unión civil no constituye una mejor opción frente al matrimonio para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo.

El último capítulo es la columna vertebral y el signo distintivo de esta investigación. Suele hallarse múltiples declaraciones y trabajos con argumentos a favor de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Dar un paso adelante importa ir más allá del porqué de su regulación o el sustento constitucional subyacente: debemos averiguar *cómo* puede lograrse aquello sin resquebrajar el orden constitucional. En ese contexto, sugeriremos que, frente a las rémoras de la vía legislativa, la vía jurisdiccional es un medio alternativo para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú. Desmitificaremos la supuesta falta de legitimidad democrática de la judicatura constitucional para emprender dicho cometido, mediante la enunciación y aclaración de conceptos como “democracia constitucional”, “omisión legislativa” y, sobre todo, “activismo judicial”. Reivindicaremos su figura de operadora principal de la Constitución y máxima encomendada de cautelar los derechos fundamentales de las personas -con especial énfasis en las que se hallan en situación de vulnerabilidad, como las personas LGBTIQ+-, demostrando que está facultada para pronunciarse sobre el particular, a través de una sentencia con efectos *erga omnes*. Para tales efectos, tomaremos como referencia las sentencias de altas cortes pertenecientes a sociedades similares a la nuestra, sin las que el matrimonio entre personas del mismo sexo hubiese continuado siendo una utopía.

Iniciaremos el capítulo final describiendo en qué consiste el activismo judicial, de qué manera se vincula a la democracia constitucional, cómo actúa frente a las omisiones legislativas inconstitucionales, qué lo diferencia de otros conceptos nocivos como “quietismo” e “hiperactivismo”, qué lo convierte en un sustento válido para justificar que los órganos jurisdiccionales defiendan, promuevan y protejan los derechos fundamentales de las personas -con énfasis en aquellas que se hallan en situación de vulnerabilidad- y, en ese sentido, cómo se ve reflejado en el proceso de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. En la segunda sección, evidenciaremos que la judicatura constitucional cuenta con dos caminos para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel nacional: 1. A través de la interpretación de la Constitución y el control difuso de constitucionalidad, decretando la inaplicación del artículo 234° del Código Civil; y 2. Mediante el control de convencionalidad sobre la base de lo expresado por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-24/17. Respecto a este último, oportunamente aclararemos que no solo puede y debe emprenderlo la judicatura constitucional, sino también las municipalidades y el Registro Nacional de

Identificación y Estado Civil (RENIEC), en el marco de sus respectivas competencias. En la sección final del capítulo concluiremos que, en caso llegara al Tribunal Constitucional una nueva demanda de reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo, lo más pertinente es que, además de pronunciarse a favor, dicte un precedente constitucional vinculante y establezca un estado de cosas inconstitucional para garantizar su efectivo reconocimiento a nivel nacional.



CAPÍTULO I: PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. La dignidad humana

1.1.1. La dignidad ontológica

Desde la ontología, la dignidad es una cualidad que caracteriza y justifica la existencia y condición humana. Como expone Delgado (2018) “desde la perspectiva del propio ser humano, reconocerle como digno es atribuirle un valor y respeto mínimos por el solo hecho de pertenecer a la especie humana”.

El vocablo “dignidad” proviene del latín *dignitas*, que se traduce en valor, superioridad, mérito o prestigio. La Real Academia Española la define como “excelencia, realce” y “gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse”. Ambas descripciones se reflejan en la acepción que se otorgó al término en la era judeocristiana. En el Génesis (26-27) se relata que, durante el proceso de creación del universo, Dios hizo a los seres humanos a imagen y semejanza suya, lo que significa que estos últimos fueron dotados de cierto carácter divino y mayor realce frente a otras especies.

La doctrina especializada afirma que, aunque en forma incipiente y genérica, fueron los filósofos griegos y romanos quienes introdujeron el debate sobre la dignidad como cualidad moral inherente al ser humano. Al respecto, Martínez (2012) sostiene que:

[L]os primeros pasos para esta concepción de la dignidad del hombre en el mundo occidental se dieron en la filosofía griega con los sofistas, con Sócrates, Platón y, por supuesto, Aristóteles, que plantearon la existencia de la naturaleza y la ley natural. Ideas que fueron recogidas después por Cicerón, quien claramente fundamenta la dignidad en la naturaleza humana, a la que entiende como lo divino en lo humano, lo que también le da un carácter de superioridad. (p. 48)

Ahora bien, en la Antigua Grecia “la dignidad de la persona estaba ligada al puesto que cada persona ocupaba, lo que le concedía un carácter fluctuante, ya que

solamente la persona era digna en tanto y en cuanto ocupaba esa posición” (Lanusse, 2019, p. 2). Por tanto, como al ser una sociedad estamental, compuesta por nobles y vulgares; ciudadanos y esclavos, los últimos, pese a ser humanos, en la práctica carecían de dignidad.

Siglos después, en la Edad Media, la Iglesia se asentó en el poder. Los ideales cristianos se impusieron en el poder y en el campo normativo, lo que produjo una transformación sin precedentes del pensamiento humano. Un movimiento intelectual que surgió a finales de dicho periodo histórico fue el humanismo, que consideró la razón como pilar fundamental de la existencia humana, desligándose de la tradición escolástica medieval que la subordinaba a la fe.

El imperio de la razón fue sustancial para replantear el concepto de dignidad, que hasta ese momento se proyectaba en la existencia de Dios y no en el individuo. Como arguye Pelé (2009), el humanismo contribuyó al “creciente significado de la dignidad humana”, a través de un discurso producido en el núcleo de un movimiento intelectual y científico que creyó en el poder y la autonomía de la razón. Se propició una dignidad inherente al ser humano, lo que supuso que su existencia no fuese concebida como el cumplimiento de una penitencia, sino como una experiencia feliz que privilegia el libre desarrollo (p. 184).

A finales de siglo XV, con la llegada del Renacimiento, las ideas humanistas fueron adquiriendo forma. Un célebre representante de dicha corriente fue Pico Della Mirandola, pensador sustancial en el proceso de replanteamiento de la dignidad humana, quien sostuvo que “aquello que hace digno al hombre (...) es precisamente esa indeterminación, que implica la capacidad-autonomía para alcanzar sus propios fines mediante el ejercicio de sus capacidades, al adoptar determinaciones sobre su propia actuación” (Martínez, 2012, p. 49). Así concebida, la dignidad pasó a residir en la autodeterminación y autonomía del ser humano para desenvolverse en el mundo y estructurar libremente su proyecto de vida.

Fue, sin embargo, Kant el referente directo de la legalización de la dignidad humana, entendida esta como piedra angular y sustento de los derechos fundamentales de las personas. El filósofo prusiano postuló que el individuo, en tanto ser dotado de autonomía, libertad y raciocinio, constituye un fin en sí mismo, por lo que su instrumentalización o utilización como objeto o medio de provecho de terceros, se

encuentra vetada. En su trascendental obra *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, sustentó lo siguiente:

En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad. Lo que se refiere a las inclinaciones y necesidades del hombre tiene un precio comercial; lo que, sin suponer una necesidad, se conforma a cierto gusto, es decir, a una satisfacción producida por el simple juego, sin fin alguno, de nuestras facultades, tiene un precio de afecto; pero aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, dignidad (Kant, 2000, p. 68).¹

La concepción kantiana del ser humano impulsó a la Asamblea Nacional Constituyente de Francia a aprobar, en 1789, la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” y a su par estadounidense, en 1791, el “*Bill Of Rights*”. Ambos documentos suprimieron los estamentos sociales del Antiguo Régimen y dieron paso al Estado Liberal, cuya consolidación, a lo largo del siglo XIX, propició, a su vez, la de la dignidad humana.

El ulterior surgimiento del Estado social de derecho fue producto de la evolución constante del pensamiento filosófico-ontológico y su impregnación en los fueros políticos. Se arribó a una suerte de consenso social -y, como se mostrará a continuación, también legal- según el cual “la dignidad humana configura, por así decir, el portal a través del cual el contenido universal igualitario de la moral se importa al derecho”. (Habermas, 2010, p. 111).

1.1.2. La dignidad humana como valor normativo, principio constitucional y derecho fundamental

La proliferación de las discusiones filosóficas-ontológicas en torno a la dignidad humana hicieron posible -y acaso indispensable- su reconocimiento legal en las primeras décadas del siglo XX. A guisa de ejemplo, la Constitución de Weimar (1919) dispuso que “La organización de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos, una existencia digna del hombre” (artículo 151°). Sin

¹ De esa manera, Kant sugirió el siguiente imperativo práctico (o categórico): «Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio»

perjuicio de ello, los años siguientes a la Primera Guerra Mundial no fueron determinantes para forjar consensos en torno al valor normativo de la dignidad humana y la salvaguarda de la vida de las personas, sin distinción. Ello ocurrió recién tras la culminación de la Segunda Guerra Mundial, con la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas de 1945², cuyos efectos se plasmaron en la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que estableció que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (artículo 1°)³.

La aprobación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (también conocida como “Ley Fundamental para la República Federal de Alemania) fue corolario directo de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La ley germana en cuestión prescribió que “La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección” (1949, artículo 1°, inciso 1). Desde entonces, se instauró un nuevo modelo constitucional, que parte de la premisa de la dignidad humana como eje central del Estado social, democrático y de derecho.

En el caso peruano, la Constitución de 1979 fue la primera en adoptar el nuevo modelo. La dignidad fue mencionada en cuatro cláusulas. La primera, con evidente influencia kantiana, declaraba lo siguiente: “Creyentes en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado (...)” (Constitución para la República del Perú, 1979, Preámbulo). La siguiente, disponía que: “La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre (...)” (artículo 4°). Fue así, por medio de una cláusula *numerus apertus*, que se posicionó a la dignidad como piedra angular del catálogo de derechos constitucionales. Las dos últimas disposiciones que aludieron a la dignidad humana fueron los artículos 19°, que instituía el derecho al respeto de la dignidad de las personas con discapacidad y el 42°, que prohibía que, en un

² En el Preámbulo se indica: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos (...) a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana (...)”

³ También se hace alusión a la dignidad humana en el Preámbulo y en los artículos 22° (que alude al derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de sus derechos económicos, sociales y culturales) y 23°, inciso 3 (que contempla el derecho a la remuneración equitativa y satisfactoria).

contexto de relaciones laborales, se estipulen cláusulas que desconozcan o disminuyan la dignidad de los trabajadores.

La Constitución de 1993 prácticamente copió la fórmula adoptada por predecesora. La única diferencia fue que, mientras que la Constitución de 1979 la primera ubicó a la dignidad humana en su Preámbulo, la segunda lo hizo en su artículo 1º, con el siguiente texto: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 1º). Por supuesto, la distinción de ubicaciones es irrelevante pues como indica Canales (2010), el primer artículo de la Constitución de 1993 “desempeña la función constitucional de un Preámbulo, colocando a la persona humana como máximo valor, y por encima de cualquier otro bien jurídico” (p. 104).

Queda claro, pues, que el nuevo modelo constitucional está dotado de un carácter iusnaturalista, cuya fuente de inspiración se halla en la dignidad humana. Häberle (2016) refuerza la naturaleza preconstitucional de esta última, al sostener que “Como principio jurídico, la protección de la dignidad humana (y también su irradiación hacia los derechos fundamentales en lo particular) es anterior al “Estado” y al “pueblo”” (p. 166).

Lo afirmado en el anterior acápite nos conduce a un asunto sustancial para el desarrollo de esta investigación: si bien “Estado” y “pueblo” son dos de los más relevantes términos de una Constitución Política, como tales, son obra y gracia de ella. Caso distinto es el de la dignidad humana: no nace de la Constitución; por el contrario, es esta última la que nace de ella.

El ya citado profesor Häberle (1987, como se citó en Landa, 2002) ensaya una definición normativa de la dignidad humana, a la que entiende como:

Un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento peligroso a la cuestión principal de su cualidad subjetiva; que afirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres, así como también su autonomía (p. 112).

En tal virtud, la dignidad humana se adecúa a la naturaleza de principio de principios constitucionales o, en otros términos, de “metaprincipio constitucional”, lo que significa que todo sistema normativo y orden social nacen y se gestan en ella, sin posibilidad de ignorar válidamente su garantía y observancia. De ahí que sea “una

cláusula pétrea, es decir aquella norma constitucional que expresa o tácitamente prohíbe su violación o incluso reforma constitucional” (Landa, 2002, p. 121) y, ergo, “un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover” (Tribunal Constitucional del Perú, 2003, STC. Exp. N° 00010-2002-AI, fundamento 218).

Cierto es, sin embargo, que la dignidad no es exclusivamente un (meta)principio o valor constitucional, sino también, como se señaló antes, un eje conductor de derechos e, incluso, un derecho en sí mismo. El Tribunal Constitucional (2006) ha tenido oportunidad de desarrollar esta dualidad dimensional de la dignidad humana, advirtiendo que:

[E]n tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares. [E]n tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas. (STC. Exp. N° 02273-2005-HC/TC, fundamento 10).

La naturaleza de pauta hermenéutica que ostenta la dignidad contribuye a que nuestra Constitución se asegure una adecuada “proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana” (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, STC. Exp. N° 00030-2005-PI/TC, fundamento 40), toda vez que, en rigor, “los derechos naturales -hoy llamados derechos humanos- son la expresión jurídica de la dignidad de la persona humana” (Hoyos, 2000, p. 78).

Así pues, la dignidad humana hace posible que los derechos fundamentales que de ella dimanen cuenten con un estándar mínimo o núcleo irreductible de protección, teóricamente inmune a la intervención del legislador, denominado “contenido esencial”, que no es otra cosa que el espacio que justifica la razón de ser del derecho que lo posee y que lo distingue de otros derechos fundamentales. Empero, si bien la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental supone un análisis sistemático de los

bienes constitucionales y valores que lo informan, “lo cierto es que en ese proceso adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona” (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC, fundamento 21).

En este punto, cabe resaltar que la realización de la dignidad humana comporta una obligación jurídica que no se satisface con su positivización o declaración por el Derecho, sino que son los poderes públicos y los particulares los llamados a garantizar el goce de niveles adecuados de protección a su ejercicio. (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, STC Exp. N° 02273-2005-HC/TC, fundamento 8). La dignidad humana se convierte, así, en una “materia viva” que solo puede ser garantizada si y solo si, además de detentar reconocimiento *de iure*, se permite, tolera, respeta y promueve su puesta en práctica.

De la concretización fáctica de la dignidad surge dos tipos de obligaciones a cargo de los particulares y especialmente del Estado: “obligaciones de no hacer (...) y (...) obligaciones de hacer” (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, STC Exp. N° 02945-2003-AA/TC, fundamento 20). La primera implica que el Estado debe abstenerse de intervenir en desmedro de la dignidad humana; la segunda, en cambio, le exige emprender acciones que promuevan su respeto o que, de ser el caso, la protejan frente a intromisiones arbitrarias.

En síntesis, la dignidad humana, como concepto normativo, es de un abarcamiento asaz abstracto y extenso; sin embargo, destaca su naturaleza de piedra angular de toda Constitución Política y presupuesto por antonomasia de todo Estado social, democrático y de derecho que se precie de serlo. En consecuencia, “la dignidad de la persona y su expresión jurídica, es decir, los derechos que se derivan de ella, son algunos de esos principios que se constituyen en el supuesto de toda Constitución y de toda regulación sobre los derechos humanos” (Hoyos, 1996, p.103), lo que importa, desde una faz negativa, que no existe Constitución ni derechos humanos sin dignidad.

1.1.3. Funciones

La dignidad, como presupuesto del cual se derivan los derechos fundamentales y el Estado Constitucional de Derecho desempeña una serie de funciones especiales. En

lo sucesivo haremos un recuento meramente enunciativo -y no limitativo- de las comúnmente aceptadas por la doctrina especializada.

i. Función legitimadora: Como metaprincipio constitucional, la dignidad establece las bases del ordenamiento jurídico y social de una comunidad. Canales (2010) expresa que “el carácter axiológico de la dignidad humana reside en que es fuente legitimadora de la totalidad del ordenamiento estatal (eficacia vertical); trascendiendo su influencia al atravesar cada una de las realizaciones humanas (eficacia horizontal en las relaciones *inter privatos*)” (p.107). Así, la dignidad no solo dota de legitimidad constitucional al Estado, sino que también vincula a toda la sociedad libre y democráticamente organizada y justifica e impulsa su dinamismo y desarrollo natural.

ii. Función ordenadora: La dignidad opera como “«fuerza ordenadora de las disposiciones jurídicas», esto es, como norma directriz que ha de guiar la actuación del legislador en particular y, más ampliamente aún, de todos los poderes públicos en general” (Fernández Segado, 1996, p. 29). De ese modo, la dignidad delimita y controla el accionar de los poderes públicos y privados, fijando parámetros específicos para evitar la transgresión de los derechos fundamentales de las personas. Cabe destacar que ciertos autores distinguen esta función de la dignidad de la llamada “limitadora; sin embargo, desde una perspectiva epistemológica, consideramos viable acumular ambas en una sola.

iii. Función temporal: En palabras de Landa (2021):

La dignidad humana tiene una función intemporal, propia de su carácter inviolable, ello en cuanto a que no es producto de una voluntad ocasional, sino la expresión unitaria de la voluntad política del pueblo de dar forma y modo de existencia a los principios y valores de la comunidad hacia el futuro. Por ello, la dignidad contiene una fuerza normativa duradera *sine die* que le otorga permanencia y estabilidad a la Constitución. Eso no supone obviamente la inamovilidad, sino, por el contrario, una apertura y un dinamismo que debe estar acorde al espíritu de la época (...) y que debe responder a las expectativas culturales, sociales y económicas de cada comunidad (p. 54).

Lo anterior implica que, aunque la dignidad tiene vocación de permanencia y estabilidad, su marco de protección constitucional está sujeto a los cambios sociales; lo que significa que su contenido se transforma según las demandas de la comunidad y las necesidades básicas de las personas de acuerdo con los nuevos contextos.

iv. Función integradora: La dignidad, como metaprincipio constitucional, tiene por función promover la convivencia armoniosa de la comunidad; esto es, asegurar

que los distintos actores sociales que la conforman, en medio de sus diferencias culturales, políticas, éticas y económicas, vivan en paz, respeto y unidad. Como señala Landa (2021):

La dignidad humana, en tanto expresión de la libertad y la autonomía, promueve la unidad del pueblo y, a su vez, representa la unificación del mismo, pero, como la unidad o pacto social es un proceso dinámico, se puede señalar que la dignidad de la persona constituye ese motor transformador de la propia realidad que permite el consenso y, por ende, la integración social (pp. 56-57).

v. Función libertaria: Esta función es la más cercana a la dimensión ontológica de la dignidad humana, por su directa vinculación con la noción del individuo como ser libre y autónomo. De esta se deriva el concepto de “libertad ontológica”, que no es otra que aquella que dota de plena capacidad al ser humano para decidir sobre su existencia o proyectarla escogiendo un modelo y estilo de vida. A mayor abundamiento, y sin perjuicio de lo que se señalará en la sección pertinente, Fernández Sessarego (2016) postula que:

La libertad ontológica es proyectiva. Se es libre para proyectar una manera de vivir, un estilo o tipo de vida, o un simple acontecimiento cualquiera del diario existir. La libertad ontológica, en tanto proyecto, tiene vocación de cumplimiento en la realidad, en el mundo exterior, en la cotidianidad de la vida. Se proyecta para vivir, se vive proyectando. Libertad para vivir de tal o cual modo, a través de actos, conductas, comportamientos, que configuran el existir y que trasuntan un “proyecto de vida” libremente elegido (p. 117).

Así pues, en virtud de la dignidad, el ser humano tiene la libertad para elegir *cómo ser, por qué ser y para qué ser*. En ese sentido, la función libertaria se cumple “en la medida que asegura la libertad y la autodeterminación de la persona humana. Es aquí donde (...) queda vinculada directamente con la tutela de los derechos fundamentales, en particular con los derechos a la libertad y la autonomía personal” (Landa, 2021, p. 59).

1.1.4. Dignidad humana y orientación sexual

De la lectura del artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se extrae que la dignidad alcanza a todas las personas, sin excepción; no obstante, en la práctica, algunos grupos sociales en situación de vulnerabilidad se ven menoscabados de ella. Tal es el caso de las personas LGTBIQ+, quienes frecuentemente son estigmatizadas por las concepciones morales que imperan en sociedades conservadoras o con arraigo religioso. Como indica Soto (2019) “A nivel social muchas veces las personas LGTBI son considerados como inferiores, pecadores, enfermos, malos,

delincuentes, criminales, anormales o llegado incluso a despojarlos de su condición de ser humanos” (p. 11).

Se torna acuciante, desde una fidedigna mirada a la dignidad humana, hacer frente a los prejuicios que se tienen hacia las personas LGTBIQ+. En ninguna circunstancia la orientación sexual de una persona puede justificar la intervención de su dignidad, puesto que, como ha tenido oportunidad de declarar el Tribunal Constitucional (2004) “El carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde (...) por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría” (STC Exp. N° 02868-2004-AA/TC, fundamento 23).

En ese orden de ideas, el principio-derecho de dignidad humana, como eje axiológico que legitima todo el ordenamiento constitucional, extiende su tutela a las personas LGTBIQ+ y, respecto de ellas, impone al Estado y la sociedad los deberes de protección, respeto, promoción y garantía, de los que derivan obligaciones “de no hacer” y “de hacer”, cuyo propósito es eliminar cualquier obstáculo que les impida o dificulte ejercer sus derechos fundamentales, que son expresión de la dignidad intrínseca de todas las personas (Siles Vallejos, 2010, pp. 39-40).

Los organismos supranacionales también se han pronunciado sobre la estrecha relación entre la dignidad humana y la orientación sexual de las personas. Encabeza la lista la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que, tras la iniciativa presentada por Francia ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la “Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas”, suscrita por 96 países miembros, entre los que destaca toda la Unión Europea, casi todos los países de América y Oceanía y unos cuantos países de África y Asia. La dignidad fue mentada, en su vertiente de eje conductor o piedra angular de los derechos humanos, de la siguiente manera:

Estamos, asimismo, alarmados por la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, y porque estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquellos sometidos a tales abusos (2008, Disposición N° 5).

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) también se pronunció en similar sentido. Al respecto, manifestó que “La orientación

sexual y/o identidad de género son consideradas como características innatas e inmutables, o como características tan fundamentales para la dignidad humana que la persona no debe ser obligada a abandonarlas” (ACNUR, 2014, p. 32). Luego de ello, reprochó que las instituciones encargadas de resolver solicitudes de refugio pertenecientes a algunos países emplearan la orientación sexual como criterio para su aprobación por ser esta una actitud contraria al respeto a la dignidad humana y los derechos derivados de ella.

Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) también han emitido sendos pronunciamientos al respecto. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018) expresó que “el reconocimiento de derechos de las personas LGBTI es un factor fundamental para alcanzar la igualdad, dignidad y no discriminación, así como para combatir la violencia a que estas personas están sometidas, con el fin de construir o alcanzar una sociedad más justa” (p. 33). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) declaró, sobre los vínculos afectivos conformados por personas del mismo sexo, que “del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio)” (p. 3).

Un hito en el contexto de reconocimiento de derechos de las personas LGBTIQ+ fue la suscripción de los Principios de Yogyakarta. Este documento de naturaleza *soft law* fue elaborado por especialistas en asuntos vinculados a la orientación sexual e identidad de género de las personas y presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra. En su introducción se describe que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. (...) La orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona (...)” (Principios de Yogyakarta, 2007).

En ese orden de ideas, la dignidad humana, como metaprincipio portador de valores y eje conductor del edificio de derechos fundamentales de las personas es el sustento primario para defender y garantizar los derechos que asisten a las personas LGBTIQ+, cuya situación de vulnerabilidad se produce, precisamente, por poseer una orientación sexual o identidad de género que no se ajusta al sistema heteronormativo. A continuación, analizaremos otro principio-derecho también directamente comprometido: el de igualdad y no discriminación.

1.2. El principio-derecho de igualdad y no discriminación

1.2.1. Origen histórico

La llegada del Estado Liberal y la ruptura con la sociedad estamental del Antiguo Régimen fueron propiciadas por dos movimientos sociopolíticos conocidos como la Revolución Francesa y la Revolución Estadounidense (también llamada la Revolución de las Trece Colonias). La primera se nutrió de las ideas de los pensadores que integraron el movimiento cultural e intelectual difundido en Europa -con especial preponderancia en Francia, Reino Unido y Alemania- denominado “La Ilustración”. Kant fue el referente más importante en la revaloración del ser humano, pero fueron Montesquieu, Rousseau y Voltaire quienes influyeron directamente en la recomposición de los derechos de las personas y en la necesidad de que el poder político se encuentre a merced de la ciudadanía y no viceversa. En esa coyuntura nació el principio-derecho de igualdad ante la ley, como parte del lema “*Liberté, égalité et fraternité*” (libertad, igualdad y fraternidad), difundido por Maximilien Robespierre en el “Discurso sobre la organización de las guardias nacionales”. Como indica Bernales (2012):

La igualdad ante la ley fue un concepto subversivo hasta finales del siglo XVIII. Es la revolución liberal iniciada en Francia la que modifica radicalmente una serie de concepciones, consagrando a la igualdad como uno de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano (p. 100).

Empero, en aquellos países el principio-derecho de igualdad estaba supeditado a la pertenencia a determinado estrato social, pues si bien se logró suprimir la nobleza y repotenciar la burguesía, continuó vigente la esclavitud. Frente a ello, años después, los esclavos gestaron la Revolución de Haití (entonces *Saint Domingue*), por medio de la cual reclamaron la abolición de su esclavitud y la independencia de Francia.

Los revolucionarios haitianos, según relata Garay (2014), propalaron los principios de igualdad, libertad y solidaridad o muerte. Buscaron difundir la proclamación de la igualdad de los hombres en todas las colinas, aduciendo que el colonizado era igual al colono. Previsiblemente, la burguesía metropolitana no admitió dicha interpretación y rechazó su aplicación en las colonias, decretando, en el artículo 8° del Título Séptimo de la “Revisión de los Decretos Constitucionales” de la Constitución francesa de 1791, que “Las Colonias y posesiones francesas de Asia, África y América, si bien forman parte del Imperio Francés, no están comprendidas en la presente Constitución” (p. 293). En respuesta, en julio de 1792, Jean François Papillon, Georges Biassou y Toussaint

Louverture (líderes de la Revolución haitiana) dirigieron una carta a la Asamblea General de Francia con el siguiente tenor:

Vosotros caballeros que pretendéis someternos a la esclavitud. ¿No habéis jurado respetar la Constitución francesa? ¿Qué dice esta respetable Constitución? ¿Cuál es la ley fundamental? ¿Habéis olvidado que os habéis comprometido con la Declaración de Derechos del Hombre, que dice que los hombres han nacido libres, iguales con derechos; que sus derechos naturales incluyen la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión? (Aristide, 2013, p. 57)

Aquel suceso avivó el movimiento abolicionista haitiano, que forzó a la Convención Nacional de Francia a abolir la esclavitud en todas sus colonias. Fue así como se aprobó el 4 de febrero de 1794 un proyecto de decreto con el siguiente texto: “La Convención nacional declara la esclavitud abolida en todas las colonias. Declara en consecuencia que todos los hombres, sin distinción de color, domiciliados en las colonias, son ciudadanos franceses y gozan de todos los derechos garantizados por la Constitución” (Kimou, 2014). Aunque en 1802 Napoleón restituyó la esclavitud, no tardó en abolirse de nuevo -y aquella vez, en forma definitiva-, justamente en el contexto de la independencia de Haití (1804).

La Revolución Haitiana es, quizá, el suceso más representativo del proceso de universalización del principio-derecho de igualdad. Su cuestionamiento a la perpetuación de la esclavitud hizo visible la paradoja de que “solo algunas personas sean iguales”. Sin duda, una proclamación en esas condiciones bien podría equipararse al lema planteado por Orwell (2000): “Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros” (p. 121).⁴

En el plano nacional, el principio de igualdad ante la ley siempre ha sido reconocido en nuestras Constituciones. La primera de ellas, la Constitución Política de la República Peruana (1823), disponía que “Todos los ciudadanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue (...)” (artículo 23°). Sin perjuicio de ello, como principio-derecho

⁴ En la novela *Rebelión en la granja*, luego de que los animales de la Granja Solariega expulsaran al granjero Howard Jones y decidieran autogobernarse para erradicar los abusos humanos, instituyeron siete mandamientos. Uno de ellos fue el siguiente: “Todos los animales son iguales”. Con el pasar del tiempo, libres de toda intervención humana, los cerdos -los más inteligentes entre los animales- tomaron las riendas de la granja en forma dictatorial y modificaron el mandamiento relativo a la igualdad, que quedó redactado así: “Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros”.

de igualdad y no discriminación, la primera en reconocerlo fue la Constitución para la República del Perú (1979), que establecía que “Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idiomas (...)” (artículo 2º, inciso 2).

1.2.2. Igualdad y no discriminación como principio y como derecho

Tres disposiciones de nuestra Constitución hacen alusión al principio-derecho de igualdad y no discriminación. La primera declara que “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 2º, inciso 2). La segunda, que incide en el ámbito laboral, prevé que “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) Igualdad de oportunidades sin discriminación” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 26º, inciso 1,). La última, dispone que: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas (...)” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 103º).

A guisa de acercamiento preliminar al principio-derecho en cuestión, es preciso traer a cuenta lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984):

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza de género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda 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 hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza (Opinión Consultiva OC-4/84, fundamento 55).

En esa medida, “la igualdad ante la ley no borra las diferencias naturales, sino que establece una igualdad básica de derechos, a partir de la cual podemos realizarnos en medio de nuestras diferencias” (Bernal, 2012, p. 100). Dicho de otro modo:

La igualdad en la teoría de los derechos fundamentales significa únicamente coincidencia cualitativa, no “identidad” ni “ semejanza”; por eso mismo, (...) no es un derecho a la identidad o a ser tratado igual que los demás de manera general, sino más bien se trata, en estricto, de un derecho a la diferencia, a ser tratado igual que los que están en la misma situación (León Vázquez, 2021, p. 47).

En consecuencia, el principio-derecho de igualdad y no discriminación es un elemento esencial del Estado social de derecho, en el cual los derechos fundamentales de las personas no están supeditados a la ley, sino que son connaturales a todas las personas, sin distinción. De ese modo, articula y promueve una gestión pública orientada en la ciudadanía, a través del ejercicio democrático del poder político.

En cuanto a su estructura, el principio-derecho de igualdad y no discriminación se divide “en dos planos convergentes. En el primero se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado social y democrático de derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona” (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, STC Exp. N° 00018-2003-AI/TC, fundamento 2). Esa dualidad dimensional, que vincula a todo el ordenamiento jurídico y armoniza las relaciones entre particulares y entre estos y el Estado, ejerce una especie de rol pacificador. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional (2003) ha remarcado que el referido principio-derecho actúa:

- a) como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y d) como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres (STC Exp. N° 261-2003-AA/TC, fundamento 3.1).

García Toma (2013) arguye que, como principio, la igualdad ante la ley exige del Estado, en forma simultánea y sincrónica, una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o intervencionista. La primera implica tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, así como prohibir que la ley auspice situaciones discriminatorias de cualquier índole. La segunda supone tratar diferentemente a un sector de la población, por un lapso determinado, mediante la acción afirmativa o discriminación a la inversa (p. 172).

Por otra parte, como derecho fundamental, el Tribunal Constitucional (2004) ha señalado que la igualdad es una atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su propia naturaleza, que consiste en recibir un trato igualitario frente al resto en situaciones o hechos coincidentes, así como en erradicar los privilegios y tratos preferentes. Por tanto, el derecho a la igualdad comporta un presupuesto

indispensable para ejercer los distintos derechos individuales, por lo que no se trata de un derecho autónomo, sino relacional, que funciona en la medida en que se liga a otros derechos, facultades y prerrogativas constitucionales y legales (STC Exp. N° 00018-2003-AI/TC, fundamento 2).

En esa línea, un aspecto crucial del principio-derecho de igualdad y no discriminación radica en los efectos que irradia en los derechos fundamentales de las personas. A través de aquel se concede los mismos estándares de protección a todas las personas e iguales condiciones para que se desenvuelva en distintos ámbitos de la vida. Por ejemplo, se garantiza la igualdad de oportunidades para acceder a un empleo, a un tribunal de justicia, a estudios superiores o, como se verá luego, al matrimonio.

1.2.3. Igualdad formal y material

El reconocimiento formal del principio-derecho de igualdad no basta para erradicar las desigualdades sociales. Por ello, es menester ampliar su espectro de protección constitucional e instaurar medidas que promuevan la efectiva igualdad de las personas.

No basta con que el Estado dicte normas no discriminatorias, sino que ha de adoptar medidas para conseguir la igualdad efectiva de todos los ciudadanos. Y entre estas medidas puede ser preciso en ocasiones dictar normas aparentemente desigualitarias para favorecer a ciertos sectores de población en situación de inferioridad económica o social (Carmona, 1994, p. 271-272).

En ese orden de ideas, el principio-derecho de igualdad se escinde en dos dimensiones: igualdad formal e igualdad material. Eguiguren Praeli (1997) explica que, en virtud de la igualdad formal, todos los individuos tienen derecho a que la ley los trate y se les aplique por igual, mientras que la igualdad material obliga a que la ley tienda a crear igualdad de condiciones y oportunidades para las personas (p. 65). Un ilustrativo ejemplo de esa dicotomía se halla en la Constitución de España, que reconoce a ambas en sendas disposiciones. La primera, referida a la igualdad material, dispone lo siguiente:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (Constitución Española, 1978, artículo 9°, inciso 2).

La siguiente, vinculada a la igualdad formal, prevé que: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. (Constitución Española, 1978, artículo 14°).

Nuestra Constitución Política no efectúa dicha distinción, pues los artículos 2°, inciso 2 y 103° solo aluden a la igualdad formal. Comoquiera, tal omisión no debe asumirse como una restricción al accionar del Estado; antes bien, secundando a Mesía (2004), “la cláusula de igualdad impone a los órganos del Estado una auténtica obligación de hacer y de actuar, a fin de obtener unos determinados resultados sociales” (p. 102).

1.2.4. Igualdad en el contenido de la ley e igualdad en la aplicación de la ley

En los albores del Estado liberal, el principio-derecho de igualdad y no discriminación se circunscribía a garantizar que las leyes cuenten con un contenido abstracto o general. Tiempo después, la noción de igualdad fue evolucionando, pasando a exigir a los tribunales de justicia que apliquen la ley a todas las personas por igual. Hoy en día, esas dos manifestaciones del derecho a la igualdad se conocen como igualdad en el contenido de la ley (también señalada como igualdad en la ley o de la ley) e igualdad en la aplicación de la ley. Eguiguren Praeli (1997) acuña una concisa delimitación conceptual de cada una de ellas:

- 1) La igualdad de la ley o en la ley (...) impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá -como pauta general- aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas.
- 2) La igualdad en la aplicación de la ley (...) impone una obligación a todos los órganos públicos (incluidos los órganos jurisdiccionales) por la cual éstos no pueden aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares (p. 64).

Para comprobar la existencia de una afectación a ambas facetas del derecho a la igualdad es preciso que quien las alegue proponga un término de comparación válido, mediante el cual se verifique el trato desigual en situaciones análogas. Los supuestos en los que se lesiona el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley han sido explicados por nuestro Tribunal Constitucional (2006):

Tratándose de una objeción del derecho a la igualdad en el ámbito jurisdiccional, ese término de comparación no puede ser otro que la existencia de una o varias decisiones, previas o de la misma fecha, donde ante hechos similares y frente a una norma aplicable, el caso se haya resuelto de una manera contraria a la resolución judicial que se cuestiona. Es preciso, además, que entre la

resolución que se cuestiona y la resolución con la que se contrasta su tratamiento diferenciado, exista: a) identidad del órgano judicial que resolvió el caso; b) que el órgano judicial tenga una composición semejante; c) que los supuestos de hecho sean sustancialmente iguales d) se haya producido una disparidad en la respuesta jurisdiccional; y, e) no exista una motivación del cambio de criterio (STC Exp. N° 01211-2006-AA/TC, fundamento 24).

La interpretación de dichos criterios no debe ser restrictiva, pues podría coartarse la independencia de la función jurisdiccional, prevista en los artículos 139°, inciso 2 y 146°, inciso 1 de la Constitución Política y trancar la evolución jurisprudencial en desmedro de las nuevas necesidades sociales básicas que deben ser atendidas.

1.2.5. Discriminación y diferenciación

El derecho a la no discriminación, reconocido en diversos acuerdos y resoluciones internacionales y en nuestra Constitución supone el “reconocimiento de las personas entre sí en su condición de seres humanos sustancialmente iguales, que se deben respeto unos a otros y que, por lo tanto, no pueden agredirse por causas inherentes a su existencia en dignidad” (Gutiérrez y Sosa, 2013, p. 110).

Cuando hablamos de discriminación, nos referimos:

[A] la desigualdad de trato injustificado y al desprecio de las personas sobre la base de prejuicios (estereotipados) relativos a algunas de sus características, que tiene por objeto o efecto perjudicar, degradar o excluir socialmente a los (grupos de) poseedores de las características respectivas (León Vásquez, 2021, p. 109).

Por consiguiente, una discriminación ocurre cuando, en circunstancias en las que es mandatorio conceder un trato igualitario a todas las personas, se establece diferencias hacia un grupo o alguien en específico por sus características y particularidades (edad, sexo, color de piel, nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, etc.) con fines segregacionistas y deliberadamente contrarios a su dignidad. Así las cosas, toda diferencia arbitraria, fundada en aspectos en los que todos somos iguales por naturaleza, resulta inconstitucional.

Ahora bien, como sostiene Huerta (2005), “no todo trato diferenciado implica una discriminación. Pero, para que ese trato diferenciado no sea considerado como discriminatorio, debe analizarse si el mismo se encuentra justificado” (p. 314). Bajo esa construcción epistémica, Alexy (2002), plantea dos máximas: “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un

tratamiento igual” (p. 395) y “Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual” (p. 397). En resumidas cuentas, la regla general es la igualdad y la excepción, la diferenciación.

Los tratos diferenciados válidos son muy concretos. García Toma (2013) indica que “El tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus “calidades accidentales” y de la naturaleza de las cosas que los vinculan coexistencialmente” (p. 179). Por “calidades accidentales” se alude al conjunto de características físicas, psíquicas o intelectuales de cada particular, entre las que destacan la estatura, el peso, la inteligencia, la personalidad, etc. A su vez, la “naturaleza de las cosas” se refiere a las características específicas de un caso o circunstancia particular o excepcional.

La diferenciación también se manifiesta a través de las “acciones afirmativas”, cuyo origen se deriva, en forma implícita, del deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, instituido en el artículo 44° de nuestra Constitución. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional (2005) ha indicado que:

[E]l Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como "discriminación positiva o acción positiva - *affirmative action*-. La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado (STC Exp. N° 00048-2004-PI/TC, fundamento 63).

Las acciones afirmativas, como es posible advertir, están asociadas a la igualdad material. De ese modo, si el propósito del Estado es suprimir las desigualdades sociales, el trato desigual es constitucionalmente exigible. *A contrario sensu*, “un trato igualitario puede resultar inconstitucional si las condiciones y circunstancias fácticas exigen –para cumplir con la regla de igualdad– un trato desigual” (Gutiérrez y Sosa, 2013, p. 108).

De forma más específica, Pazo (2015) afirma que:

Si algo caracteriza a las medidas afirmativas es el deseo de contribuir con el quehacer social a través de la colocación de los seres humanos en un mismo punto de partida en relación con la concreción de su proyecto de vida, lo cual puede generar que los Estados adopten determinadas medidas compensatorias, a las cuales debería brindárseles legitimidad constitucional a fin que puedan cumplir los propósitos u objetivos que se han trazado (p. 207).

Así pues, el trato diferenciado es admisible ante la concurrencia de hechos objetivos, razonables y debidamente justificados. Por esa razón, quien considere que una norma, medida o resolución vulnera su derecho a la no discriminación, a consecuencia del establecimiento de una distinción arbitraria ha de proponer, como indicamos *supra*, un *tertium comparationis* válido que evidencie tal vejación. Ante ello, el juez deberá aplicar un “test de igualdad” que determinará, paso a paso, si la diferenciación es o no contraria al parámetro constitucional.

1.2.6. El test de igualdad

El test de igualdad es una metodología frecuentemente empleada en la justicia constitucional para dilucidar si una medida restrictiva de derechos, principios o valores constitucionales es contraria al principio-derecho de igualdad y no discriminación. A través de aquel “lo que se pone en juego es la igualdad por medio de una ley o acto administrativo que puede violentar el derecho a la no discriminación” (Vásquez, 2018, p. 77). Su objetivo consiste en evaluar si una medida o norma jurídica que establece un trato diferenciado hacia cierto grupo de la población es -o no- objetivo y razonable. En términos técnicos, lo que la citada metodología busca es cautelar la igualdad en el contenido de la ley y, con ello, proscribir todo trato discriminatorio.

Son seis los pasos que se emprenden para verificar si la norma o medida que establece un trato diferenciado es válida o no. La sola constatación de la falta de cumplimiento de uno de ellos acarrea su invalidez *ipso iure*

- Primer paso: Verificación de la diferenciación legislativa (juicio de racionalidad)
- Segundo paso: Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad
- Tercer paso: Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación
- Cuarto paso: Examen de idoneidad
- Quinto paso: Examen de necesidad
- Sexto paso: Examen de proporcionalidad en sentido estricto (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, STC Exp. N° 00004-2006-PI/TC)

En el primer paso, se comprueba si efectivamente existe un trato disímil entre supuestos de hecho equivalentes o iguales planteados como término de comparación. De darse el caso, se comprobaría, *a priori*, la contravención al derecho a la no discriminación de la persona afectada con la medida.

En el segundo paso, se califica el grado de intervención en el derecho a la igualdad. Es de intensidad grave si la diferenciación incide en uno de los motivos

prohibidos por el artículo 2º, inciso 2 de la Constitución Política (raza, sexo, idioma, religión, opinión, etc.) o en otros contrarios a la dignidad humana, a través del cual se frustra o menoscaba un derecho o principio constitucional. Es media si la diferenciación descansa en los motivos antes referidos, pero afecta derechos o bienes previstos en la ley o en normas de menor jerarquía. Por último, es leve si se funda en motivos previstos en la ley o en una norma de menor rango.

En el tercer paso, se estudia el objetivo y el fin del tratamiento diferenciado:

El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, STC Exp. N° 00045-2004-PI/TC, fundamento 37).

Los tres siguientes pasos conforman el denominado “test de proporcionalidad”, integrado por el examen de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. El examen de idoneidad evalúa si la restricción al derecho es pertinente o adecuada a la finalidad que busca tutelar. Superado ese primer paso, se efectúa el examen de necesidad, en el que se verifica si existen medios alternativos menos limitativos o restrictivos que el adoptado en mérito a la medida o norma en cuestión. Superados los dos pasos previos, se prosigue con el examen de proporcionalidad, según el cual, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (Tribunal Constitucional del Perú, 2008, STC Exp. N° 00579-2008-PA/TC, fundamento 25); es decir, evalúa si el sacrificio del derecho a la igualdad es inferior y, ergo, se compensa cualitativamente con la optimización y utilidad del fin constitucional de la medida o norma que establece el trato diferenciado.

1.2.7. Igualdad y no discriminación y orientación sexual

El principio-derecho de igualdad y no discriminación nos define como iguales pero diferentes (de acuerdo con nuestras particularidades). La orientación sexual es, casualmente, un criterio sobre el cual no es permisible efectuar diferencias de trato (legal o fáctico) entre las personas.

En la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, la Asamblea General de las Naciones Unidas (2008) ratificó “el principio de no

discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género” (acápito 3). A su turno, en los Principios de Yogyakarta (2007) se dispuso lo siguiente:

La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales (principio 2).

Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1994) declaró que la referencia al “sexo” que hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 2º, inciso 1 y 26º, que enuncian el principio-derecho de igualdad y no discriminación, incluye la orientación sexual (Comunicación N° 488/1992, Caso Nicholas Toonen vs. Australia, fundamento 8.7).

Las Cortes regionales de protección de derechos humanos también se han pronunciado al respecto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2000) manifestó que la diferencia de trato basada en la orientación sexual se encuentra implícitamente prohibida por el artículo 14º del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵, pues la lista contenida en dicha disposición es ilustrativa y no exhaustiva, como se demuestra en el empleo de las palabras “cualquier otra situación” (Caso Salgueiro da Silva Moura vs. Portugal, párrafo 28). En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), declaró que:

Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribela discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como (...) la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención (Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, fundamento 93).

En ambos casos, los recurrentes demandaron la afectación de su derecho a la igualdad y no discriminación, toda vez que las autoridades de sus respectivos países

⁵ El artículo en comentario dispone que: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

(Portugal y Chile) les retiraron la custodia de sus hijos luego de que revelaran ser homosexuales y convivir con sus parejas. En respuesta, la Corte IDH y el TEDH confirmaron la vulneración alegada y determinaron, por analogía, que también se había producido la afectación de sus derechos a la vida privada y a la protección de la familia.

En el marco de lo señalado *supra*, esto es, que no se puede negar o restringir ninguno de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) empleando como sustento la orientación sexual de una persona, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) manifestó que establecer un trato diferenciado entre las parejas heterosexuales y las del mismo sexo, en lo concerniente a la posibilidad de formar una familia por unión de hecho o matrimonio, no supera un test de igualdad, pues carece de una finalidad convencionalmente aceptable que justifique su necesidad o proporcionalidad (Opinión Consultiva OC-24/17, fundamento 220).

De esa manera, el referido colegiado concluyó que el derecho de igualdad y no discriminación justifica extender a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio, reconocido en el artículo 17°, inciso 2 de la CADH. En otra ocasión, bajo ese razonamiento, la Corte IDH (2016) concluyó que es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación, negar a la pareja de un fallecido el acceso a una pensión de sobreviviente, solo en función de su orientación sexual (Caso Duque vs. Colombia, fundamento 138).

En el Perú, la situación de discriminación que padecen las personas LGBTIQ+ es preocupante. El Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018) reveló que el 62,7% de las personas LGTBIQ+ encuestadas, manifestaron haber sufrido actos de discriminación y/o violencia. De ellas, el 65,6% indicaron que los actos se perpetraron en espacios públicos y el 57,6% en el ámbito educativo. Todo ello se agrava con las cifras siguientes: solo el 4,4% de quienes sufrieron agresiones o discriminaciones denunciaron dicho acto y, peor aún, solo en el 7,8% de los casos se sancionó a la persona agresora (pp. 22, 25-26). La Corte IDH (2020) tomó en cuenta dichos indicadores, tras comprobar que los prejuicios hacia las personas LGBTIQ+ ocurren, incluso, en el núcleo de las autoridades regionales y locales:

[L]a inclusión de un indicador que implique la “erradicación de homosexuales y travestis” en los Planes de Seguridad Ciudadana es una medida altamente discriminatoria que exacerba los prejuicios en contra de la población LGBTI y, por tanto, fomenta la posibilidad de ocurrencia de la violencia por prejuicio, como la ocurrida en el presente caso. En consecuencia, la Corte ordena

al Estado, en coordinación con los gobiernos locales y regionales, eliminar de los Planes de Seguridad Ciudadana de las Regiones y Distritos del Perú el indicador de “erradicación de homosexuales y travestis”, en un plazo de un año (Caso Azul Rojas Marín, fundamento 255).

El ordenamiento jurídico peruano prevé un mecanismo de protección a las personas LGBTIQ+ frente a la vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación, que es el recurso de amparo, que prohíbe toda distinción fundada en la orientación sexual de un individuo. Por tanto, esta última está incluida dentro del de enunciado “o de cualquier otra índole” del artículo 2º, inciso 2 de nuestra Constitución, por lo que constituye una categoría sospechosa, protegida por el derecho en mención.

A nivel nacional, la protección del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas LGBTIQ+ se ha impulsado en casos concretos. Destaca la acción de inconstitucionalidad que interpuso la Defensoría del Pueblo contra distintas disposiciones del Decreto Ley N° 23214, Código de Justicia Militar (1980), como la siguiente: “El militar que practicare actos deshonestos o *contra natura* con persona del mismo sexo, dentro o fuera del lugar militar, será reprimido con expulsión de los Institutos Armados si fuese Oficial y con prisión si fuese individuo de tropa” (artículo 269º). Como respuesta, confirmando que la orientación sexual constituye una categoría sospechosa, protegida por el principio-derecho de igualdad y no discriminación, el Tribunal Constitucional (2004) resolvió lo siguiente:

[E]s inconstitucional, por afectar el principio de igualdad, que sólo se haya previsto como una conducta antijurídica -no importa ahora si en el sentido de naturaleza disciplinaria o como figura delictiva- la práctica de un acto deshonesto contra una persona del mismo sexo, y no, por el contrario, con igual razón, la práctica deshonesto contra una persona de sexo diferente. Si lo antijurídico es la práctica de una conducta deshonesto, no existe razón objetiva ni base razonable, para que se sancione sólo las efectuadas entre personas del mismo sexo (STC Exp. N° 00023-2003-AI/TC, fundamento 87).

En otra circunstancia, la Defensoría del Pueblo (2019) argumentó que “El derecho a la igualdad garantiza que las personas no sean discriminadas en base a su orientación sexual o identidad de género, por tanto, no puede prohibirse el reconocimiento de la unión matrimonial en base a la homosexualidad de sus contrayentes” (p. 14).

Como se ha podido verificar, en el Perú continúa negándose sistemáticamente el reconocimiento cabal del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas LGTBIQ+. En ocasiones, son las normas las que propician su discriminación, al

excluir las de sus efectos y alcances. Los órganos jurisdiccionales, por su parte, no contribuyen a suplir dichos desbalances normativos, pues hasta el momento no han optado por mecanismos de interpretación favorables y garantistas que confronten la patente situación de desigualdad y discriminación que padecen dichas personas. Así las cosas, es urgente que la agenda estatal incluya acciones afirmativas en aras de erradicar la discriminación hacia las personas LGBTIQ+ y procurar su igualdad material, a través de un trabajo interinstitucional que garantice y promueva el reconocimiento y disfrute de los mismos derechos para todos.

1.3. El derecho al libre desarrollo de la personalidad

1.3.1. Contenido constitucionalmente protegido

En el constitucionalismo contemporáneo, la libertad actúa como principio axiológico de los derechos fundamentales y como expresión de la capacidad de autodeterminación de las personas. En palabras de Romero Herrera (2021):

El constitucionalismo surge bajo la premisa de la libertad de las personas como límite a la intervención del Estado, de ahí el reconocimiento inicial de los derechos fundamentales como derechos de defensa o derechos de autonomía (...). Es decir, la libertad garantizada en una manifestación pura no condicionada a ningún fin o sometida a una función (...), tan solo como contraposición al poder y, como tal, como autodeterminación de la persona (p. 20).

La libertad general de actuar de una persona en cada aspecto de su vida se encuentra garantizada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en nuestra Constitución en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho (...) a su libre desarrollo” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 2º, inciso 1). Como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (1992):

Se quiere garantizar con él la libertad general de actuar, de hacer o no hacer lo que se considere conveniente. Por tanto, se inscribe en el amplio ámbito de la libertad y en todas aquellas manifestaciones en que el ser humano se proponga autónomamente realizar las más diversas metas. Su compleja naturaleza hace que la protección que le depara el ordenamiento cobije las relaciones del hombre en el campo social, político, económico y afectivo, entre otras. En virtud de este derecho el Estado no puede interferir el desarrollo autónomo del individuo, sino que, por el contrario, debe procurar las condiciones más aptas para su realización (...) (STC T-222-92, considerando F).

En similar sentido, El Tribunal Constitucional (2004) manifestó que:

[E]l derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera del desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres (STC Exp. N° 02868-2004-AA/TC, fundamento 14).

Desde la perspectiva de Rubio, Eguiguren y Bernal (2011), el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

[C]onsiste en la posibilidad que debe tener cada ser humano de desarrollar todas sus potencialidades y que, en conjunto, son irrepetibles en otro ser humano, ejercitando su libertad y realizándose como persona válida por sí misma. Es un derecho que se ejecuta necesariamente en el devenir, del presente hacia el futuro (p. 135).

Se observa, pues, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza la realización del proyecto de vida libremente escogido por un individuo, “en donde el desarrollo de la persona es expresión de sus aptitudes, intereses, convicciones y deseos mediante su actuación o verificación en el seno de la sociedad” (García Toma, 2013, p. 162).

La garantía del empleo y desarrollo de las potencialidades físicas, intelectuales o morales pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad y es la vía principal para lograr la realización individual. Por esa razón es un derecho con vocación de permanencia, ya que la ejecución del proyecto de vida no está adscrita a un momento o acontecimiento específico, sino que es permanente y progresiva.

En línea con lo antes señalado, el referido derecho se vulnera “cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano” (Corte Constitucional de Colombia, 1994, STC T-429-94, fundamento 2). Por ese motivo, para que una restricción al derecho al libre desarrollo de la personalidad sea constitucionalmente válida, debe obedecer a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, bajo apercibimiento de frustrar todo un ideal de existencia autónoma y progresivamente construido.

En relación con lo último, Mesía arguye (2004) que es imposible realizar el personalísimo plan de vida si no se goza de los bienes materiales y espirituales que

caracterizan una existencia digna y compatible con la condición humana (p. 98). Ahí se evidencia el nexo indisoluble entre dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, pues la libertad general de actuar y la libre elección del proyecto de vida son dos paradigmas medulares de toda existencia digna, consustancial a la condición humana.

A mayor abundamiento, Santana (2014) expone que:

[D]esarrollar la personalidad es desarrollar las condiciones de ser humano, las notas que definen precisamente su condición. De esta manera, existiría una íntima conexión entre las ideas que representan los conceptos constitucionales de dignidad personal, de derechos humanos y de libre desarrollo de la personalidad (p. 102).

Otro aspecto distintivo del derecho en mención es que acarrea una obligación por parte del Estado. En palabras de Eto (2013) “supone que el Estado deba garantizar la libre manifestación de la capacidad de autodeterminación de las personas a través de su libre actuación general en la sociedad” (p. 222). Surge, pues, una vinculación estatal doble: en forma activa, salvaguardando la autodeterminación de las personas y facultando el ejercicio de sus proyectos de vida y en forma pasiva, absteniéndose de incurrir en actos o establecer límites contrarios a su libre desenvolvimiento y realización. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional (2011) declaró que:

La libertad natural del ser humano (...) se juridifica impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considera banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales (STC Exp. N° 00032-2010-PI/TC, fundamento 23).

Como se aprecia, el derecho al libre desarrollo de personalidad posee un vasto espectro de protección constitucional.

La amplitud de su objeto se explica por el propósito del Constituyente de reconocer un derecho completo a la autonomía personal, de suerte que la protección de este bien no se limite a los derechos especiales de libertad que se recogen en el texto constitucional, sino que las restantes manifestaciones bajo la forma de derechos subjetivos de autonomía ingresen en el campo del libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional de Colombia, 1998, STC T-067-98, fundamento 6).

Uno de los beneficios de ese amplio espectro normativo del derecho en cuestión es que “permite el reconocimiento progresivo de nuevos derechos fundamentales, constituye una verdadera cláusula de derechos no enumerados, buscando su eficacia de

manera genérica, mostrando sus límites con base al principio de legalidad y proporcionalidad” (Alvarado, 2015, p. 16). Así pues, el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza una libertad general de actuar que, a su vez, irradia en cada aspecto de la vida de una persona. Ese alcance general y a la vez específico coadyuva a reconocer otros derechos, vinculados a la dignidad, autonomía y libertad de los seres humanos. Tal es el caso del derecho a contraer matrimonio, como explicaremos más adelante.

Por último, es pertinente diferenciar el derecho al libre desarrollo de la personalidad (también denominado “libertad general” o “libertad individual”) del derecho a la libertad personal. Romero (2021) establece un paralelo ilustrativo:

[E]n el caso de la libertad personal nos encontramos, principalmente, bajo la regulación del artículo 2.24 de la Constitución, mientras que, con el libre desenvolvimiento de la personalidad, su análisis expreso se desarrollará en el marco del art. 2.1 (libre desarrollo de la personalidad) y art. 2.24.a (que señala que nadie está obligado a lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe) (...). Asimismo, mientras con la libertad personal nos encontramos frente a un derecho específico (...), el derecho a la libertad general, por el contrario, supone un derecho general o subsidiario, ya que expresa aquellas conductas que no estando protegidas por derechos fundamentales específicos, se hace posible su protección a través de este. De esa manera, este derecho puede brindar protección a actos tan simples como montar un caballo, fumar o decir tener el cabello largo (...). De acuerdo a ello, estaríamos frente a un derecho (...) “entendido como la facultad de toda persona de hacer o no hacer lo que quiera” (...), distinto al derecho a la libertad personal que garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física (pp. 26-27).

1.3.2. Libre desarrollo de la personalidad y orientación sexual

La libertad de una persona de desenvolverse y ejecutar su proyecto de vida conforme a su orientación sexual representa una “parcela de libertad” protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016) ha manifestado que “la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” (Caso Flor Freire vs. Ecuador, fundamento 103).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2010), por su parte, ha expresado que:

De la dignidad humana (...) deriva (...) el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones (...) su libre opción sexual. (...) Es, por tanto, la orientación sexual de

una persona, como parte de su identidad personal, un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo o no y que, en modo alguno, deberá limitarlo en la búsqueda y logro de su felicidad (Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, fundamentos 263 y 264).

Aunque el derecho a libre desarrollo de la personalidad garantiza que toda persona pueda expresarse públicamente con arreglo a su orientación sexual, en la práctica, las parejas del mismo sexo continúan sufriendo actos de violencia verbal y física de parte de particulares o incluso de agentes policiales. Esto último fue visibilizado por diversos medios de prensa con ocasión de la manifestación realizada en la Plaza de Armas de Lima, en febrero de 2011, denominada “Besos contra la Homofobia”, organizada por el Movimiento Homosexual de Lima (MHOL), cuyo propósito fue reivindicar los derechos de las personas LGTBIQ+ eternamente postergados por la homofobia. Pese a tratarse de una moción pacífica, la policía incurrió en actos violentos y arbitrarios de represión⁶ que fue, casualmente, el móvil de posteriores ediciones de dicha concurrencia. PROMSEX (2016) señaló, al respecto, que:

[L]a actuación de la policía, cuya finalidad es reprimir y obstaculizar la muestra de afectos entre parejas no heterosexuales, constituye una violación del derecho a expresarse libremente, al libre desarrollo de la personalidad (...); situación que se agrava por fundamentarse en la orientación sexual (...) de las personas (p. 69).

En la anterior sección, evidenciamos que el derecho a contraer matrimonio se encuentra garantizado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que la elección de una pareja y el deseo de formar una familia con ella puede formar parte integrante del proyecto de vida de una persona. Impedir que parejas del mismo sexo forjen vínculos a través del matrimonio o la unión de hecho constituye, por tanto, una arbitrariedad. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia (2011) ha sostenido que:

[P]ara lograr que el derecho al libre desarrollo de la personalidad les sea respetado a los homosexuales y que en el ámbito de las regulaciones sobre la familia se supere el déficit de protección al que están sometidos, hace falta en el ordenamiento una institución contractual, distinta de la unión de hecho, que les permitiera optar entre una constitución de su familia con

⁶ Puede verificarse dicha información en la columna “Docenas de homosexuales se besan en Lima contra la homofobia”, elaborada por la Agencia EFE, disponible en <https://www.efe.com/efe/america/sociedad/decenas-de-homosexuales-se-besan-en-lima-para-protestar-contra-la-homofobia/20000013-3176799>

un grado mayor de formalización y de consecuente protección y la posibilidad de constituirlos como una unión de hecho que ya les está reconocida (C-577/11, fundamento 4.5.3.3).

El citado ente jurisdiccional, además de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, refirió que el deseo de formar una familia y, por ende, admitir la adopción homoparental, también forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges. En parecida dirección, a nivel nacional, la Defensoría del Pueblo (2014) expresó que, dado que este permite que una persona opte por un proyecto de vida independientemente de su orientación o identidad sexual, el ordenamiento jurídico no puede imponerle barreras que limiten su ejercicio en base a ambas. Si bien no existen prohibiciones expresas para que las parejas homosexuales puedan acceder a derechos o prestaciones sociales, la ausencia de normas y políticas públicas a su favor constituye una afectación a su plan de vida, carente de asidero constitucional, por lo que deben ser contrarrestadas desde el Estado (p. 14).

El derecho al libre desarrollo de la personalidad también surte efectos en el ámbito educativo, en tanto garantiza que ningún centro educativo imponga a sus alumnos una orientación sexual específica como parte de la formación axiológica que brindan. En expresiones de la Corte Constitucional de Colombia (2002):

La elección de la orientación sexual es una clara manifestación y materialización del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de modo que el establecimiento educativo no puede coartar tal elección, so pretexto de pretender inculcar valores homogéneos a todos los estudiantes, no respetando sus diversas tendencias (STC T-435-02, fundamento 2.3).

En atención a todo lo antes expuesto, como se adelantó, el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza que una persona pueda desenvolverse libremente y elaborar su proyecto de vida conforme a su orientación sexual. Ello comporta, por parte de los poderes públicos, la necesidad de incoar acciones que erradiquen toda injerencia arbitraria al proyecto de vida de las personas LGBTIQ+ y, en concreto, a su libre desarrollo, en aras de promover y garantizar que cuenten con las mismas libertades conferidas a las personas heterosexuales.

CAPÍTULO II: MATRIMONIO Y FAMILIA

2.1. El matrimonio

2.1.1. Concepto

En las últimas décadas, en diversas latitudes del mundo se ha venido advirtiendo una transformación social sin precedentes, debido al progresivo reconocimiento de derechos de las personas LGBTIQ+. Nuevas tendencias legislativas surgidas por ese fenómeno conllevaron a cuestionar el concepto tradicional del matrimonio. La noción que Pérez (2015) acuña sobre este reproduce fielmente el contexto actual:

El matrimonio es la finalidad común que tienen dos personas, independientemente de su orientación sexual, de formar una familia y mantener un estado de vida permanente, reconocido por la sociedad y sancionado por el juez del Registro Civil para todos los efectos legales a que haya lugar (p. 11).

Como se aprecia, aspectos característicos del matrimonio tradicional, tales como la conformación de una familia nuclear o la heterosexualidad de las partes contrayentes han pasado a ser alternativos y secundarios, debido al carácter pluralista que hoy en día posee el matrimonio. Diversos países e incluso las Naciones Unidas, la Unión Europea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros organismos internacionales reconocen la existencia de diversos tipos y formas de familia y consideran irrelevante la orientación sexual de quienes la conforman.

En lo que respecta a nuestro país, la Constitución se restringe a señalar que la comunidad y el Estado promueven el matrimonio y lo reconocen como instituto natural y fundamental de la sociedad (Constitución Política del Perú, 1993, Art. 4). No estipula un concepto más preciso y descriptivo que permita delimitar su contenido y alcances, lo que

brinda una mayor apertura de cara a su regulación en la ley. Sobre este enunciado abstracto, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2014) ha señalado lo siguiente:

[Q]ue la Constitución reconozca al matrimonio como instituto “natural”, no puede ser interpretado en el sentido de que la forma y las condiciones de su constitución vengán determinadas por algún factor de carácter iusnatural o metafísico, proveniente, por ejemplo, de alguna fe religiosa. Tal tipo de razonamiento no solo se toparía con obstáculos de orden epistemológico al no poder sustentar desde la ética pública de la Constitución la existencia de tal parámetro iusnatural, sino que, a su vez, resultaría manifiestamente discriminatorio frente a aquellos seres humanos que no participan o discrepan de aquellas creencias subjetivas. Por ende, la asignación del atributo “natural” a la institución matrimonial solo puede interpretarse en el sentido de que el hecho social que permite establecer jurídicamente su institucionalización precede a la formación del Estado y a su reconocimiento constitucional (p. 18-19).

En consecuencia, la Constitución acoge una visión del matrimonio como componente de la naturaleza y, por lo mismo, como una institución que la acompaña y se adapta a su proceso evolutivo (ya que la naturaleza no es estática, sino dinámica). Caso distinto es el del Código Civil que, contraproducentemente, se acoge al concepto tradicional o histórico 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. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales (Código Civil peruano, 1984, artículo 234°).

Cabe recalcar que la precitada disposición data de 1984, año en que la discusión sobre el matrimonio igualitario aún era incipiente. Lo cuestionable es que, hasta la fecha, no se haya modificado el texto del artículo, con miras a ajustar el concepto del matrimonio a los requerimientos propios del contexto actual.

En cuanto a la naturaleza jurídica inherente al concepto de matrimonio, el Tribunal Constitucional, también haciendo alusión a la familia, sostuvo que “más que de unos derechos fundamentales (...), se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados” (STC Exp. N° 02868-2004-AA/TC, fundamento 13). Así, aunque nuestra Constitución no reconoce, como tal, un *derecho al matrimonio*, confiere a este último un estatus especial al definirlo como una institución digna de proteger, garantizar y promover.

Desde la óptica del derecho privado, el matrimonio es, además de una institución, un contrato. En palabras de Cornejo Chávez (1985), ponente del libro de

Familia del Código Civil de 1984 y miembro de la Asamblea Constituyente instaurada en 1979:

[E]l matrimonio es al mismo tiempo un contrato y una institución, y solo considerándolo así aparecen luminosamente explicadas todas sus características. Porque es un contrato se explica la importancia preponderante que se le da al consentimiento inicial (...); la aplicabilidad, al menos parcial, de la teoría de los vicios del consentimiento; la circunstancia de que no todas las nulidades son absolutas; y el hecho medular en todo contrato de existir una convención dirigida a crear obligaciones. Y porque el matrimonio es una institución se explica que sea obra del Estado al mismo tiempo que de la voluntad de los contrayentes; que la teoría de la invalidez del casamiento se aparte, siquiera parcialmente, de la de los contratos en general; que en la casi totalidad de legislaciones no puedan las partes modificar los efectos personales del matrimonio ni en muchas de ellas ponerle fin *ad libitum*; y que se apliquen inmediatamente las leyes nuevas a los casamientos ya celebrados. Se podría decir, en síntesis, (...) que mientras el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución (p. 62).

2.1.2. El derecho a contraer matrimonio

El derecho a contraer matrimonio, equivalente a la locución latina *ius connubii*, derivada del Derecho Romano, es definido en el Diccionario Prehispánico del Español Jurídico de la Real Academia Española (2020) como “derecho de todo ser humano a aceptar, de común acuerdo con otro, la creación de una unión estable y a la aplicación a ambos de las normas propias de la institución matrimonial, que en todo caso respetarán la igualdad de los cónyuges”. Su más relevante positivización se halla en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que consagra que:

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 disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio (artículo 16º, incisos 1 y 2).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), bajo el influjo de la antedicha declaración, dispone, que “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio (...) si tienen edad para ello. (...) El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes” (artículo 23º, incisos 2 y 3). A partir de una lectura conjunta de ambos dispositivos, es posible afirmar que el derecho a contraer matrimonio es un derecho humano. De otra forma, no estaría incluido en instrumentos que enuncian los derechos que, por su naturaleza, preceden a todo orden jurídico por ser consustanciales a las personas.

Aunque, *prima facie*, pareciese que este derecho es exclusivo de las parejas de distinto sexo, la Organización de las Naciones Unidas (2018), en un reciente e ilustrativo pronunciamiento, manifestó que:

Algunas personas han optado por interpretar esta redacción como una limitación de los derechos al matrimonio a las parejas heterosexuales, aunque en la actualidad se interpreta con mayor frecuencia como el derecho de los dos sexos a contraer matrimonio, y no tanto que estipule que se deban casar con alguien del sexo opuesto. Varios mecanismos de derechos humanos de Naciones Unidas han instado a todos los Estados a reconocer por ley las uniones entre personas del mismo sexo –bien posibilitando el matrimonio entre personas del mismo sexo o mediante otros regímenes como las alianzas civiles- y han pedido los mismos beneficios y protección para todos.

Conforme a lo aclarado por la ONU, las disposiciones antes citadas no circunscriben el matrimonio a las uniones entre un hombre y una mujer. Por el contrario, debe entenderse que tanto los hombres como las mujeres están habilitados para contraerlo, sea que lo hagan con alguien del sexo opuesto o del mismo.

El derecho a contraer matrimonio también se encuentra previsto en el artículo 17°, inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969):

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio (...) si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

La Corte IDH ha esclarecido los alcances de este derecho en ejercicio de su facultad consultiva. Como dijimos en el anterior capítulo y reiteraremos posteriormente, sostuvo que no debe excluirse de su aplicación a las parejas del mismo sexo.

En nuestro país, el derecho a contraer matrimonio no posee un reconocimiento constitucional expreso. El Tribunal Constitucional (2004), manifestó que ello obedece a que “se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución” (STC Exp. N° 02868-2004-AA/TC, fundamento 14). A propósito, cabe recordar que una de las formas en que se manifiesta el derecho al libre desarrollo de la personalidad es mediante la garantía de espacios de libertad natural, vinculados al concepto constitucional del individuo como ser dotado de dignidad. Estos espacios, esenciales para la vida de la persona “constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra” (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, STC Exp. N° 02868-

2004-AA/TC, fundamento 14). Como decretó el Tribunal Constitucional (2004), el matrimonio es, en puridad, uno de ellos:

Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad -para autorizar o negar- de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración (STC Exp. N° 02868-2004-AA/TC, fundamento 14).

Así las cosas, en un escenario de protección y respeto de los derechos fundamentales de las personas, es reprochable que en nuestro país se siga privando a las parejas del mismo sexo el goce y ejercicio de su derecho a contraer matrimonio, únicamente bajo el sustento de su orientación sexual. Si, como aduce el Tribunal Constitucional, toda persona es libre de escoger con quién casarse, impedir que alguien lo haga con un individuo de su mismo sexo (en atención a la atracción que es propia de su orientación sexual) vulnera los principios-derechos de dignidad e igualdad y no discriminación, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como fue debidamente motivado en el anterior capítulo.

2.1.3. Procreación, religión y matrimonio

Dos asuntos que se vinculan constantemente al matrimonio son la religión y la procreación. Se alega, por un lado, que la religión dota al matrimonio de sustancia (es decir, que disociar el matrimonio de la religión lo desnaturalizaría) y, por el otro, que la procreación constituye su fin primordial. Para atender el primer asunto, es oportuno empezar señalando que, en la actualidad, existen dos formas principales de matrimonio: el matrimonio civil y el matrimonio religioso. El primero se celebra ante una autoridad estatal y es inscrito en un Registro Civil, previo cumplimiento de los requisitos previstos por el ordenamiento jurídico pertinente. El segundo se realiza ante una autoridad religiosa, según las normas y ritos de dicha religión (no hablamos solo del catolicismo, pues también existe el matrimonio en el islam, el judaísmo, el hinduismo, etc.). Dependiendo de cada sociedad, ambos pueden coexistir, ser regulados por las mismas normas y producir los mismos efectos o, por el contrario, pertenecer a esferas distintas y ser absolutamente independientes el uno respecto del otro.

Los roles que ocupan en un país el matrimonio religioso y el civil se determinan de acuerdo con la posición que el ordenamiento jurídico adopte respecto del segundo. Según Cornejo Chávez (1984), el matrimonio civil puede ser subsidiario, facultativo u obligatorio:

Es subsidiario cuando rige sólo para ciertos grupos de personas, para enlaces mixtos o para otros casos en que los contratantes no pueden recibir la bendición eclesiástica; tiene carácter facultativo cuando los interesados pueden casarse a su elección ante un eclesiástico o ante un funcionario civil; es obligatorio cuando la ley desconoce todo valor al casamiento religioso e impone a los contrayentes sin excepción el matrimonio ante funcionarios del Estado (p. 58)

Hasta el ocaso de la Edad Moderna, el matrimonio era concebido como una institución estrictamente religiosa. El panorama cambió con los cambios sociales y políticos de fines de siglo XVIII. Hautebert (2016) refiere que “es la Revolución Francesa la que inició esta práctica del matrimonio civil obligatorio” (p. 261). De hecho, la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 fue pionera en disponer que “La ley no considera el matrimonio más que como contrato civil” (1791, artículo 7°). Desde entonces, siguiendo el modelo francés, varios Estados optaron por secularizarse y, por consiguiente -entre los cambios que ello supuso-, independizar el matrimonio civil del religioso. La tendencia a asumir esa postura se mantiene vigente hasta la fecha.

En Perú, la separación entre el Estado y la religión halla sustento en la Constitución, que prescribe que:

Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 50°).

El Tribunal Constitucional, con relación a este dispositivo, ha manifestado que:

[N]uestro Estado se encuentra formalmente separado de toda confesión religiosa, y por lo tanto, no proclama como oficial religión alguna, consagrando (...) el principio de laicidad del Estado, conforme al cual el Estado declara su “independencia y autonomía” respecto de la Iglesia católica o cualquier otra confesión religiosa. Se trata, por consiguiente, de un Estado típicamente laico o aconfesional, en el que si bien se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular (STC Exp. N° 06111-2009-PA, fundamento 24).

El principio de laicidad, inserto en el artículo 50° de nuestra Constitución, impide que el Estado asuma como suyo cualquier dogma religioso. En consecuencia,

ninguna religión puede influir en la organización del Estado, en la actividad que desarrollan sus órganos o en la normativa que cualquiera de ellos emite. De igual manera, el Estado está impedido de interferir en el mundo religioso -con algunas salvedades, como la salvaguarda del orden público- o favorecer a alguna confesión religiosa en particular.

El referido principio también repercute en la sociedad, al garantizar el respeto por la libertad de culto de las personas, lo que significa que ninguna religión puede ser impuesta u oficializada y, por ende, que cada individuo es libre de escoger la que mejor le parezca. Claro está, el carácter laico del Estado no le exime de reconocer la presencia y trascendencia de las religiones en la convivencia y el quehacer social. Desde luego, el mentado artículo 50° de la Constitución también incorpora el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas, que habilita al referido ente a contribuir al desarrollo de la actividad de una religión⁷. Empero, insistimos, no debe confundirse “colaboración” con “injerencia”.

En línea con lo antes descrito, el principio de laicidad del Estado habilita la creación o regulación de instituciones jurídicas que podrían resultar contrarias a ciertas creencias religiosas o que, siendo reguladas por estas, podrían presentar configuraciones diferentes. A guisa de ejemplo, el Estado puede regular el aborto, la eutanasia, el matrimonio entre personas del mismo sexo, permitir la repartición de anticonceptivos o erradicar la poligamia. En el caso específico del matrimonio, Varsi (2011) advierte que, en el Perú:

[E]l matrimonio religioso es autónomo e independiente del matrimonio civil, por lo que no genera efectos civiles. Las partidas de matrimonio religioso se emplean en la práctica, como prueba de la existencia de una unión intersexual, como una unión estable; sin embargo, no acreditan un matrimonio civil (p. 61).

En esa misma línea, Cornejo Chávez (1984) concluye que:

[L]a ley mantiene el precepto de que sólo el matrimonio civil produce efectos legales, sin que el caso del matrimonio *in extremis* o del matrimonio civil realizado ante funcionarios eclesiásticos hagan excepción, al menos explícitamente, a tal precepto (p. 59).

Argumentar, por las razones expuestas, que, en nuestro país, el matrimonio civil no puede dissociarse del religioso contraviene el principio de laicidad que rige la

⁷ A mayor abundamiento, puede revisarse el Acuerdo entre el Estado peruano y la Santa Sede de 1980, un claro ejemplo de un convenio de colaboración entre el Estado y una confesión religiosa.

organización y actuación del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50° de la Constitución. En estricto, la regulación del matrimonio, como institución constitucionalmente garantizada, únicamente debe ceñirse a los parámetros constitucionales y no a los dogmas religiosos.

En cuanto a la segunda cuestión que debemos abordar en esta sección, resulta ilustrativo acudir a Gargarella (2010), quien refiere que el argumento de la procreación:

[T]oma como dada e indiscutible cuál es la finalidad del matrimonio, sin abrirse a cantidad de otras alternativas, que también aparecen como candidatas probables para el mismo galardón: el amor; la protección mutua; el mutuo cuidado; la afirmación de un compromiso de unidad frente a los demás (p. 131).

La postura del jurista se halla, *mutatis mutandis*, en la noción que ofrecimos del matrimonio, que considera la comunidad de vida como el fin esencial. En estricto, el amor, la protección y el cuidado mutuo o la afirmación de un compromiso de unidad frente a los demás son aspectos inherentes a la vida en común que desempeñan los o las cónyuges.

Aunado a lo anterior, el ordenamiento jurídico peruano no contempla a la procreación como fin esencial del matrimonio. El Código Civil (1984) se limita a disponer que: “Es anulable el matrimonio (...) [d]e quien lo contrae (...) por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: (...) el ocultamiento de la esterilización” (artículo 277°, inciso 5). Adviértase que no es anulable el matrimonio por la incapacidad de procrear, sino por ocultar dicha incapacidad, lo que no sucede con la impotencia absoluta que, ocultada o no, es causal de anulabilidad, en conformidad a lo previsto por el artículo 277°, inciso 7 del Código Civil.

Un sector de quienes aducen que la procreación es el fin primordial del matrimonio, lo hacen para invalidar el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Plácido (2021) replica este argumento, señalando que, si la incapacidad de procrear de la pareja del mismo sexo “fuera razón suficiente para impedir su matrimonio, también podría sostenerse la prohibición del matrimonio de quienes, por razones físicas o de avanzada edad, no pueden procrear, no obstante ser de distinto sexo”. Este es un motivo trascendental para invalidar el argumento de la procreación. Desde luego, de asumirse como legítimo, las autoridades estarían obligadas a requerir a las partes

contrayentes un documento médico que acredite la fertilidad de ambas o la suscripción de un compromiso de generar descendencia, lo cual, sin duda, sería absolutamente inconstitucional por la forma y el fondo.

En consecuencia, la procreación no es, al menos en nuestro país, el fin esencial del matrimonio ni un atributo que le confiere validez. Antes bien, pareciera que el ordenamiento jurídico y puntualmente el Código Civil, según la noción del matrimonio que bosqueja en su artículo 234° y a los derechos y deberes de los cónyuges listados en el Capítulo Único del Título II del Libro de Familia, se inclinan por la comunidad de vida, como sucede en el SIDH.

2.2. La familia

2.2.1. Concepto

La existencia de diversos modelos de familia impide establecer un concepto universal de aquella. A ello se suma que cada disciplina académica (v.g. sociología, psicología, biología, economía, derecho, etc.) la analiza y define según su respectivo espectro de estudio. Como arguye Valdivia (2008):

La complejidad de la familia en las sociedades occidentales es tal, que se hace difícil llegar a una definición que recoja la variedad de modelos. Las definiciones como las de la RALE: “Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas” o “Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines a un linaje” no reflejan su complejidad (p. 16).

Hoy en día, la denominada “familia tradicional”, compuesta por padres heterosexuales, unidos por matrimonio, con hijos, liderada y sostenida económicamente por el hombre (*pater familias*), cuya esposa es responsable de las labores domésticas y el cuidado de los hijos, representa solo una de las tantas realidades. Aspectos que antaño eran consustanciales a ella, como la presencia de hijos, la heterosexualidad de los padres o la convivencia de los familiares en un núcleo u hogar común, en la actualidad son solo criterios de clasificación. Desde luego, como argumenta Plácido (2013):

Lo que llamamos «familia» ha experimentado una transformación profunda a través de la historia que la hace irreconocible y la muestra en toda su realidad relativa y precaria, impotente para el cumplimiento de muchas de las funciones que tradicionalmente se le asignaron. (...) [A] la luz de los derechos humanos reconocidos en el ámbito interno y en el contexto internacional, (...) una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible

verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos (pp. 131-132).

El autor se distanció del concepto tradicional de familia, en la medida en que aquello supondría desconocer los derechos humanos y, en concreto, el derecho de las familias a recibir protección por parte de los Estados, independientemente de su configuración, reconocido en el artículo 16º, inciso 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 4º de nuestra Constitución. Por esa razón, es desacertado avalar un concepto universal de familia. Autores como Oliva y Villa (2014) ensayan un concepto pluralista e interdisciplinario que resulta pertinente secundar:

La Familia es el grupo de dos o más personas que coexisten como unidad espiritual, cultural y socio-económica, que aún sin convivir físicamente, comparten necesidades psico-emocionales y materiales, objetivos e intereses comunes de desarrollo, desde distintos aspectos cuya prioridad y dinámica pertenecen a su libre albedrío: psicológico, social, cultural, biológico, económico y legal (p. 17).

En consecuencia, la familia no solo se define por el vínculo sanguíneo o por afinidad que une a sus miembros. Hay otros componentes que también la definen: el antropológico, sociológico, psicológico, económico, biológico o legal. Por ese motivo se la define como una institución compleja y transversal, como se refleja en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), cuando la señala como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” (artículo 16º, inciso 3), al igual que sucede con el artículo 4º de nuestra Constitución.

2.2.2. Modelos de familia

Conforme a lo señalado hasta aquí, son diversas las estructuras de familias merecedoras de protección constitucional. El propio Tribunal Constitucional (2007) ha señalado que:

Desde una perspectiva constitucional, (...) la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas (STC Exp. N° 09332-2006-PA/TC, fundamento 7).

Así pues, si bien el Código Civil circunscribe la regulación de la familia al modelo tradicional-nuclear, desde una perspectiva constitucional es válido reconocer otros modelos de familia, a las que, como instituciones constitucionalmente garantizadas que son, les asiste el mismo grado de protección. Esa visión, como indicaremos luego, es acorde con la del panorama regional.

Con el paso del tiempo, la cantidad de modelos, tipos o formas de familia va en aumento. Bilbao (2002, como se citó en Valdivia, 2008) “catalogó más de 56 formas de familia” (p. 16), lo que demuestra la dificultad de elaborar una lista exhaustiva o cerrada. A continuación, detallaremos doce, a modo de síntesis de las opiniones y teorías doctrinarias especializadas. Ello no implica, desde luego, desconocer la existencia de los demás.

a) Familia nuclear: conformada por “el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos (...)). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos (...)” (Cornejo Chávez, 1985, p. 22).

b) Familia extensa (también llamada extendida): compuesta por “más de una unidad nuclear, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás” (Martínez, 2015, p. 526).

c) Familia compuesta: se trata de “la nuclear o extendida más uno o más personas que no tienen parentesco con el jefe de la familia” (Cornejo Chávez, 1985, p. 22).

d) Familia monoparental: consiste en “toda agrupación familiar de hijos dependientes económicamente de uno solo de sus progenitores con el cual conviven, y que es a la vez el que ostenta, sea de hecho o de derecho, la custodia sobre los mismos” (Giraldes et al, 1998, p. 28).

e) Familia sin hijos: aquellas que, por decisión propia, carecen de descendientes.

f) Familia reconstituida: compuesta por una pareja, en la que al menos uno de los miembros tiene un(a) hijo(a) de una relación anterior, lo que los convierte “en padrastros y/o madrastras de los hijos biológicos de su pareja (i.e. sus hijastros), no constituyendo un criterio definitorio (...) el tiempo que permanecen los hijos y/o hijastros en el hogar” (Espinar et al, 2003, p. 303).

g) Familia de padres separados: aquella en la que los descendientes habitan con uno solo de los padres o turnan la convivencia entre ambos, en la medida en que estos últimos dejaron de ser pareja y, por lo mismo, ya no conviven en un mismo núcleo u hogar.

h) Familia adoptiva: aquella en la que una o dos personas deciden asumir la tutela permanente de otra persona, estableciendo lazos de parentesco sin poseer un vínculo consanguíneo, a través del proceso de “adopción” regulado en el artículo 377° y siguientes del Código Civil (1984), que dispone que: “Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea” (artículo 377°).

i) Familia de acogida: es “un sistema de cuidado infantil excepcional de tiempo indefinido. Se utiliza cuando las familias biológicas no pueden criar a sus hijos porque padecen graves trastornos psicosociales que ponen en riesgo la integridad de los niños/as y adolescentes” (Valgañón, 2014, p. 156).

j) Familia de abuelos acogedores: compuesta por abuelos que asumen la crianza de sus nietos(as), debido a algún impedimento de los padres. Pinazo-Hernandis y Lluna (2011) proponen las siguientes situaciones: “embarazos adolescentes, internamiento de los padres del menor en un centro penitenciario, VIH-SIDA, abuso de drogas, abandono o negligencia por parte de los padres, maltrato infantil, enfermedad mental o muerte de los padres” (p. 15).

k) Familia homoparental: compuesta por una pareja de hombres o mujeres que, por medio de la adopción, técnicas de reproducción asistida o acogimiento se convierten en progenitores de uno(a) o varios(as) menores.

l) Familia comunal: Conformada por un grupo de parejas monógamas que viven en forma comunitaria con sus respectivos hijos(as), compartiendo todo excepto relaciones sexuales. Según Donini (2000), en este modelo de familia “los niños son criados por la comunidad, aunque sin desconocer su filiación biológica” (p. 1).

Es imperioso detenernos en las familias homoparentales, habida cuenta del quid de la presente investigación. No podemos dejar de recalcar que estas han sido y siguen siendo objeto de agresiones y críticas en gran parte de los ámbitos sociales. Suele afirmarse, sin sustento, que son inadecuadas para la crianza de menores, por supuestas “desviaciones” psicológicas que podrían ocasionarles. Frente a ello, Placeres et al (2017) arguyen que:

Las familias homoparentales, al igual que las heteroparentales, están capacitadas para educar y criar satisfactoriamente a sus hijos e hijas. La orientación sexual de los progenitores, no es un indicador que sirva para evaluar la función educadora de los padres y madres; al igual que los principios educativos parentales deben ser inalterables, ante la condición sexual de los hijos e hijas. (...) El amor, el respeto, la confianza y los buenos valores, son los que hacen que una familia, sea un hogar óptimo para criar hijos (p. 366).

2.2.3. El derecho a fundar una familia, sus nexos con otros derechos y la desprotección a las familias constituidas por parejas del mismo sexo

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece 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 (...) fundar una familia” (artículo 16°, inciso 1). Similar enunciado contiene el artículo 23°, inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La CADH, por su parte, es aún más específica al disponer que “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a (...) fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 17°, inciso 2).

Nuestra Constitución no hace mención expresa al derecho a fundar una familia. Empero, al tratarse de un derecho que se gesta en la dignidad humana, ostenta la naturaleza de derecho no enumerado, según lo dispuesto en su artículo 3°, teniendo en cuenta que ha sido reconocido en diversos tratados internacionales de los que el Perú es parte.

El contenido constitucionalmente protegido del derecho en mención no ha sido definido por el Tribunal Constitucional; sin embargo, lo ha vinculado al “derecho a la protección de la familia”, el cual:

[D]eriva de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual: "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" (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N° 02744-2015-PA/TC, fundamento 30).

Refiriéndose a la relación entre ambos derechos, el máximo intérprete de la Constitución ha expresado que no se agotan “en el mero hecho de poder contraer matrimonio, sino en el de tutelar tal organización familiar, protegiéndola de posibles

daños y amenazas, provenientes no solo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares” (Tribunal Constitucional del Perú, 2007, STC Exp. N° 09332-2005-PA/TC, fundamento 19). Así, el derecho a fundar una familia no solo garantiza que toda persona pueda conformar un grupo familiar con prescindencia de sus particularidades; también asegura que uno ya constituido reciba protección permanente frente a posibles amenazas que alteren su existencia o convivencia. De esto último surge su conexión con dos derechos: el de intimidad familiar, consagrado en el artículo 2°, inciso 7 de la Constitución y a la vida familiar libre de injerencias arbitrarias o abusivas, contemplado en el artículo 11°, inciso 2 de la CADH).

Dado que el Tribunal Constitucional y la Corte IDH han manifestado que no existe un modelo único de familia merecedor de protección constitucional o convencional, el derecho a formarla involucra a todas las estructuras de familia no contrarias al orden público y las buenas costumbres. Ello ha permitido reconocer formalmente a las familias reconstituidas, monoparentales, sin hijos o, en un número cada vez mayor de países, homoparentales. Desafortunadamente, en el Perú, estas últimas y las familias sin hijos conformadas por parejas del mismo sexo carecen de reconocimiento, pese a que, como fue evidenciado previamente, toda persona tiene derecho a no recibir un trato discriminatorio por su orientación sexual. Alberdi y Morales (2016) exponen con meridiana claridad que:

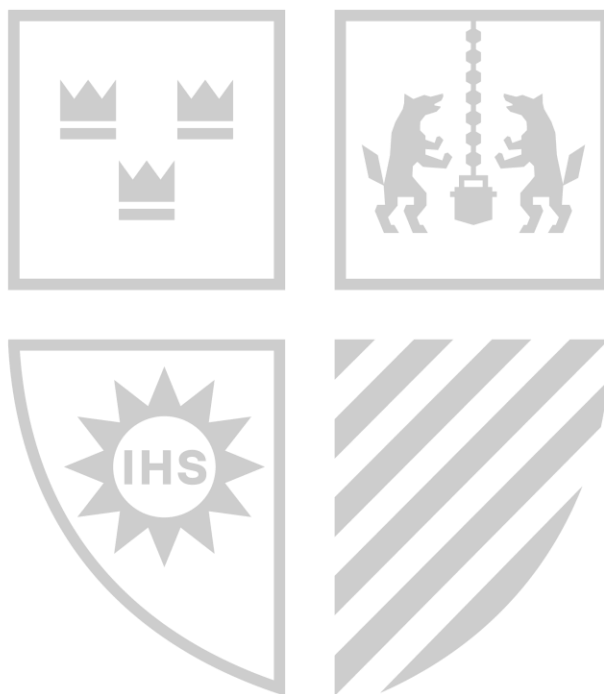
El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no reconozca la filiación homoparental no significa que, en la práctica, las familias homoparentales no existan. Muchos padres homosexuales o madres lesbianas participan, en el presente, de la crianza y desarrollo de sus hijos/as, concebidos ya sea de forma natural -como consecuencia de una relación sexual previa con otro individuo-, mediante técnicas de reproducción asistida o adquiriendo su cuidado al someterse, en forma individual, a programas de adopción (pp. 7-8).

Bernales (2012) comparte la impresión de los precitados autores y agrega que:

Sería erróneo que el Derecho negara validez alguna a relaciones humanas tan ricas y complejas, recortando el concepto de familia a uno solo de los modelos posibles y realmente existentes. Por ello (...), el concepto de familia válido jurídicamente, queda a la interpretación de la naturaleza de las cosas y también de las circunstancias de cada caso particular (p. 202).

En atención a lo manifestado en esta sección, coincidimos con la Comisión Nacional Contra la Discriminación (2019) cuando expresa que “resulta claro que las familias homoparentales también se encuentran bajo el marco de protección de la

Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte” (p. 12). En tal virtud, la desprotección que hoy sufren es arbitraria, vulnera su derecho a fundar una familia y desacata el deber de protegerla. Tal situación acarrea, por mencionar dos casos, el impedimento de establecer vínculos paternos filiales mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción conjunta y la prohibición de contraer matrimonio y gozar de los derechos inherentes a él.



CAPÍTULO III: MATRIMONIO IGUALITARIO

3.1. El matrimonio igualitario en el plano internacional

3.1.1. El ámbito de las Naciones Unidas

A lo largo de los últimos años, los entes pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) han marcado una tendencia progresiva a favor del reconocimiento legal del matrimonio igualitario. Un notable avance se produjo a raíz de una petición formulada por la entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, que culminó con la adopción de los Principios de Yogyakarta. Dicho documento reconoce un grupo de derechos humanos relacionados a la orientación sexual e identidad de género de las personas, como el derecho a formar una familia:

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. (...) Los Estados: (...) Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que (...) aquellos (...) que reconocen los matrimonios o las uniones registradas entre personas de un mismo sexo, cualquier derecho, privilegio, obligación o beneficio que se otorga a personas de sexo diferente que están casadas o han registrado su unión, esté disponible, en igualdad de condiciones, para parejas del mismo sexo casadas o que han registrado su unión (Principios de Yogyakarta, 2007, principio 24).

Posteriormente, como resultado de la evaluación de un informe presentado por Irlanda sobre sus avances en el reconocimiento de los derechos incluidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2008) afirmó que “El Estado parte debería velar por que su legislación

no sea discriminatoria contra las formas no tradicionales de unión, en particular en materia de tributación y prestaciones sociales” (CCPR/C/IRL/CO/3, párrafo 8).

Años después, la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012) elaboró un informe sobre las normas internacionales de derechos humanos que regulan la orientación sexual e identidad de género, en el que señaló que:

[L]a obligación de proteger a las personas contra la discriminación fundada en la orientación sexual se extiende a asegurar que las parejas no casadas del mismo sexo reciban el mismo tratamiento y tengan derecho a las mismas prestaciones que las parejas no casadas heterosexuales (p. 53).

Más adelante, el Sistema de las Naciones Unidas en Costa Rica (2018), emitió un comunicado oficial, felicitando “el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su responsabilidad de reconocer los derechos civiles y patrimoniales de las parejas del mismo sexo en el país (...)”, en alusión a la Opinión Consultiva OC-24/17, en la que la Corte IDH se pronunció a favor del matrimonio a las parejas del mismo sexo.

Un año después, el Sistema de las Naciones Unidas en Ecuador (2019) saludó:

[L]as sentencias de la Corte Constitucional relativas al matrimonio igualitario aprobadas el 12 de junio de 2019. (...) Las decisiones de la Corte constituyen un avance en la garantía de los derechos de las personas LGBTI y un importante paso en el cumplimiento a las recomendaciones de los mecanismos de derechos humanos internacionales. Alentamos a todas y todos los jueces y funcionarios públicos en Ecuador a aplicar la decisión de la Corte (...).

En esa misma orientación, el Sistema de las Naciones Unidas en Honduras (2021) difundió un comunicado expresando su rechazo a las reformas constitucionales instauradas por un decreto que prohibió el matrimonio entre personas del mismo sexo:

En lo que respecta al matrimonio igualitario, el sistema de Naciones Unidas en Honduras lamenta que, en el decreto aprobado, sean restringidos los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género, contraviniendo la Opinión Consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el principio de progresividad y no regresión de derechos humanos, afectando a dos colectivos tradicionalmente vulnerables: mujeres y personas LGBTI.

En 2017, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2017) adoptó en Ginebra un informe del resultado del Examen Periódico Universal (EPU) sobre

Perú, en el que planteó 182 recomendaciones, una de las cuales fue “Promulgar legislación para reconocer a las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales de la igualdad de derechos para contraer matrimonio” (p. 13). La delegación peruana, en respuesta, emitió un documento en el que expresó la aceptación de 177 recomendaciones y tomó nota de las restantes cinco. Entre las acogidas destaca la referida al reconocimiento del matrimonio igualitario. En la parte final del documento en cuestión, se adujo lo siguiente:

[E]l Estado peruano desea expresar su compromiso de realizar sus mayores esfuerzos para seguir implementando las recomendaciones del Examen Periódico Universal y, en su momento, informar de ello a la Organización de las Naciones Unidas. Compartimos con el Sistema Universal el objetivo común de trabajar concertadamente para garantizar a todos los peruanos y peruanas la vigencia efectiva de todos sus derechos humanos (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2018, p. 3).

Hasta el momento, el Estado peruano no ha ejecutado su compromiso de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, pese a que la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se han pronunciado a favor. Esa inacción contraviene la tendencia de las Naciones Unidas e incumple la obligación de acogerse a sus estándares, tal como exige el principio de progresividad de los derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018), en términos similares, expresó que:

En atención al principio *pro personae* y el desarrollo progresivo de los estándares internacionales de derechos humanos sobre el tema, es posible afirmar la existencia de una obligación internacional de reconocer las uniones de personas de orientación sexual o identidad de género diversas, ya sea como matrimonio propiamente dicho (matrimonio igualitario), ya sea bajo una figura legal equivalente transitoria, y que tome en cuenta el principio de igualdad y no discriminación respecto de la situación de las parejas heterosexuales, así como el principio de protección de las familias diversas.

3.1.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La discusión sobre el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo ha estado presente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde la penúltima década del siglo XX. Su posición al respecto se divide en dos fases: la primera, “de rechazo” y la segunda, “de tolerancia”. En la inicial, el TEDH señaló que el artículo 12° de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) (1953), que prescribe que “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse

y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho” (artículo 12°):

[A]l garantizar el derecho de casarse, se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico. Lo confirma su redacción: se deduce de ella claramente que la finalidad que se persigue es principalmente proteger el matrimonio como fundamento de la familia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1986, caso Rees vs. Reino Unido, fundamento 49).

Esa posición se mantuvo vigente hasta el ocaso de la primera década del siglo XXI. Sentencias como la recaída en el caso *Estévez vs. España* legitimaron la diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales. El TEDH entendía que la distinción de sexos de los cónyuges protegía a la familia que se funda en el matrimonio, por lo que rechazaba que las parejas del mismo sexo lo contraigan, bajo el sustento de que se amenazaría su concepto tradicional y el de familia, y se desnaturalizaría sus componentes esenciales.

En la segunda etapa, “de tolerancia”, el TEDH asumió una actitud menos restrictiva, influido por la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A través de la metodología del derecho comparado, el Tribunal reinterpretó el contenido de los derechos a contraer matrimonio y formar una familia, analizando el artículo 12° de la CEDH a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2009), que dispone que: “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio” (artículo 9°). La deliberada omisión al sexo de las partes contrayentes habilitó una interpretación más flexible de los derechos en mención, haciéndolos extensivos a las parejas del mismo sexo, como fue evidenciado en la sentencia recaída en el caso *Schalk y Kopff vs. Austria*:

Teniendo en cuenta el artículo 9 de la Carta (...), el Tribunal no puede considerar ya que el derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 12 deba limitarse en todas las circunstancias a dos personas de sexo contrario. (...) No obstante, tal como están las cosas, la cuestión de la autorización o no del matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación de las Leyes nacionales de cada Estado Contratante (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2010, caso *Schalk y Kopff vs. Austria*, fundamento 61).

Lo anterior demuestra que, si bien los países suscriptores de la CEDH no tienen la obligación convencional de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, a instancia del TEDH, el reconocimiento de estas uniones constituye un ideal. Esa

tendencia se reforzó con la sentencia recaída en el caso Oliari y otros vs. Italia, a través de la cual condenó al gobierno italiano por no haber legislado una forma adecuada de protección jurídica hacia las parejas homosexuales, pese a que el Tribunal Constitucional le había exhortado a hacerlo. Hasta entonces, solo se había reconocido el acuerdo de cohabitación, que no cubría las necesidades básicas de toda pareja estable.

En aquella oportunidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2015) sostuvo que, en defecto del matrimonio, las parejas del mismo sexo tienen un interés legítimo en acceder a la unión civil o registrada, que sería la forma más adecuada para reconocer legalmente su vínculo y otorgarle la debida protección en virtud de los derechos fundamentales que asisten a toda pareja estable y comprometida. Esas uniones civiles, añadió el TEDH, tienen un valor intrínseco para las parejas homosexuales -con independencia de cuán limitados o extensos sean sus efectos jurídicos- y les brindan un mayor sentido de legitimidad. En atención a ello, el referido colegiado determinó que el gobierno italiano había incumplido con su obligación de proveer a los demandantes un marco jurídico que formalice y proteja su unión y las de todas las parejas del mismo sexo (Sentencia recaída en el caso Oliari y otros vs. Italia, fundamentos 174 y 185).

En el caso Chapin et Charpentier vs. Francia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2016) decretó que el Estado demandado no incumplió su obligación de brindar reconocimiento legal a las parejas homosexuales, al haber creado el pacto civil de solidaridad. Resaltó que no tenía nada que señalar sobre las diferencias entre aquel régimen y el matrimonio, pues, en cualquier caso, era acorde a la tendencia observada en otros Estados miembros y concluyó que el Estado no cometió excesos en su margen de apreciación en la elección que hizo de los derechos y obligaciones conferidos por el pacto civil de solidaridad (Sentencia recaída en el caso Chapin et Charpentier vs. Francia, fundamento 51).

3.1.3. La resolución del Parlamento Europeo

El matrimonio entre personas del mismo sexo también ha sido discutido dentro de la Unión Europea. En el marco del reconocimiento comunitario de los derechos de las personas LGBTIQ+, el Parlamento Europeo (2021) emitió una histórica resolución en la que, entre varias cuestiones, solicitó a la Comisión Europea:

[Q]ue exija a todos los Estados miembros que reconozcan, a efectos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, los matrimonios o las uniones registradas celebradas en otro Estado

miembro en todas las situaciones en las que los cónyuges o los miembros de las uniones registradas tengan derecho a la igualdad de trato con arreglo a la jurisprudencia del TEDH (Resolución del Parlamento Europeo de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGBTIQ en la Unión Europea, p. 5-6).

La decisión fue aprobada por 387 votos a favor, 161 en contra y 123 abstenciones, y tuvo como propósito eliminar todo obstáculo al ejercicio de los derechos de las personas LGBTIQ+ dentro del territorio de la Unión Europea, como los relacionados a la libertad de tránsito, la adopción homoparental, la inscripción registral de hijos o la reagrupación familiar. Queda a cargo de la Comisión Europea la emisión de la legislación encomendada.

3.1.4. Los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La tendencia jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es distinta a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se verá en lo sucesivo.

En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) sostuvo que “[E]n la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma” (fundamento 142). Así, cuando los incisos 1 y 2 del artículo 17° de dicho tratado reconocen a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y regulan los derechos a fundar una familia y a su protección por parte del Estado y la sociedad, no aluden a un modelo único, compuesto por padres heterosexuales e hijos. Antes bien, desde un enfoque pluralista e integrador, también protegen y reconocen a otros tipos de familia.

En ese contexto, entendiendo al matrimonio y la familia como instituciones afines, la Corte IDH (2017) señaló que:

[C]on respecto al artículo 17.2 de la Convención, la Corte considera que si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. (...) [Ú]nicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular de matrimonio (Opinión Consultiva OC-24/17, fundamento 182).

La Corte IDH distó del método de interpretación literal para dotar a los derechos a contraer matrimonio y formar una familia de un contenido más tuitivo. Con ese

propósito, prefirió decantarse por la interpretación sistemática, sobre la cual, en una anterior oportunidad señaló lo siguiente:

En el marco de una interpretación sistemática de la Convención se deben tener en cuenta todas las disposiciones que la integran y los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con ella, como por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por cuanto permiten verificar si la interpretación dada a una norma o término en concreto es coherente con el sentido de las demás disposiciones (Opinión Consultiva OC-22/16, fundamento 45).

En ese orden de ideas, para determinar los alcances de los derechos a formar una familia y a contraer matrimonio, además de acudir a la CADH, es preciso analizar lo que otros instrumentos del SIDH señalan al respecto. Ello supone asumir como complementarias -y no como contradictorias- aquellas disposiciones que expresan contenidos disímiles. Desde esa perspectiva, en virtud de la interpretación sistemática del contenido del derecho a fundar una familia, la Corte IDH (2017) señaló que:

[L]a Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador se refieren al derecho de “toda persona” de constituir una familia. Ninguno de esos instrumentos hace alusión al sexo, género o a la orientación sexual de las personas, ni hace mención específica a una modalidad de familia en particular. Por su parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es aún más amplia, pues se refiere a “sistemas de familia” propios de los pueblos indígenas (Opinión Consultiva OC-24/17, fundamento 185).

En resumidas cuentas, la protección convencional que otorga la Convención Americana sobre Derechos Humanos por medio del derecho a formar una familia (y, por analogía, del derecho a contraer matrimonio) se complementa con la brindada por la Declaración Americana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, que no circunscriben su contenido a un tipo específico de familia.

Otra herramienta hermenéutica que emplea frecuentemente la Corte IDH es la “interpretación evolutiva”, cuyo núcleo conceptual estriba en que “no siempre el sentido común que tenían las palabras en el momento en que la disposición normativa fue promulgada coincide con el sentido que las mismas palabras tienen en el momento de su aplicación” (Guastini, 2015, p. 26). Ello es así porque las sociedades son dinámicas y el pensamiento se transforma con el pasar del tiempo, lo que contribuye a consolidar el sistema democrático y reconocer los derechos en condiciones de igualdad.

En ese orden de ideas, la Corte IDH (2012) ha sostenido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, por lo que su interpretación debe efectuarse con arreglo a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Esa lectura evolutiva se ajusta a las reglas generales de interpretación contempladas en el artículo 29° de la CADH y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, fundamento 245). Su objetivo es que el Derecho -como instrumento de control- acompañe los cambios sociales, de suerte que, lejos de obstaculizar o reprimir las nuevas exigencias, las regule, delimite y garantice eficientemente.

Con relación a los casos en los que la intención de las partes suscriptoras de un tratado ha sido dotar de vocación evolutiva a los términos empleados en aquel, a fin de impulsar el desarrollo del derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia (2009) ha expresado que:

[E]s precisamente para respetar la intención común de las partes al tiempo que el tratado fue concluido y no para alejarse de esta que debería tomarse en cuenta el significado adquirido por los términos en cuestión en cada ocasión en que el tratado tiene que ser aplicado. (...) La idea se basa en que cuando las partes han usado términos genéricos en un tratado, sabiendo las Partes necesariamente que el significado de los términos era susceptible de evolucionar con el paso del tiempo y cuando el tratado ha sido concluido por un largo período de tiempo o es “de duración ilimitada”, debe de presumirse que las Partes, por regla general, han tenido la intención de que esos términos tengan un sentido evolutivo (Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica Vs. Nicaragua), fundamentos 64 y 66).

Teniendo eso en cuenta y considerando que conforme al SIDH no existe un modelo exclusivo de familia merecedor de reconocimiento y protección, la Corte IDH (2017) aseveró que “una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya la protección interamericana del vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención (...) que (...) es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (Opinión Consultiva OC-24/17, fundamento 189). Bajo ese razonamiento, el referido colegiado determinó que no existen motivos para desconocer el vínculo familiar conformado por parejas estables del mismo sexo y agregó que quienes redactaron la CADH no pretendían conocer el alcance absoluto de los derechos reconocidos en ella, lo que significa que son los Estados y la Corte IDH los encargados de delimitar y proteger dichos alcances con arreglo al cambio de los tiempos (Opinión Consultiva OC-24/17, fundamentos 191 y 193).

En atención a lo antes descrito, la Corte IDH (2017) concluyó lo siguiente:

La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. (...) [D]eben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales⁸ (Opinión Consultiva OC-24/17, fundamento 199).

De la misma manera que la Corte IDH invocó argumentos a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, fue enérgica para contrarrestar los argumentos de los opositores. A grandes rasgos, manifestó lo siguiente:

1. La falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto de los derechos de las minorías sexuales no es un argumento válido para negar o restringir sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que han sufrido.
2. Establecer un trato diferenciado entre parejas heterosexuales y homosexuales, en lo referido a fundar una familia mediante la unión de hecho o el matrimonio civil no supera el test de igualdad, puesto que dicha distinción carece de una finalidad convencionalmente aceptable que la convierta en necesaria o proporcional.
3. La procreación no es el fin esencial del matrimonio. Una aseveración como esa resulta incompatible con el derecho de protección a la familia como realidad social, pues degrada a las parejas -casadas o no- que no pueden procrear o que no tienen interés en hacerlo.
4. La imposición semántica de la etimología del vocablo “matrimonio” conllevaría excluir del lenguaje también a aquellos otros términos cuya

⁸ V.g. el derecho a adoptar, a tomar decisiones en nombre de la persona enferma, a ausentarse del trabajo para cuidarla o, incluso, los beneficios de ciudadanía.

semántica dista de su etimología. Así, apelar al argumento etimológico carece de validez.

5. Las convicciones religiosas o filosóficas, aunque importantes, no pueden ser consideradas como parámetro de validez, porque no son guías interpretativas sobre el contenido de los derechos humanos. De ser aceptadas, contravendrían lo dispuesto por la CADH sobre la discriminación fundada en la orientación sexual de las personas (Opinión Consultiva OC-24/17, fundamento 219-223).

Por los motivos descritos, la Corte IDH (2017) fue categórica al afirmar que la dignidad humana deriva la autonomía de un individuo para escoger con quién desea sostener un vínculo indefinido y marital, sea natural (unión de hecho) o formal (matrimonio). Esa elección libre, gestada en la dignidad, es intrínseca a los aspectos más íntimos de la identidad y el proyecto de vida de una persona. Por ello, la sola voluntad de una pareja de relacionarse permanentemente y conformar una familia amerita una igualdad de derechos y protección, con prescindencia del sexo u orientación sexual de quienes la conforman. (Opinión Consultiva OC-24/17, fundamento 225).

Lo expresado por la Corte IDH se alinea a lo que señalamos en el primer capítulo. La elección de una pareja es algo tan profundo y relevante, que repercute incluso en el atributo esencial de los seres humanos: la dignidad. Demandar que las parejas del mismo sexo sean reconocidas formalmente no es, pues, asunto baladí. Por ello, partiendo de la calificada y concienzuda línea argumentativa reseñada hasta aquí, que demostró la existencia de una obligación convencional de los países de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo en sus respectivos ordenamientos jurídicos, la Corte IDH (2017) concluyó que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo (...) (Opinión Consultiva OC-24/17, fundamento 228).

3.2. El matrimonio igualitario en el derecho comparado

Actualmente, el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal en treinta y cuatro países. Diecinueve son europeos, once americanos, dos oceánicos, uno africano y

uno asiático. Los procesos de reconocimiento han sido distintos: veintiún países lo hicieron mediante órganos legislativos, nueve a través de entes jurisdiccionales, tres a través de referéndum y, en el caso mexicano, de forma mixta (algunos estados a través de órganos legislativos, otros por medio de sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

3.2.1. Países que han regulado el matrimonio igualitario a través del Poder Legislativo

En 1989, Dinamarca se convirtió en el primer país en brindar reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo, tras promulgar la Ley 372 sobre el Registro de las Parejas, cuyo fin fue homologar dicho régimen al matrimonio. Como recalcó Medina (2001), la equiparación de derechos no fue absoluta, pues a las parejas registradas del mismo sexo no se aplicaron ni las reglas de guardia y custodia ni las de adopción (p. 106). A lo largo de la siguiente década, otros países promovieron legislaciones similares, hasta que finalmente, en 2001, comenzó la etapa de reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El pionero fue Países Bajos. El 21 de diciembre de 2000, las dos cámaras de los Estados Generales aprobaron, por amplia mayoría, la Ley que modificó el Libro I del Código Civil en relación con la apertura del matrimonio entre personas del mismo sexo⁹, cuyo artículo 30° quedó redactado así: “Pueden contraer matrimonio dos personas de distinto o del mismo sexo”. La norma entró en vigor el 1 de abril de 2001 y la emoción fue tal que, “en los primeros minutos de ese día, justo pasada la medianoche del 31 de marzo, se celebraban en el Ayuntamiento de Ámsterdam los primeros cuatro matrimonios entre personas del mismo sexo, tres de hombres y uno entre dos mujeres” (Herrero Brasas, 2001, p. 143).

El siguiente país fue Bélgica. El 28 de febrero de 2003 se publicó en el Diario Oficial la ley que el rey Alberto II promulgó quince días antes y que, por votación mayoritaria en las Cámaras Federales (Senado y Representantes), “aprobaba el matrimonio entre homosexuales en Bélgica, en una voluntad de asimilar su estatuto

⁹ El título original de la ley es “*Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk)*”.

jurídico al matrimonio, salvo en materia de filiación” (Azcárraga, 2008, p. 126). La norma entró en vigor el 1 de julio de 2003 y modificó el artículo 143° del Código Civil, que quedó redactado así: “Dos personas de distinto sexo o del mismo sexo pueden contraer matrimonio”. La adopción homoparental fue habilitada a partir de 2006, tras una ajustada decisión del Senado (un voto de diferencia).

España fue el tercer país en sumarse. El 21 de abril de 2005, el Congreso de los Diputados aprobó el Proyecto de Ley sobre el matrimonio homosexual con 183 votos a favor y 136 en contra. El proyecto fue remitido al Senado, que lo rechazó y devolvió. El 30 de junio de ese mismo año, siguiendo los cauces constitucionales, el Congreso de los Diputados, por mayoría absoluta de 187 diputados a favor y 147 en contra, levantó el veto del Senado y aprobó la propuesta. Como resultado, el Rey Juan Carlos I sancionó la Ley 13/2005 del 1 de julio de 2005, cuyo artículo único introdujo modificaciones al Código Civil, como la efectuada al artículo 44°, que quedó redactado así: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

A España le siguió Canadá. Antes que el Parlamento aprobara la Ley sobre el Matrimonio Civil el 19 de julio de 2005 (y que fuera promulgada al día siguiente), la Corte Suprema (2004), en respuesta a una consulta formulada por el gobierno, había confirmado la concordancia del matrimonio entre personas del mismo sexo con la Carta de Derechos y Libertades del Acta Constitucional de 1982, arguyendo que responde al objetivo de su artículo 1° (relativo a la garantía de los derechos y libertades) e incorpora la posición política del gobierno en torno al derecho a la igualdad, contenido en el artículo 15° (1), concerniente a las parejas del mismo sexo (Reference Re Same-Sex Marriage).

Noruega continuó la lista. El *Storting* (Parlamento), entonces bicameral, equiparó los derechos de las parejas del mismo sexo a las de distinto sexo, aprobando una ley que redefinió el matrimonio, haciéndolo neutral al género, con votaciones de 84 a 41 en el *Odelsting* (cámara baja) y 23 a 17 en el *Lagsting* (cámara alta). El rey noruego avaló su aprobación y la norma entró en vigor el 1 de enero de 2009.

Cuatro meses después, se sumó Suecia a la lista. El 1 de enero de 1995 entró en vigor la Ley de Registro de Parejas de Hecho (*registrerat partnerskap*), que brindó a las

parejas del mismo sexo un régimen jurídico similar en derechos y obligaciones al del matrimonio. La ley en cuestión fue reformada en 2003, a partir de lo cual:

[C]onfirmó el derecho a la adopción para parejas registradas homosexuales, lo que puede considerarse «cuasi-matrimonios», aunque sin ser denominados así. No obstante, no se alcanzó una plena equiparación con el matrimonio pues, a pesar de su ambicioso contenido, mantenía la distinción entre «matrimonio» y «unión» (Martín, 2016, p. 239).

A esa modificación se sumó la de 2005, que incorporó la reproducción asistida para las parejas de lesbianas. Desde entonces, la única diferencia entre el matrimonio y las parejas del mismo sexo registradas consistió en que el primero podía ser celebrado por la iglesia, mientras que el segundo solo era reconocido civilmente. Con esos precedentes, conscientes de que una distinción estrictamente terminológica resultaba discriminatoria, el *Riksdag* aprobó, por 261 votos a favor, 22 en contra y 16 abstenciones, una reforma a la Ley del Matrimonio, convirtiéndolo en neutral al género, que entró en vigor el 1 de mayo de 2009.

El siguiente país fue Portugal. La Asamblea de la República aprobó el Decreto N° 9/XI, cuyo artículo 2° reformó los artículos 1577°, 1591° y 1690° del Código Civil. La nueva versión del artículo 1577° definió el matrimonio como un contrato entre dos personas que desean formar una familia en comunión de vida. Así, desde el 5 de junio de 2010 las parejas del mismo sexo pudieron casarse, aunque la adopción homoparental fue admitida recién a partir de 2016. El Tribunal Constitucional de Portugal (2010), realizó un control previo del precitado decreto y, tras ello, confirmó su constitucionalidad, afirmando que, si bien la comunión de vida entre los cónyuges es un elemento esencial del matrimonio, la diversidad de sexos no lo es, siendo solo esencial para efectos de la procreación, finalidad a la que el matrimonio no está ni constitucional ni legalmente adscrito. En esa medida, aunque las parejas del mismo sexo y las de distinto constituyen dos realidades disímiles desde una perspectiva biológica, sociológica o antropológica, en el ámbito jurídico su igualdad tiene un sustento material, de modo que es razonable que el legislador privilegie el efecto simbólico y optimice el efecto social antidiscriminatorio del tratamiento normativo, ampliando el matrimonio a la tutela de esas uniones (Acórdão N° 121/2010, fundamentos 22 y 25).

El octavo país en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo a través del Parlamento fue Islandia. Tras veinticuatro años de vigencia de la Ley 87/1996, que creó un registro de parejas homosexuales de hecho (y que diez años después fue

reformada, habilitándose, a favor de ellas, el acceso a técnicas de reproducción asistida y la adopción homoparental), el *Althingi*, con 49 votos a favor, aprobó una ley que reformó el matrimonio, haciéndolo extensivo a las parejas del mismo sexo a partir del 27 de junio de 2010.

El primer país sudamericano en sumarse a la lista fue Argentina. En noviembre de 2009, a raíz de una acción de amparo interpuesta por Alejandro Freyre y José María Di Bello, la jueza Gabriela Seijas, a cargo del 15° Juzgado del fuero en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires (2009) emitió un fallo en el que declaró inconstitucionales los artículos 172° y 188° del Código Civil, que ceñían el derecho al matrimonio a las parejas heterosexuales, argumentando que excluir a las parejas del mismo sexo de dicho régimen:

[S]ugiere que el compromiso y los sentimientos de los actores es inferior y, como consecuencia, no es merecedor de los derechos que el marco normativo garantiza a todos por igual. La exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio no es un inconveniente tangencial, sino que representa una forma radical de afirmar que la pareja de los actores no merece el pleno reconocimiento estatal. Nuestro marco constitucional otorga a los actores derechos que van más allá de la mera privacidad, el derecho a ser reconocidos como iguales y tratados dignamente (STC Exp. 34292/0, caso Freyre Alejandro c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA), fundamento XIX).

Por medio de esa emblemática sentencia, por primera vez fue reconocido el derecho al “matrimonio igualitario”, que facultó a la pareja recurrente a formalizar sus nupcias en el Registro Civil de Palermo. Desafortunadamente, el Juzgado Nacional en lo Civil suspendió el amparo y, con ello, la boda; no obstante, la perseverancia de la pareja y el buen desempeño de su asesora legal lograron que finalmente sea celebrada en Ushuaia, según lo dispuesto por el Decreto 2996/09, emitido por la gobernadora provincial de Tierra del Fuego, quien decidió acatar el fallo de la jueza Seijas. A partir de ese momento, una decena de matrimonios entre personas del mismo sexo fueron admitidos por la vía judicial; sin embargo, su reconocimiento a nivel nacional se produjo a través del Congreso.

El 4 de mayo de 2010 se gestó un extenso debate en la Cámara de Diputados del Congreso Nacional de Argentina en torno a un proyecto de ley que pretendía modificar diversos artículos del Código Civil para impulsar el matrimonio igualitario. Hiller (2010) indica que “hasta llegar al debate del 4 de mayo de 2010, se fue consolidando una alianza

parlamentaria a favor de la iniciativa” (p. 104), lo cual permitió que, en la madrugada del 5 de mayo, el proyecto fuera aprobado con 126 votos a favor, 110 en contra y 4 abstenciones. En el Senado, la agenda que suscitó el proceso de deliberación del proyecto fue agitada. A ello se sumó la presión social producto de las manifestaciones convocadas por actores sociales a favor y en contra de la moción. Como resultado, se consiguió la aprobación de la Ley Civil del Matrimonio, Ley 26618, con 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones, que entró en vigor el 15 de julio de 2010 e instauró varias modificaciones al entonces vigente Código Civil, entre las que destacó la recaída en el artículo 172°, que reemplazó los vocablos “hombre y mujer” por “contrayentes”.

La primera década de legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel nacional culminó con Argentina, décimo país en sumarse a la lista (novenno en hacerlo a través del Parlamento). En el siguiente periodo (2011-2021), el primer país en sumarse fue Dinamarca, cuyo *Folketing* (Parlamento) aprobó, el 12 de junio de 2012, la Ley 532 (que entró en vigor el 15 de dicho mes) con 85 votos a favor, 24 en contra y 2 abstenciones, que no solo permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que también facultó a la Iglesia del Pueblo Danés (evangélica luterana) a celebrarlo. Cabe resaltar que, ese mismo día, también se aprobó la Ley 531, que determinó que un sacerdote puede abstenerse de brindar la bendición eclesiástica si, por sus convicciones personales, así lo deseara. Un detalle no menor es que la adopción homoparental ya era admitida desde 2010.

Luego se sumó Francia. El Parlamento, con 171 votos a favor y 165 en contra en el Senado, y 331 votos a favor y 225 en contra en la Asamblea Nacional, aprobó la Ley N° 2013-404 (2013), que dejó redactado el artículo 143° del Código Civil así: “*Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe*” (artículo 1°, inciso 1) [El matrimonio es contraído por dos personas de sexo diferente o del mismo sexo]. A pedido de un grupo de parlamentarios, la ley fue revisada por el Consejo Constitucional, que confirmó su constitucionalidad en virtud de la Sentencia N° 2013-669 DC del 17 de mayo de 2013.

A Francia le siguió Uruguay, segundo país sudamericano en sumarse a la lista. El 5 junio de 2012, la jueza María Cristina Crespo dictó un fallo que reconoció el matrimonio que un ciudadano uruguayo contrajo en España con su pareja. En primera instancia, la demanda había sido rechazada. Se argumentó que dicho acto jurídico era

contrario al orden público internacional, pues el matrimonio entre personas del mismo sexo no era legal en Uruguay. La jueza Crespo cuestionó la excepción aludida por su compañero, sosteniendo que:

El ordenamiento jurídico uruguayo evolucionó desde la entrada en vigor de la ley de identidad de género (N° 18620) [y] habilita el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque no lo diga expresamente. De ahí que ya no es aplicable la excepción de orden público internacional, en base a que la heterosexualidad es uno de los ejes que rige el instituto del matrimonio en nuestro país porque el principio está fuertemente debilitado (Juzgado Letrado de Familia de 28° Turno (Montevideo), 2012, Resolución N° 1940, fundamento 6)

La ley citada por la letrada dispone que una persona puede requerir la adecuación registral de su nombre y/o sexo en todos los documentos que le atañen, en caso estos últimos no coincidan con su identidad de género. Así, por ejemplo, si su sexo biológico es masculino, pero se identifica con el género femenino, puede solicitar que su partida de nacimiento consigne el sexo femenino y nombre de mujer, lo que significa que puede contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo biológico. Habida cuenta de ello, la jueza antes citada arguyó que lo único que resalta del artículo 7° de la ley de identidad de género:

[E]s disponer que no se modifican las normas del Código Civil sobre matrimonio. Pero ello no impide que un hombre por identificación con el sexo femenino aparezca con nombre de mujer y de sexo femenino en su partida de nacimiento, aunque su realidad biológica, genética, anatómica, morfológica, hormonal (art. 1) sea masculina y que así, pueda casarse con otro hombre, cumpliendo con todos los requisitos que exige el Código Civil para contraer matrimonio válido. (...) De ahí que el matrimonio biológicamente homosexual es posible (...) en nuestro país, conforme al orden jurídico material interno vigente (Juzgado Letrado de Familia de 28° Turno (Montevideo), Resolución N° 1940 de 05/06/2012, 2012, fundamento 6).

En atención a los fundamentos previos, la jueza Crespo declaró fundada la demanda y ordenó el reconocimiento del matrimonio en cuestión. La sentencia fue determinante de cara al debate que se venía gestando en sede legislativa. Con relación a esto último, el parlamentario uruguayo Sebastián Sabini, del Movimiento de Participación Popular (integrante del Frente Amplio), presentó en abril de 2011 el “Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario”, que fue aprobado por la Comisión de Constitución y Código. El 12 de diciembre de 2012, el Pleno de Diputados sancionó el proyecto con 81 votos a favor, 6 en contra y 12 ausencias. Posteriormente, el Senado introdujo una serie de modificaciones al proyecto y lo aprobó con 23 votos a favor y 8 en contra. El Pleno de

Diputados ratificó el nuevo proyecto con 71 votos a favor, 21 en contra y 7 ausencias. El 3 de mayo de 2013, la Ley N° 19075 fue promulgada y entró en vigor el 5 de agosto del mismo año. Uno de los artículos del Código Civil modificados fue el 83°, que quedó redactado de la siguiente forma:

El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo. El matrimonio civil es obligatorio en todo el territorio del Estado, no reconociéndose, a partir del 21 de julio de 1885, otro legítimo que el celebrado con arreglo a este Capítulo y con sujeción a las disposiciones establecidas en las leyes de Registro de Estado Civil y su reglamentación (Ley 19.075, 2013, artículo 1°).

La Ley 19.075 (2013) también ajustó la figura de la adopción homoparental, insertando una modificación al artículo 27°, inciso 8 del citado Código:

En los casos de adopción por parte de parejas homosexuales, cónyuges o concubinos entre sí, el hijo sustituirá sus apellidos por los de los padres adoptantes en el orden que ellos opten expresamente. En caso de no existir acuerdo, el orden de los apellidos se determinará por sorteo entre los apellidos de los padres adoptantes realizado por el Juez que autorice la adopción (...) (artículo 25°).

Los últimos países en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo por la vía legislativa fueron Nueva Zelanda (19 de agosto de 2013), Luxemburgo (1 de enero de 2015), Finlandia (1 de marzo de 2017), Malta (1 de septiembre de 2017), Alemania (1 de octubre de 2017), Australia (9 de diciembre de 2017), Reino Unido (13 de enero de 2020)¹⁰, Chile (10 de marzo de 2022) y Andorra (17 de febrero de 2023). Ningún país de África ni Asia ha legalizado, por la vía legislativa, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

3.2.2. Países que han regulado el matrimonio igualitario mediante sentencias de altas cortes de justicia

Algunos de los países que reconocieron el matrimonio entre personas del mismo sexo a través del Parlamento tuvieron como antesala decisiones de órganos jurisdiccionales. No incorporaremos esos supuestos en esta sección, dado que tales

¹⁰ Tras su aprobación en el Parlamento británico, la Reina Isabel II sancionó, el 17 de julio de 2013, la ley de matrimonios entre personas del mismo sexo en Inglaterra y Gales. En Escocia, el Parlamento aprobó dichas uniones el 4 de febrero de 2014. La ley contó con la sanción real el 12 de marzo de 2014 y entró en vigor el 16 de diciembre del mismo año. El 13 de enero de 2020, Irlanda del Norte se convirtió en el último país del Reino Unido en sumarse.

pronunciamientos no provinieron de instancias de agotamiento de la jurisdicción nacional y, por ende, eran impugnables ante una instancia revisora. Solo incluiremos aquellos países cuyas altas cortes u órganos de cierre de la jurisdicción nacional (v.g. Tribunal Constitucional, Corte Constitucional, Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal) introdujeron el matrimonio entre personas del mismo sexo por medio de una decisión inimpugnable y vinculante.

El primer país en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo mediante el órgano de cierre de la jurisdicción nacional en materia constitucional fue Sudáfrica, en 2005. El Tribunal Constitucional de dicho país, en el caso “Minister of Home Affairs vs. Fourie”, declaró que la entonces definición del matrimonio era incompatible con la Constitución, dado que impedía a las parejas homosexuales gozar de las prerrogativas, beneficios y responsabilidades que se otorgaba a las parejas heterosexuales.

El referido órgano jurisdiccional expresó que excluir a las parejas del mismo sexo de los beneficios y responsabilidades del matrimonio representa una dura, aunque indirecta declaración de la ley, de que las parejas del mismo sexo están al margen y de que la necesidad de afirmación y protección de sus relaciones íntimas es inferior a la de las parejas heterosexuales. Dicha exclusión refuerza la hiriente noción de que ellos deben ser tratados como rarezas biológicas que no encajan en la sociedad, y que, como tales, no tienen derecho a la plena preocupación moral y al respeto que la Constitución trata de asegurar para todos. Significa que su capacidad de amar, comprometerse y aceptar responsabilidades es, por definición, menos digna de consideración que la de las parejas heterosexuales. (Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 2005, Sentencia recaída en el caso Minister of Home Affairs vs. Fourie, fundamento 71).

Acto seguido, el referido tribunal sostuvo que la antigüedad de un prejuicio no es una razón para su permanencia en el tiempo. La esclavitud duró siglo y medio en Sudáfrica, el colonialismo el doble de tiempo, la prohibición de los matrimonios interraciales todavía más y la dominación masculina, milenios. Todos esos prejuicios se fundaban en hechos biológicos y sociales supuestamente evidentes; todos fueron aprobados por la religión e impuestos por la ley. De modo similar, el hecho de que la ley del matrimonio encarne las opiniones mayoritarias convencionales no mitiga en absoluto su impacto discriminatorio. De hecho, son precisamente los grupos que no cuentan con

apoyo popular ni una representación sólida en el poder legislativo los que tienen derecho a reivindicar sus derechos fundamentales mediante la aplicación de la Carta de Derechos. (Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 2005, Sentencia recaída en el caso *Minister of Home Affairs vs. Fourie*, fundamento 74).

Finalmente, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica (2005) concluyó que los incisos 1 y 3 del artículo 9° de la Constitución sudafricana, que reconocen el derecho de igualdad y no discriminación, no pueden interpretarse como una mera protección de las parejas del mismo sexo contra la estigmatización. Así, el artículo 30°, inciso 1 de la Ley del Matrimonio de Sudáfrica, al negar el acceso a dicha institución a las parejas homosexuales, contraviene el artículo 9°, inciso 1 de la Constitución, que consagra el derecho a la igualdad de protección de la ley; y representa una injusta discriminación de las parejas homosexuales por parte del Estado, lo cual colisiona con el artículo 9°, inciso 3 de la referida norma suprema. (Sentencia recaída en el caso *Minister Of Home Affairs vs. Foruie*, fundamento 78).

La sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica fue de carácter exhortativo. A través de ella se instó al Parlamento a aprobar, en máximo un año, una ley que reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo. Como resultado, en noviembre de 2006, el ente emplazado aprobó el “*Civil Union Act*”, mediante la cual dispuso que, por “unión civil” se entiende aquella conformada por dos personas de dieciocho o más años, que puede ser solemnizada y registrada a través del matrimonio o de la unión de hecho (Parlamento de la República de Sudáfrica, 2006). Distinto fue el caso de Brasil, en donde el Supremo Tribunal Federal dispuso que el matrimonio entre personas del mismo sexo sea legal desde el 16 de mayo de 2013, como consecuencia automática de la emisión de su pronunciamiento.

En Estados Unidos, por su parte, con ocasión del caso *Obergefell vs. Hodges*, la Corte Suprema concluyó que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo es una obligación derivada de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de 1787 que vincula a todos los estados. Al respecto, afirmó que el derecho a contraer matrimonio “es un derecho fundamental inherente a la libertad de las personas, y bajo la cláusula del debido proceso y la igual protección de la enmienda catorce, parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de ese derecho y esa libertad” (Centro de Estudios en Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, 2015, p. 549).

La Corte cuestionó el argumento histórico empleado para negar el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, señalando que “los orígenes ancestrales del matrimonio confirman su importancia, pero este no ha quedado excluido del desarrollo de la ley y la sociedad. La historia del matrimonio es una sobre continuidad y cambio. Esa institución (...) ha evolucionado con el tiempo” (Centro de Estudios en Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, 2015, p. 536-537) y añadió que “Si los derechos fueran definidos por quienes los ejercieron en el pasado, entonces esto podría servir como justificación y nuevos grupos no podrían haber invocado un derecho alguna vez denegado” (Centro de Estudios en Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, 2015, p. 546).

Esta última observación de la Corte Suprema estadounidense es semejante a la que tuvo, en ese ámbito, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica. Desde luego, es incongruente negar el reconocimiento de un derecho tomando como referencia su ausencia a lo largo del tiempo. Basta revisar los anales de la historia de la humanidad para comprender que toda conquista de derechos constituyó un antes y un después fundado en las exigencias sociales del contexto en que se produjeron. Precisamente, con relación a los cambios que se van desarrollando a lo largo del tiempo, la Corte Suprema de Estados Unidos expuso que:

Las generaciones que han escrito y ratificado *the Bill of Rights* y la enmienda catorce no presumieron conocer la extensión de la libertad [en] todas sus dimensiones, y así, ellas confiaron para las futuras generaciones una carta protegiendo el derecho de todos a disfrutar de la libertad con el significado que conocíamos. Cuando nuevas perspectivas revelan una discordancia entre las protecciones centrales de la Constitución y una estructura legal estricta, una reivindicación de la libertad debe ser abordada (Centro de Estudios en Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, 2015, p. 540).¹¹

Además del análisis histórico, la Corte empleó cuatro argumentos básicos para extender el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Para comenzar, señaló que:

[E]l derecho de decidir si se quiere contraer matrimonio es inherente al concepto de autonomía individual. (...) La naturaleza del matrimonio es que, a través de este lazo, dos personas juntas pueden encontrar otras libertades, como la de expresión, intimidad y espiritualidad. (...) Hay dignidad en el lazo entre dos hombres o dos mujeres, que buscan casarse y en su autonomía de

¹¹ Lo añadido entre corchetes es nuestro.

poder tomar decisiones tan trascendentales” (Centro de Estudios en Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, 2015, p. 541-542).

Luego, agregó que:

[E]l derecho a contraer matrimonio es fundamental porque fortalece como ninguna otra institución la unión de dos personas que han asumido este compromiso de manera individual. (...) El derecho a contraer matrimonio dignifica a aquellas parejas que “desean definirse por el compromiso hacia el otro” (...). Ofrece la esperanza de compañía y el entendimiento y la seguridad de que mientras ambas personas vivan estarán ahí para cuidar del otro (Centro de Estudios en Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, 2015, p. 542-543).

Como tercer punto, expresó que la protección del derecho a contraer matrimonio dota de eficacia a otros derechos conexos, como la procreación, crianza y educación de los niños. En esa línea, partiendo de que muchos estados ya permitían que parejas del mismo sexo adopten menores, agregó que “sin el reconocimiento, estabilidad y predictibilidad que el matrimonio otorga, sus niños sufrirán el estigma de pensar que sus familias son de cierta forma menos” (Centro de Estudios en Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, 2015, p. 544); sin perjuicio de lo cual puntualizó lo siguiente:

Esto no implica que el derecho a contraer matrimonio sea menos valioso [para quienes] no desean o no pueden tener hijos. La habilidad, el deseo o la promesa de procrear no son (...) un prerrequisito para un matrimonio válido en ningún estado. (...) El derecho constitucional de contraer matrimonio tiene muchos aspectos y la crianza de niños es solo uno de ellos¹² (Centro de Estudios en Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, 2015, p. 544).

Por otra parte, la Corte Suprema de Estados Unidos arguyó que el matrimonio sigue siendo un elemento sustancial de cara a la composición de la comunidad nacional y el orden social de dicho país. Al respecto, señaló que “Tal como un par de votos prometen apoyarse el uno al otro, también lo hace la sociedad para apoyar a la pareja, ofreciendo un reconocimiento simbólico y beneficios materiales para proteger y fortalecer la unión” (Centro de Estudios en Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, 2015, p. 545). Dentro de esos beneficios, resaltan los tributarios, hereditarios, patrimoniales, médicos, financieros o los provenientes de la paternidad (léase adopción, custodia, manutención y régimen de visitas al hijo(a) menor de edad, entre otros).

¹² Lo añadido entre corchetes es nuestro

Un aspecto relevante de la sentencia es que abordó el rol de los órganos jurisdiccionales frente a vulneraciones de derechos fundamentales que no han sido tuteladas en sede legislativa. Al respecto, el referido ente jurisdiccional señaló que:

La dinámica de nuestro sistema constitucional [es] que las necesidades individuales no necesitan esperar por acciones legislativas para afirmar un derecho fundamental. Las Cortes de esta Nación están abiertas a individuos que han sido lesionados, para reivindicar su participación (...) en nuestra Carta Fundamental. Un individuo puede invocar un derecho a la protección constitucional cuando [es dañado], incluso si la mayoría discrepa e incluso [si] la legislatura se rehúsa a actuar¹³ (Centro de Estudios en Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, 2015, p. 551).

Una vez más, se discute la irrelevancia de la opinión mayoritaria en escenarios vinculados a la reivindicación de los derechos fundamentales de las personas. La Corte Suprema de Estados Unidos dejó en evidencia uno de los más importantes aportes del constitucionalismo contemporáneo: la transición de la “democracia popular” a la “democracia constitucional”. Como ahondaremos posteriormente, una de las máximas de la segunda es que, a diferencia de la primera, la opinión de la mayoría no justifica la sistemática y arbitraria vulneración a los derechos de las personas.

El siguiente país en sumarse fue Colombia, en donde, por decisión de la Corte Constitucional, el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal desde el 28 de abril de 2016. El tribunal colombiano hizo hincapié, entre otras cosas, en el carácter evolutivo del matrimonio, su vinculación con los principios derechos de dignidad, igualdad y libertad, y en la procreación como elemento no esencial del matrimonio.

Un primer punto por destacar involucra un análisis al artículo 42° de la Constitución de dicho país (que alude al matrimonio como un vínculo heterosexual):

Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también. Esto se debe a que, en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando per se la regla de interpretación “*inclusio unius est exclusio alterius*”, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario (...), al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos. (...) El artículo 42 (...) no puede ser comprendido de forma aislada, sino

¹³ Lo añadido entre corchetes es nuestro.

en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad (Corte Constitucional de Colombia, 2016, Sentencia SU214/16, quinto fundamento).

En el contexto en que la Corte Constitucional de Colombia se pronunció a favor de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, todavía no existía un estándar convencional al respecto. Para sustentar su posición, la Corte efectuó una interpretación axiológica, sistemática y evolutiva de la Constitución de Colombia. De ese modo, reconoció que “las expresiones “matrimonio”, “relación matrimonial”, “celebración de matrimonio”, “consumación y consolidación matrimonial”, etcétera, corresponden a diversas expresiones que definen en común derechos fundamentales, que implican culturalmente la disposición de un programa de vida compartida por individuos de la especie humana” (Corte Constitucional de Colombia, 2016, Sentencia SU214/16, p. 77).

Otro acápite de la sentencia por destacar es el siguiente:

La libertad constitucional de unirse a otro ser humano, sea mediante un vínculo jurídico natural o solemne por medio de la celebración de un matrimonio es un derecho que deviene del raciocinio de los seres humanos, en cuya naturaleza y resolución converge algo tan esencial como la necesidad de relacionarse con otra persona para compartir la existencia y desarrollar un proyecto de vida común. El vínculo permanente de esta opción libre está basado en los lazos o sentimientos más vitales y elementales de la condición humana (Corte Constitucional de Colombia, 2016, Sentencia SU214/16, quinto fundamento).

Una sección medular de la sentencia es en la que se relacionó los conceptos “democracia” y “derechos fundamentales. Para empezar, es menester contextualizar que, antes del referido pronunciamiento, el Congreso Colombiano había rechazado -por archivamiento o retiro- dieciocho proyectos de ley a favor del reconocimiento de diversas uniones de parejas del mismo sexo y hecho caso omiso a la sentencia C-577/2011, mediante la cual la Corte Constitucional de Colombia le exhortó a emprender dicho cometido antes del 20 de junio de 2013. La inacción legislativa impulsó a la Corte a cuestionar la democracia popular y a introducir la transición hacia la democracia constitucional:

La democracia política como un sistema de gobierno basado en la voluntad de las mayorías fue el modelo concebido por la cultura griega. Así se entendió la definición y la prevalencia del interés general. Hoy, en contraste, la democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos, mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, incluso

contra la voluntad de las mayorías (Corte Constitucional de Colombia, 2016. Sentencia N° SU214/16, p. 55).

Como es de advertir, el supremo tribunal colombiano profundizó la argumentación de la Corte Suprema de Estados Unidos. La alusión a la “democracia constitucional” coadyuvó a clarificar que el predominio de los derechos fundamentales frente a la opinión de la mayoría no conlleva, como se pensaba, una alteración al espíritu democrático, sino, por contraste, una notable evolución del concepto. Respecto a este extremo, arguyó que:

La democracia no puede entenderse, exclusivamente, como el conjunto de reglas que adoptan los representantes mayoritarios del pueblo en el Congreso de la República, por cuanto esta visión podría excluir el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de las minorías sin representación política. El sistema democrático constitucional impone límites en el ejercicio del poder público a las mayorías, con el fin de asegurar derechos inherentes a la dignidad humana, que actúan como “precondiciones” de aquél. La competencia de este Tribunal Constitucional se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, en este caso, las parejas del mismo sexo accionantes, quienes en una sociedad democrática no pueden supeditar indefinidamente el ejercicio de sus derechos individuales a las injusticias derivadas del principio mayoritario (Corte Constitucional de Colombia, 2016, Sentencia N° SU214/16, p. 60).

Otro país sudamericano en sumarse a la lista fue Ecuador. Lo hizo en 2019, en mediante una sentencia que la Corte Constitucional emitió en respuesta a dos consultas formuladas por la Corte Provincial de Pichincha. La primera tenía como trasfondo el caso de la pareja conformada por Javier Benalcázar y Efraín Soria. En aquella se preguntó si la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH es compatible con el artículo 67° de la Constitución Política de Ecuador (que regula la forma del matrimonio), pues de ser así, no sería necesario emprender un proceso de reforma constitucional para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. La segunda, formulada dentro del caso de la pareja compuesta por Rubén Salazar y Carlos Verdesoto, tuvo como propósito aclarar si los artículos 81° del Código Civil y 52° de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles eran contrarios al principio de igualdad y no discriminación, al limitar el matrimonio únicamente a las parejas de distinto sexo.

Con relación al primer punto, la Corte Constitucional de Ecuador declaró que la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, en tanto interpreta el contenido de la CADH, forma parte del bloque de constitucionalidad, de modo que es complementaria al

artículo 64° de la Constitución ecuatoriana. En consecuencia, la interpretación de este último debe abarcar el resto del ordenamiento jurídico, realizando el control de convencionalidad que la ley exige. Al respecto, la Corte Constitucional de Ecuador (2019) manifestó que:

Los operadores de justicia en particular están obligados a realizar control de convencionalidad en el marco de sus competencias y procedimientos. Esto es, cuando en el ejercicio de sus funciones, encuentren normas más favorables o estándares internacionales en los tratados, instrumentos internacionales, opiniones consultivas, observaciones generales y más, deberán aplicar la norma que mejor efectivice el ejercicio de derechos (Sentencia N° 11-18-CN/19, fundamento 282).

En cuanto al proceso de adecuación del matrimonio entre personas del mismo sexo, el referido tribunal remarcó que:

No es necesaria una modificación del texto constitucional sino considerar, por el bloque de constitucionalidad y por una interpretación sistemática, evolutiva e integral, que el texto de la Constitución se complementa con el de la CADH, interpretada por la OC24/17. La reforma constitucional para reconocer el matrimonio de parejas del mismo sexo sin duda alguna es conveniente pero no es necesaria. Cuando los derechos han sido reconocidos en instrumentos internacionales o por un órgano con competencia y autoridad para interpretarlos, el reconocimiento en el texto constitucional no resulta indispensable. La reforma constitucional no es un requisito previo para la vigencia o el goce efectivo de los derechos sin discriminación (Corte Constitucional de Ecuador, 2019, sentencia N° 11-18-CN/19, fundamento 244).

A lo antes señalado, cabe añadir que, en virtud de la sentencia N° 10-18-CN/19, la Corte Constitucional de Ecuador resolvió que los artículos 81° del Código Civil y 52° de la Ley de Gestión de Identidad y Datos Civiles eran inconstitucionales en tanto se oponían al principio de igualdad y no discriminación al impedir que las parejas del mismo sexo se casen.

Costa Rica, país que solicitó la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, fue otro país que reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo en sede jurisdiccional. El 8 de agosto de 2018, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia decretó la inconstitucionalidad del artículo 14°, inciso 6 del Código de Familia, por vulnerar el derecho a la igualdad contenido en el artículo 33° de la Constitución Política y el 24° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -desarrollado en la precitada opinión consultiva-, en la medida en que impedía la realización de matrimonios y uniones de hecho entre personas del mismo sexo, motivándose únicamente

en la orientación sexual de las partes contrayentes, en manifiesta contravención a lo dispuesto por la Corte IDH. Al respecto, señaló que:

[E]n caso de conflicto jurídico-positivo con normas del derecho internacional, invariablemente se impondrá aquella normativa que, en el caso concreto, brinde mayor protección a los derechos humanos. (...) Las garantías y derechos reconocidos en la Constitución siempre prevalecerán, cuando su contenido protector sea más amplio que el previsto en cualesquiera instrumentos internacionales, toda vez que estos son la base (...) de la evolución de los derechos humanos (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2018, Resolución N° 12782-2018, considerando X).

Un punto resaltante de la decisión de la Corte costarricense es que la no regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo fue concebida como un “estado de cosas inconstitucional”. Este, en palabras de Vásquez (2010), es:

[U]na técnica para extender los efectos de una sentencia de tutela de derechos fundamentales a sujetos que no son parte del proceso. Sin embargo, es más que una técnica para lograr la eficacia ultra partes de una sentencia; se trata en realidad de una respuesta implementada por algunos Tribunales y Cortes Constitucionales para resolver un litigio que revela problemas estructurales de fondo, es decir, que involucran la revisión y/o adopción de políticas públicas y la necesaria interrelación entre poderes del Estado (p. 128).

En el siguiente capítulo ahondaremos sobre el estado de cosas inconstitucional. Por ahora, basta remarcar que se trata de una herramienta jurisprudencial instituida en Colombia, mediante la cual, la judicatura evidencia un problema estructural de la sociedad, que constituye una vulneración masiva a los derechos fundamentales de las personas. Con su declaratoria se busca instaurar una pacificación colectiva, por lo que las sentencias que lo incorporan surten efectos para todas las situaciones sustancialmente iguales al caso matriz. En el caso en comentario, la Corte Suprema de Costa Rica (2018) consideró que:

[L]a inconstitucionalidad detectada trasciende la norma en sí, toda vez que, desde un enfoque sistémico, emerge un verdadero “estado de cosas inconstitucionales”. (...) [L]a mera anulación de la norma impugnada no restaura en forma automática el orden constitucional, precisamente, por tratarse de un problema de naturaleza estructural y poliédrico, el cual se extiende allende las fronteras del acto o la norma individual y se convierte en un patrón discriminatorio que se configura de manera sistémica y se encuentra enraizado tanto en el ordenamiento jurídico como en las instituciones civiles y estatales. Dentro de este contexto, el dogma del matrimonio exclusivo para parejas heterosexuales ha constituido un fundamento cultural e histórico de la estructura del sistema jurídico, por lo que el cambio de tal paradigma –esto es, la ampliación de su cobertura en favor de las parejas del mismo sexo– conlleva de manera inexorable una revisión general del ordenamiento jurídico vigente a los efectos de velar por la seguridad jurídica y una

solución más integral, tarea que en razón de su naturaleza jurídica y en respeto al principio de división de poderes, en primera instancia compete al Poder Legislativo (Resolución N° 12782-2018, considerando VII).

Así las cosas, la Corte Suprema de Costa Rica ponderó que, tratándose de un supuesto de discriminación tan complejo a nivel jurídico y social, una resolución judicial particular no solucionaría el problema de fondo, sino solo lo apaciguaría. Por ello, en aras de confrontar el *statu quo* inconstitucional, dictó una sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple, a través de la cual instó a la Asamblea Legislativa a que, en un plazo máximo de dieciocho meses computados desde la publicación de la resolución en el Boletín Judicial “adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo” (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución N° 12782-2018, considerando IX). Sobre la pertinencia de establecer un plazo taxativo, el colegiado en mención aclaró que:

[L]a alternativa de constatar tal estado de cosas inconstitucionales, pero no fijar un término para su solución, resulta improcedente por razones de seguridad jurídica, toda vez que el remedio para restablecer el orden constitucional no puede ser formulado en términos indefinidos y vagos, cuando la inconstitucionalidad ya ha sido verificada y declarada (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución N° 12782-2018, considerando IX).

Transcurridos los dieciocho meses concedidos por la Corte Suprema de Costa Rica, el Parlamento no emitió ninguna regulación integral sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por tal motivo, oficialmente pasó a ser legal a partir del 26 de mayo de 2020.

Austria, Taiwán y Eslovenia emplearon la metodología de Costa Rica. Los Tribunales Constitucionales de los tres países emitieron sendas sentencias exhortativas a través de las cuales otorgaron un plazo máximo a sus respectivos parlamentos para regular el matrimonio entre personas del mismo sexo. El Tribunal Constitucional de Austria otorgó un año, el de Taiwán dos y el de Eslovenia seis meses (aunque el fallo entró en vigor de inmediato). El parlamento austriaco no emitió ninguna legislación sobre el particular en el plazo otorgado, por lo que el matrimonio entre personas del mismo sexo pasó a ser legal desde el 1 de enero de 2019. El taiwanés y el esloveno sí cumplieron con su cometido, haciéndolo legal desde el 24 de mayo de 2019 y el 4 de octubre de 2022, respectivamente.

3.2.3. Países que han regulado el matrimonio igualitario mediante referéndum popular

Hasta el momento, son tres los países que han regulado el matrimonio entre personas del mismo sexo mediante referéndums o consultas populares. Encabeza la lista Irlanda, cuyas autoridades consideraron necesario introducir una enmienda al artículo 41° de la Constitución para tales efectos, por lo que dispusieron la convocatoria a un referéndum popular, a fin de que el propio pueblo decidiera si esa modificación debía o no proceder. La consulta popular se llevó a cabo el 22 de mayo de 2015 y obtuvo como resultado un 62.07% a favor de la enmienda y un 37.93% en contra. De ese modo, se aprobó la Trigésimo Cuarta Enmienda a la Constitución de Irlanda, que incorporó el inciso 4 al artículo 41° de la misma. El texto agregado fue el siguiente: “El matrimonio se contraerá entre dos personas de acuerdo con la ley, sin distinción de sexo.” (Constitución de Irlanda, artículo 41°, inciso 4, 2015). A partir de ello, se promulgó el *Marriage Act* de 2015, que incorporó y profundizó las reformas instauradas por la citada enmienda.

El siguiente país en sumarse fue Suiza, que convocó a un referéndum popular el 26 de septiembre de 2021. A diferencia de Irlanda, no fue necesario modificar la Constitución, por lo que la consulta popular estuvo dirigida a insertar modificaciones al Código Civil, con el propósito de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción homoparental y el acceso a las técnicas de reproducción asistida para parejas de lesbianas.

Según consta en el portal web de la Cancillería Federal de Suiza (2021), la Votación N° 647, denominada “*Modification du code civil suisse (Mariage pour tous)*” [Modificación del Código Civil suizo (Matrimonio para todos)] tuvo como resultado un 64.1% a favor y un 35.9% en contra. En consecuencia, el artículo 94° del Código Civil de dicho país quedó redactado así: “*Le mariage peut être contracté par deux personnes âgées de 18 ans révolus et capables de discernement*” (Cancillería Federal de Suiza, 2021, p. 30) [El matrimonio puede ser contraído por dos personas mayores de dieciocho años y capaces de discernir]. Desde el 1 de julio de 2022 fue posible celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo.

Recientemente se sumó Cuba. El 10 de abril de 2019 entró en vigor la nueva Constitución de la República, tras ser aprobada por referéndum popular el 24 de febrero del mismo año. Desde entonces, el matrimonio pasó a ser neutral al género. Veamos:

El matrimonio es una institución social y jurídica. Es una de las formas de organización de las familias. Se funda en el libre consentimiento y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges. La ley determina la forma en que se constituye y sus efectos (...) (Constitución de la República de Cuba, 2019, artículo 82).

Tiempo después, la Asamblea Nacional aprobó por unanimidad un proyecto de nuevo Código de las Familias (2022) que eliminó la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de dos personas con aptitud legal para ello, con el fin de hacer vida en común, sobre la base del afecto, el amor y el respeto mutuos” (artículo 201, inciso 1). La propuesta fue ratificada por referéndum popular, celebrado el 25 de septiembre de 2022. Conforme a lo informado por el Consejo Electoral Nacional (2022) “Votaron por el Sí 3 950 288 electores, el 66.85% del total de boletas válidas. Votaron por el No 1 959 097 electores, el 33.15%”. Como resultado, el referido Código fue promulgado el 26 de septiembre de 2022 y publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba al día siguiente, en el que también entró en vigor.

Lo negativo de estos tres casos es que sometieron el reconocimiento de derechos fundamentales de un grupo de personas al voto de la mayoría. Previamente argüimos que, en esas situaciones, apelar a la “democracia popular” es poco pertinente. En rigor, el constitucionalismo contemporáneo, regido por la “democracia constitucional”, exige que los derechos fundamentales de las personas sean incondicionales, indisponibles y prevalentes frente a opiniones adversas, lo que ha favorecido especialmente a los grupos minoritarios, de atención prioritaria o en situación de vulnerabilidad.

3.2.4. El caso particular de México

México se encuentra políticamente organizado como un Estado Federal. Por esa razón, cada una de las entidades federativas que lo compone es autónoma para emitir la normativa que considere conveniente dentro de su territorio, siempre y cuando no se oponga a la legislación nacional, como es el caso de la que dicta el Congreso de la Unión. Es un caso particular porque si bien en la actualidad el matrimonio entre personas del

mismo sexo es legal en todo el país, su reconocimiento se produjo de forma gradual; es decir, cada entidad federativa se fue sumando a la lista con el paso del tiempo.

La primera en hacerlo fue Ciudad de México. El 21 de diciembre de 2009, su Asamblea Legislativa modificó el Código Civil para el Distrito Federal (2020) de la siguiente forma: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código” (artículo 146°).

El entonces presidente Felipe Calderón, mediante el Procurador General de la República, interpuso una acción de inconstitucionalidad con el objeto de anular las modificaciones instauradas. En respuesta, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la Sentencia recaída en la Acción de Inconstitucionalidad N° 2/2010 en la que, entre otras cuestiones, como indica Botero (2020), manifestó que:

[L]a Constitución no define al matrimonio ni este es un concepto inmutable. Muestra de ello son las transformaciones sociales y los cambios que ha sufrido la regulación civil del matrimonio. Estos cambios han llevado a que se separe el matrimonio de una única función reproductiva, ya que, si bien es un elemento importante, en la actualidad los lazos afectivos, sexuales, de solidaridad y compromiso mutuo le dan sentido al matrimonio. Estos aspectos no son exclusivos de parejas heterosexuales, son compartidos también por parejas del mismo sexo (p. 81).

Tras confirmarse la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, pasó a ser legal en Ciudad de México desde el 4 de marzo de 2010. A partir de ese momento, cada entidad federativa se fue sumando. Algunas lo hicieron en cumplimiento de las decisiones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió al respecto. Las últimas dos fueron Guerrero y Tamaulipas, los días 25 y 26 de octubre de 2022, respectivamente.

3.3. El matrimonio igualitario en el Perú

Según Ipsos Perú (2022), solo el 27% de peruanos y peruanas está a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo. De ese porcentaje, el 52% pertenece al nivel socioeconómico “A” y el 41% al “B”, el 46% son jóvenes de 18 a 25 años, el 36% son mujeres y el 35% proviene de Lima.

Es notorio el alto nivel de rechazo y estigmatización que sufren las parejas del mismo sexo en el contexto nacional. El casi nulo reconocimiento social de su derecho a contraer matrimonio va aparejado al que se aprecia en el Estado, pues las entidades públicas que podrían promover su reconocimiento lo reprueban. Con todo, son destacables algunos pronunciamientos a favor, como se mostrará a continuación.

3.3.1. Proyectos de Ley del matrimonio civil igualitario

La discusión en torno al reconocimiento de derechos a favor de las parejas del mismo sexo ha estado presente en nuestro país desde la última década del siglo pasado. En el contexto de los debates previos a la aprobación de la Constitución de 1993, el congresista constituyente Julio Castro Gómez (Movimiento Democrático de Izquierda) propuso, sin éxito, que en el nuevo texto constitucional “se reconozcan las uniones de hecho de las parejas, sin mención del sexo” (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 2639).¹⁴

Desde entonces, se han presentado cinco proyectos de ley sobre la unión civil entre personas del mismo sexo¹⁵. Los cuatro primeros, que no prosperaron, fueron los siguientes:

1. Proyecto de ley N° 9371/2003-CR. Autora: Martha Moyano. Año: 2003
2. Proyecto de ley N° 4181/2010-CR. Autor: José Vargas Fernández. Año: 2010
3. Proyecto de ley N° 2647/2013-CR. Autor: Carlos Bruce. Año: 2013
4. Proyecto de ley N° 718/2016-CR. Autores: Carlos Bruce y Alberto De Belaunde. Año: 2016¹⁶

Sobre los precitados proyectos, Zelada (2022) comenta que:

¹⁴ En esa misma época, durante el periodo parlamentario 1995-2000, el Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) y los entonces congresistas Javier Diez Canseco y Susy Díaz presentaron un proyecto de ley para eliminar la discriminación hacia las personas LGBTIQ+.

¹⁵ En la lista no están incluidas otras propuestas legislativas de carácter estrictamente patrimonial, como el patrimonio compartido, la asociación solidaria, la unión contractual, etc.

¹⁶ El quinto y más reciente proyecto de ley dirigido a reconocer la unión civil de parejas del mismo sexo es el N° 2803/2022-CG, que presentó el congresista Alejandro Cavero (Avanza País) en 2022. Por ahora, permanece pendiente de deliberación en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República.

Si algo revela la ruta de estas propuestas es que, hasta hace muy poco, el matrimonio igualitario era visto como una posibilidad jurídica muy remota: la unión civil era la aspiración tope del reconocimiento de la sexualidad no convencional. Esto a diferencia de otros países de la región donde la unión civil era *de facto* el piso mínimo de discusión para la protección de los afectos LGB (p. 353).

Aunque la historia legislativa vinculada al reconocimiento de derechos a favor de las parejas del mismo sexo en el Perú es extensa y en absoluto productiva, es oportuno reconocer que el tercer proyecto de unión civil, introducido por el entonces congresista Bruce en septiembre de 2013, trajo consigo ciertos hechos y reacciones dignos de ser mencionados. En efecto, pese a que recién fue evaluado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República en 2015, como advierte Zelada (2022):

El contenido del dictamen elaborado era a todas luces positivo: hacía visible la situación de desprotección histórica de las personas LGB en el Perú y enfatizaba el carácter indispensable de la iniciativa para garantizar los derechos de las parejas no heterosexuales. El texto destacaba también que la propuesta había recibido opinión favorable del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y el Poder Judicial, todas instituciones consultadas por el Congreso con ocasión de la iniciativa (p. 356).

Así pues, si bien la iniciativa fue descartada por votación mayoritaria de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, el apoyo institucional con el que contó y el impacto social que generó representaron avances, aunque no decisivos, importantes. En definitiva:

La propuesta tuvo un impacto social sin precedentes, pues por primera vez llevó al imaginario ciudadano a pensar lo LGBT con un enfoque de igualdad y de prohibición de la discriminación. Con ocasión del debate legislativo hubo manifestaciones de respaldo en las calles con un alcance hasta entonces nunca visto en el país, como, por ejemplo, la II Marcha por la Igualdad, de abril del 2015, convocada por la organización ¡Unión Civil Ya! y la XIV Marcha del Orgullo LGBTI de Lima, de junio del 2015, convocada por el colectivo Marcha del Orgullo (Zelada, 2022, pp. 356-357).

Tras ese prolongado y estéril prefacio legislativo, el 14 de febrero de 2017 las congresistas Marisa Glave e Indira Huilca (Nuevo Perú) finalmente presentaron el Proyecto de Ley del Matrimonio Civil Igualitario, en cuyo artículo 1° propusieron que el artículo 234° del Código Civil elimine el sexo de las partes contrayentes del matrimonio, para que pueda incluirse en él a las parejas homosexuales. La nueva redacción propuesta era la siguiente:

Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por dos personas legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. Ambos cónyuges tienen en el hogar derechos, deberes y responsabilidades iguales (Proyecto de Ley N° 961/2016-CR, artículo 1°).

El proyecto no fue sometido a discusión del Pleno del Congreso de la República, pese a permanecer cuatro años en trámite en la Comisión de Mujer y Familia. Por tal motivo, al concluir el periodo parlamentario 2016-2021 fue enviado al archivo definitivo.

Cuatro años después, el 22 de octubre de 2021, la congresista Susel Paredes presentó el Proyecto de Ley N° 00525/2021-CR, titulado “Ley de Matrimonio Igualitario” con el mismo tenor que su antecesor y una muy similar exposición de motivos. Al ser sometido a votación en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, el proyecto fue archivado con doce votos a favor, dos en contra y cuatro abstenciones.

3.3.2. Informe de la Defensoría del Pueblo

En 2019, las Adjuntías en Asuntos Constitucionales y para los Derechos Humanos y Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo publicaron el Informe de Adjuntía 001-2019/AAC-ADHPD, a través del cual invocaron al Tribunal Constitucional a resolver favorablemente la petición formulada por Oscar Ugarteche Galarza, a fin de reconocer el matrimonio que celebró en México con Fidel Aroche Reyes.

En el referido documento, la Defensoría del Pueblo (2019), recordó que, conforme al marco convencional, no existe un tipo determinado de familia. Asimismo, que el artículo 4° de nuestra Constitución, al referirse a la familia como una garantía institucional protegida por el Estado, permite que toda persona, sin restricción discriminatoria alguna, pueda fundar la suya. De ahí que no deba entenderse el término “familia” solo bajo la conformación tradicional de padres e hijos (familia nuclear), pues, al ser esta un instituto natural, se encuentra relacionada a los nuevos contextos sociales. Por ello, considerar la heterosexualidad como un elemento inherente al diseño del matrimonio supondría interpretarlo de forma restrictiva en perjuicio de las parejas homosexuales, quienes pretenden constituir una familia bajo el reconocimiento legal de sus nupcias. (p. 3-4).

Los argumentos empleados por la Defensoría del Pueblo se nutrieron de una interpretación evolutiva del matrimonio y la familia, a partir de una lectura armónica de

los estándares constitucionales y convencionales. La citada teoría interpretativa propone trascender la literalidad del artículo 234° del Código Civil, con miras a concederle un contenido ajustado al contexto actual, en el que la diversidad de sexos de los contrayentes no sea un requisito para contraer matrimonio. Así se evita la obsolescencia del Derecho como herramienta de regulación de una sociedad naturalmente evolutiva. Cabe reiterar que la disposición cuestionada, que data de 1984 (año en el cual aún no se discutía la viabilidad de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo), ha dejado de ser compatible con los estándares y las exigencias actuales.

En tal virtud, entendiéndose que: i) el Derecho constituye un todo dinámico; ii) no existe una proscripción constitucional contra el matrimonio entre personas del mismo sexo; iii) a nivel convencional se ha aprobado su reconocimiento; y iv) las normas deben interpretarse según el avance de los tiempos, la Defensoría del Pueblo (2019) concluyó que:

El reconocimiento del matrimonio celebrado en el extranjero por personas del mismo sexo se encuentra protegido por los estándares constitucionales y convencionales que garantizan los derechos a formar una familia, sin distinción, a la igualdad y no discriminación por razón de la orientación sexual y al libre desarrollo de la personalidad. Una interpretación evolutiva de los derechos fundamentales no contraviene el orden público internacional, pues brinda un nivel de tutela más adecuado para resguardar la dignidad de las personas que tienen distinta identidad de género (p. 19).

3.3.3. Sentencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional

El matrimonio entre personas del mismo sexo también ha sido discutido en sede jurisdiccional. La sentencia de primera instancia más antigua, recaída en el “Caso Ugarteche”, estuvo a cargo del Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima (2016). En ella se analizó el contenido del artículo 234° del Código Civil:

Efectuando una interpretación evolutiva de nuestra Constitución, esta judicatura considera que dicho dispositivo legal debe ser interpretado conforme a los cambios y exigencias que nuestra sociedad reclama, [por lo que] al haber quedado demostrado que a la fecha un gran sector de la población reclama algún tipo de reconocimiento a las parejas homosexuales, ya sea por medio del matrimonio, unión civil u otro dispositivo, resulta factible que, a falta de existencia de dicha institución, dichas personas puedan reclamar protección de sus derechos fundamentales por vía judicial en virtud del contenido de nuestra Carta Política, puesto que no pueden estar a la espera

de que se legisle a favor de ellos (Sentencia Exp. 22863-2012-0-801-JR-CI-08, fundamento vigésimo noveno).¹⁷

A modo de síntesis, son tres las ideas en las que se basa el juzgado para sustentar el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo: 1. Es posible efectuar una interpretación evolutiva de la Constitución para ajustarla a las exigencias sociales actuales; 2. Esas exigencias actuales provienen de “un gran sector de la población”; y 3. La inacción del ente legislativo justifica que las parejas del mismo sexo opten por la vía judicial para reclamar una efectiva protección de sus derechos fundamentales.

La segunda sentencia de primera instancia sobre el particular es la recaída en el “Caso Susel Paredes”, dictada por el Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima (2019). Al respecto, el referido colegiado sostuvo que:

[E]l reconocimiento del derecho de estas personas debe ser amplio, no solo en cuanto a sus aspectos patrimoniales (...), sino como una modalidad de familia, por lo que la norma invocada resulta aplicable y no es compatible con el Código Civil Peruano que solo reconoce como matrimonio a aquel celebrado por varón y mujer, por lo que esta es una norma a inaplicarse, en el extremo en que fija como contrayentes, necesariamente a personas de distinto sexo, prevaleciendo las normas convencionales (...) así como la Constitución Política que promueve al matrimonio, sin que observe en su texto restricción al respecto (...), donde no hay colisión con la norma convencional de la OC-24/17. (Sentencia Exp. N° 10776-2017-0-1801-JR-CI-11, fundamento 52).

A diferencia del anterior caso, en el trámite de este último ya se contaba con la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH. A través de una lectura conjunta de esta y el artículo 4° de nuestra norma suprema, el juzgado concluyó que no existe incompatibilidad entre el estatus constitucional y convencional del matrimonio. En consecuencia, decretó la inaplicación del artículo 234° del Código Civil, en tanto restringe el matrimonio únicamente a las parejas de distinto sexo, vulnerando así los derechos de dignidad, igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a contraer matrimonio y a formar una familia que asisten a las parejas del mismo sexo. De esa manera, el colegiado se distanció de la fundamentación empleada en la sentencia recaída en el “Caso Ugarteche”, pues en esta última se consideró irrelevante el asunto de la aplicabilidad de la disposición cuestionada.

¹⁷ Lo agregado entre corchetes es nuestro.

En la tercera sentencia, recaída en el “Caso Martinot Serván”, el Sexto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima también reparó en la necesidad de releer el contenido del artículo 234° del Código Civil, a fin de actualizar la configuración del matrimonio a los acontecimientos ocurridos principalmente en el mundo occidental desde los inicios de este siglo y adaptarla a la posición de la Corte IDH. Al respecto, señaló que:

[D]icha regulación sobre el matrimonio entre hombre y mujer se emitió conforme al contexto social de dicha época, y ha tenido vigencia en forma inalterable en el mundo occidental hasta el año 2001. De la no regulación sobre el derecho al matrimonio del mismo sexo, se pasó al reconocimiento progresivo de la unión de hecho entre personas del mismo sexo, y de ésta figura al reconocimiento (...) al matrimonio igualitario. Desde el año 2001 en adelante, existen 29 estados que han reconocido el matrimonio igualitario en sus sistemas jurídicos, (...) de lo que se colige que hay una omisión del legislador de completar el desarrollo de la norma establecida en la OC-24/2017 (...); pues sólo ha desarrollado (...) en forma parcial el acceso al matrimonio, y si bien no prohíbe en forma expresa que pueda ser entre personas del mismo sexo, sólo se limita a describir el supuesto entre hombre y mujer; vulnerando por omisión en forma parcial el bloque de convencionalidad (...) (Sexto Juzgado Constitucional de Lima, 2019, Sentencia Exp. 20900-2015-0-1801-JR-CI-02, fundamento décimo).

Las tres sentencias reseñadas fueron impugnadas y anuladas por las instancias superiores. Todas ellas llegaron a conocimiento del Tribunal Constitucional, que, para ese entonces, ya se había pronunciado al respecto en un proceso de amparo incoado a fin de cesar la vulneración del derecho a la identidad del justiciable, al que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) había denegado su solicitud de cambio de sexo en su Documento Nacional de Identidad (DNI).

En la sentencia que resolvió aquel amparo, el Tribunal Constitucional (2014) expuso que, si se ordenara el cambio legal de sexo del justiciable y, por ende, pasara a tener el sexo femenino, no sería posible prohibirle contraer matrimonio con un varón, pues ello sería discriminatorio por razón de sexo. De esa forma, se estaría reconociendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual -según el tribunal- supondría incurrir en un activismo judicial, contraviniendo el principio constitucional de separación de poderes y el de corrección funcional, puesto que lo que correspondería es que tal forma de matrimonio sea discutida abiertamente por los ciudadanos y sus representantes en el Congreso de la República, como expresión del diálogo democrático. Lo contrario supondría que el Tribunal Constitucional desvirtúe las competencias que el Constituyente asignó al ente legislativo, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional,

presupuesto de respeto de los derechos fundamentales (STC Exp. N° 00139-2013-PA/TC, fundamentos 35 y 36).

Salta a la vista que el Tribunal Constitucional incurrió en el vicio de incongruencia *extra petita*, pues transgredió el principio de congruencia que constriñe a todo órgano encargado de impartir justicia a pronunciarse única y exclusivamente sobre la base de lo solicitado por el justiciable. En virtud de dicho principio, también conocido como “principio de correspondencia entre lo pedido y lo otorgado”, ningún colegiado está facultado para abordar instituciones jurídicas o situaciones fácticas ajenas a las exclusivamente vinculadas al caso que debe atender. Tratándose de un pedido de cambio de sexo, el colegiado no debió poner en relieve el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues ambas materias son ajenas entre sí. Independientemente de ello, la alusión al activismo judicial como límite a la potestad jurisdiccional nos conduce, como se verá más adelante, a reflexionar en torno a la naturaleza y esencia de las funciones que desempeña la judicatura en un Estado de derecho.

Dos años después de la sentencia que vinimos comentando, con nuevos magistrados, el Tribunal Constitucional dejó sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la precitada sentencia en mérito al pronunciamiento recaído en el Expediente N° 06040-2015-PA/TC. Por tanto, todo lo argumentado en ella -incluido lo relacionado al matrimonio entre personas del mismo sexo- perdió sus efectos vinculantes.

La siguiente sentencia en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo fue la recaída en el “Caso Ugarteche”. La ponencia presentada por el magistrado Ramos Núñez fue rechazada por mayoría de cuatro contra tres, declarándose improcedente el amparo formulado. La pareja demandante, legalmente casada en México, vio impedido el reconocimiento de su boda en territorio peruano. Tratándose de un caso en el que los magistrados emplearon argumentos divergentes entre sí -con la salvedad de la magistrada Ledesma, que se adhirió a la ponencia-, el contenido de la sentencia está conformado únicamente por los fundamentos de voto y los votos singulares de los magistrados que la otorgaron.

El fundamento de voto del magistrado Ferrero Costa estuvo compuesto por cinco argumentos. El primero partió de una interpretación histórica del matrimonio: “la heterosexualidad del matrimonio es una constante a lo largo de toda la historia sociojurídica, como se evidencia desde el Derecho romano precristiano”. (Tribunal

Constitucional del Perú, Fundamento de Voto del magistrado Ferrero Costa, 2020, STC N° 676/2020, p. 4).

Su segundo argumento se fundó en la procreación como elemento esencial del matrimonio, que, según él, se emplea para perpetuar la especie humana:

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 (...), lo que dota a estas uniones de un peculiar e intenso valor social, a diferencia de las uniones que estructuralmente (...) no pueden dar lugar al nacimiento de nuevas personas. La relevancia social de estas últimas es, por ello, mucho más limitada (Tribunal Constitucional del Perú, Fundamento de Voto del magistrado Ferrero Costa, 2020, STC N° 676/2020, p. 4).

Lo argüido es errado por dos razones. Primero, porque, como señala Clérico (2010), “las personas del mismo sexo podrían (como las de diferentes sexos) procrear a través de algunos métodos de fecundación asistida y por la donación de óvulos o esperma, según el caso” (p. 156). Segundo, porque, como indicamos previamente, considerar la procreación como un elemento sustancial del matrimonio supondría desacreditar y desconocer a aquellas parejas heterosexuales que no desean o no están en aptitud para generar descendencia. Bajo esta lógica, se debería solicitar que las parejas heterosexuales brinden un certificado de fertilidad para poder contraer matrimonio, lo cual, a todas luces, vulneraría su derecho de igualdad y no discriminación.

En su tercer argumento, el magistrado analizó la alegada vulneración al derecho de igualdad y no discriminación del justiciable. Para responder aquello, observó que era necesario verificar la existencia de un *tertium comparationis* válido, según el cual las dos situaciones comparadas deben compartir una “esencial identidad”. Sostuvo, al respecto, que “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” (Tribunal Constitucional del Perú, Fundamento de Voto del magistrado Ferrero Costa, 2020, STC N° 676/2020, p. 6).

En este argumento, el magistrado Ferrero Costa también incurre en un error, pues un término de comparación válido no puede fundarse en un motivo prohibido, como es la orientación sexual de las personas. Lo contrario supondría, por extensión, que también sea válido distinguir entre un matrimonio celebrado por adultos mayores y uno celebrado

por adultos. En este caso, también se estaría aplicando un motivo prohibido de distinción: la edad de las partes contrayentes.

En su cuarto argumento, expuso que el artículo 4° de la Constitución “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)” (Tribunal Constitucional del Perú, Fundamento de Voto del magistrado Ferrero Costa, 2020, STC N° 676/2020, p. 8). Lo antes señalado surgió de lo dispuesto en otro extracto de nuestra Constitución (1993), a saber: “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” (Cuarta Disposición Final y Transitoria).

Como se observa, el magistrado realizó una interpretación literal de las normas internacionales en mención, desconociendo las decisiones de los órganos jurisdiccionales internacionales que, como se demostró previamente, arribaron a conclusiones diametralmente opuestas a la suya. Cabe hacer hincapié en que la obligación de secundar dichas decisiones se desprende del artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional, sobre el que ahondaremos en el próximo capítulo.

En su último argumento, el magistrado Ferrero Costa manifestó que la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH no es vinculante, por lo que no sería obligatorio que los tribunales internos la secunden. Al respecto, manifestó que:

[L]a ponencia afirma también que dicha Opinión es al menos un pronunciamiento «de necesaria revisión». Esto me lleva a revisarla para concluir que va frontalmente contra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues ésta de modo expreso señala, en su artículo 17.2, que el matrimonio sólo puede darse entre un hombre y una mujer (Tribunal Constitucional del Perú, Fundamento de Voto del magistrado Ferrero Costa, 2020, STC N° 676/2020, p. 8).

El magistrado incurrió en un error al considerar que una opinión consultiva no es vinculante, pues como demostraremos luego, sí lo es. Además, se excede en sus competencias de juez constitucional, al cuestionar los sustentos empleados por la Corte IDH para interpretar la CADH a través de su competencia consultiva, mediante la cual puede brindar opiniones a un Estado miembro de la OEA “acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”

(Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 64°, inciso 2) cuando así lo requiera.

El magistrado Blume Fortini se inclinó por declarar improcedente la demanda, efectuando una interpretación armónica de los artículos 4° y 5° de la Constitución, con su Cuarta Disposición Final y Transitoria. A partir de ello, concluyó que la estructura del matrimonio debe ceñirse al artículo 17°, inciso 2 de la CADH, que regula la protección de la familia y reconocer el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio (Tribunal Constitucional del Perú, Fundamento de Voto del magistrado Blume Fortini, 2020, STC N° 676/2020, fundamento 2).

En esa misma línea, añadió que la Opinión Consultiva OC-24/17 no es vinculante y concluyó que:

No se trata pues, de un tratamiento peyorativo ni de discriminación frente a las personas del mismo sexo que se aman y deciden compartir un proyecto de vida (...) Empero, (...) en el Perú no está consagrado el derecho fundamental al matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo tanto, para que pueda existir (...) se requiere la modificación de la Constitución, según su procedimiento. O, en todo caso, a nivel del Código Civil podría darse una regulación especial a fin de dar algún tipo de tutela a este grupo de respetables personas, sin que la misma se denomine matrimonio, pudiendo llamarse, por ejemplo, unión civil o utilizarse otra denominación (Tribunal Constitucional del Perú, Fundamento de Voto del magistrado Blume Fortini, 2020, STC N° 676/2020, fundamento 10).

El magistrado Sardón de Taboada compartió los argumentos y el sentido de los votos de sus anteriores colegas. Empero, además de criticar el juicio de la Corte IDH al emitir la Opinión Consultiva OC-24/17, cuestionó aspectos relativos a su propia organización:

[E]sta opinión consultiva solo confirmó que el sistema interamericano de derechos humanos adolece de graves defectos estructurales. (...) Al soslayar la relación de los jueces y de los miembros de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana con sus países de origen y enfatizar que son elegidos en base a su “alta autoridad moral”, la Convención Americana abona el terreno para la ideologización del sistema interamericano de derechos humanos (Tribunal Constitucional del Perú, Fundamento de Voto del magistrado Sardón de Taboada, 2020, STC N° 676/2020, p. 16).

El magistrado Miranda Canales coincidió en declarar improcedente la demanda; no obstante, sus argumentos fueron distintos. Al respecto, sostuvo que el Tribunal Constitucional:

[H]a señalado que el proceso contencioso administrativo constituye una vía idónea en la que puede ventilarse este tipo de controversias relativas a resoluciones administrativas. En este sentido, al existir una vía judicial igualmente satisfactoria para cuestionar las resoluciones administrativas que son objeto de la presente demanda, la misma deberá ser declarada improcedente en aplicación del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional¹⁸ (Tribunal Constitucional, Fundamento de Voto del magistrado Miranda Canales, 2020, STC N° 676/2020, fundamento 3).

Años después, el 5 de abril de 2022, el Tribunal Constitucional volvió a pronunciarse sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en la Sentencia N° 172/2022, recaída en el “Caso Martinot Serván” y catorce días después, con un tenor sustancialmente igual a dicho fallo, emitió la Sentencia N° 191/2022, recaída en el “Caso Susel Paredes”. Estos dos últimos pronunciamientos, a diferencia del primero, sí tuvieron un *corpus* común. En ambos, el referido colegiado volvió a incurrir en excesos y arbitrariedades.

Un primer punto por destacar de la sentencia recaída en el “Caso Susel Paredes” es que el tribunal confundió el matrimonio, reconocido en el artículo 4° de la Constitución, con la unión de hecho, regulada en su artículo 5°. Concretamente, señaló que los alcances del primero pueden ser determinados a la luz de los del segundo. Así, al analizar el contenido de la última disposición mencionada, alegó que:

La Constitución se refiere aquí al matrimonio de hecho, ya que la norma contiene todos sus elementos esenciales. Para empezar, utiliza el término unión, que es el mismo que emplea el Código Civil para definir al matrimonio. Añade luego que se trata de la que se da entre un varón y una mujer, tal como el Código Civil. Finalmente, señala que esta unión da lugar a la sociedad de gananciales, que es el régimen de propiedad de los bienes en el matrimonio, según el mismo Código Civil. Entones, de acuerdo con la Constitución, no da lugar a una 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 (...). Para que la unión (...) de personas dé lugar a la sociedad de gananciales, estas han de ser solo dos y de sexo opuesto (...) (Tribunal Constitucional del Perú, 2022, Sentencia 191/2022, fundamento 8).

En esa misma línea, el referido órgano jurisdiccional agregó que “el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, que establece el derecho a la igualdad, debe ser leído juntamente con el artículo 5, que contiene la noción de matrimonio antes precisada”

¹⁸ La referencia corresponde al Código Procesal Constitucional de 2004 (Ley N° 28237), derogado en virtud de la Ley N° 31307 (Nuevo Código Procesal Constitucional de 20211).

(Tribunal Constitucional del Perú, 2022, Sentencia 191/2022, fundamento 15). Frente a ello, es preciso indicar que, si bien el contenido de una disposición constitucional puede interpretarse a la luz de lo prescrito en otras, dicha tarea debe ser cautelosa y evitar reducir o comprimir el espectro de protección conferida a través de los derechos fundamentales. De ser así, se trataría de una interpretación pernicioso, inadecuada y, ergo, inconstitucional.

Otro aspecto por resaltar de la sentencia es, una vez más, el cuestionamiento al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Al respecto, el Tribunal Constitucional (2022) sostuvo que la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH:

[C]onstituyó un exceso 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 (...) le ha hecho caso, salvo Ecuador, que es la excepción que confirma la regla. (...) El Perú no tiene, pues, por qué sentirse obligado por una opinión consultiva que jamás solicitó y que casi nadie le ha hecho caso (Sentencia N° 191/2022, fundamento 17).

Acto seguido, añadió que “Esta opinión consultiva solo confirmó que el sistema interamericano de derechos humanos adolece de defectos estructurales” (Tribunal Constitucional del Perú, 2022, Sentencia 191/2022, fundamento 18) y que “la Convención Americana abona el terreno para la ideologización del sistema interamericano de derechos humanos” (Tribunal Constitucional del Perú, 2022, Sentencia 191/2022, fundamento 19).

El último aspecto controversial de la sentencia en mención incide en que, según el Tribunal Constitucional, es necesario emprender el proceso de reforma constitucional establecido en el artículo 206° de la Constitución para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú, toda vez que:

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 (Tribunal Constitucional del Perú, 2022, Sentencia 191/2022).

3.4. Implicancias de la regulación del matrimonio igualitario frente a la propuesta de la unión civil

Como adelantamos, el 30 de noviembre de 2016, los entonces congresistas Alberto de Belaunde y Carlos Bruce presentaron el Proyecto de Ley N° 718/2016-CR,

titulado “Proyecto de Ley que establece la unión civil”. El artículo 1° de la propuesta era el siguiente:

La unión civil es una relación de convivencia que conforman de manera voluntaria y estable dos personas del mismo sexo para compartir una vida de pareja que genera derechos y obligaciones reconocidos en la presente ley. Esta institución es distinta del matrimonio y la unión de hecho, quienes la integran constituyen una familia y se denominan compañeros o compañeras civiles (Proyecto de Ley N° 718/2016-CR, artículo 1°).

El 15 de agosto de 2022, el congresista Alejandro Cavero presentó el Proyecto de Ley N° 2803/2022-CR, en el que propuso como derechos y deberes de los convivientes civiles los siguientes:

- a. Los bienes que adquiera cualquiera de los convivientes civiles durante la duración de la Unión Civil, se presumen comunes, y su administración es ejercida por ambos, salvo que hayan optado por un régimen patrimonial personal.
- b. Los convivientes civiles están obligados a habitar en un mismo domicilio.
- c. Los convivientes civiles están obligados a prestarse ayuda mutua y contribuir al sostenimiento del domicilio común.
- d. Cualquiera de los convivientes civiles puede asegurar al otro en un régimen de seguridad social en las mismas condiciones que los cónyuges o convivientes.
- e. Cualquiera de los convivientes podrá tomar decisiones médicas respecto del otro conviviente si éste último no se encontrase en condiciones de decidir por sí mismo que la urgencia del caso no permita esperar a que esté en condiciones de decidir. Durante la vigencia de una Unión Civil, la decisión del conviviente civil prevalece sobre la de cualquier otro pariente.
- f. Los convivientes civiles podrán realizar visitas íntimas a centros penitenciarios, en caso uno de ellos se encuentre privado de su libertad.
- g. Los convivientes civiles están impedidos de contraer matrimonio. Esta prohibición no será de aplicación cuando sean los propios convivientes civiles quienes contraigan matrimonio, conforme a la legislación nacional vigente.
- h. Los convivientes civiles se deben mutuamente alimentos.
- i. Los convivientes civiles tienen derecho a percibir la pensión y demás beneficios derivados de la muerte de uno de ellos en la proporción que fija la ley para los cónyuges.
- j. No podrán conformar una Unión Civil los consanguíneos en línea recta y/o en línea colateral hasta el segundo grado y los afines en línea recta y/o en segundo grado en línea colateral. (Proyecto de Ley N° 2803/2022-CR, artículo 5°)

De los dos proyectos normativos traídos a colación es posible advertir que, pese a que la unión civil y el matrimonio poseen coincidencias en lo concerniente a los derechos y deberes que reconocen, desde un punto de vista conceptual, son incompatibles entre sí. La principal diferencia, como se sabe, es que solo los cónyuges -y no así los

convivientes o compañeros civiles- pueden acceder a la adopción de menores. Es esa la razón por la cual un grupo no minoritario de la población apoya la unión civil y se opone al matrimonio igualitario. Sostienen, al respecto, que la primera es la forma más idónea de regular las uniones homosexuales, puesto que la adopción homoparental podría ocasionar perjuicios de diversa índole a las y los menores.

Antes de adentrarnos en dicha controversia, conviene recordar que, desde 1990, la Organización Mundial de la Salud dejó de considerar la homosexualidad como una enfermedad, como se desprende de las conclusiones de las dos últimas versiones del manual titulado “Clasificación Internacional de Enfermedades”. En su décima versión se advirtió que “la orientación sexual por sí misma no debe ser considerada como un trastorno” (Organización Mundial de la Salud, 1992, p. 346). A su vez, como relata Navarro (2013), la American Psychological Association (APA), en el marco de una investigación sociológica y psicológica arribó a las siguientes conclusiones:

1. La homosexualidad no es un trastorno psicológico, aunque la exposición a los prejuicios y la discriminación basada en la orientación sexual puede causar angustia aguda, pero no existe evidencia confiable de que la orientación sexual por sí afecta el funcionamiento psicológico.
2. La creencia de que los menores, dentro de esta familia, imitan a los padres no tiene fundamento empírico. No se han encontrado mujeres lesbianas y heterosexuales que difieran notablemente en sus enfoques de crianza. Por tanto, no existe ninguna base científica para concluir que los homosexuales no son padres o madres aptos con base en su orientación sexual (p. 195).

El mismo autor agregó que:

The Child Welfare League of America afirma, con base en los estudios realizados, que los niños nacidos con uno o dos padres homosexuales tienen un funcionamiento emocional, cognitivo, social y sexual igual que los niños cuyos padres son heterosexuales. La evidencia muestra que el desarrollo óptimo de los niños está más influenciado por la naturaleza de las relaciones e interacciones dentro de la unidad familiar que por su forma estructural particular (Navarro, 2013, p. 194-95).

En línea con lo anterior, Buil et al (2004) argumentaron que:

[L]o que más influye en la crianza de los hijos y en su adecuado desarrollo psicológico es la falta de conflictos familiares más que el sexo de sus padres. Estadísticamente el porcentaje de homosexuales no es más alto en los hijos de padres del mismo sexo que en los hijos de heterosexuales (p. 95).

Por consiguiente, la adopción homoparental carece de consecuencias perniciosas que justifiquen su prohibición. Los avances académicos evidencian que la orientación

sexual de una pareja no es un elemento relevante en la evaluación de su aptitud para adoptar hijos. Por lo mismo, es irracional basarse en supuestas evidencias psicológicas o sociológicas para preferir la unión civil frente al matrimonio como mecanismo para reconocer a las parejas del mismo sexo. En consecuencia, circunscribir la unión civil a las parejas del mismo sexo y el matrimonio a las de distinto sexo, únicamente sobre la base de su orientación sexual, es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de las primeras, pues no supera un test de igualdad en los términos descritos en el primer capítulo. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia (2016) señaló que:

[E]stablecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, en el sentido de que mientras las primeras pueden conformar una familia, sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil, en tanto que las segundas pueden hacerlo únicamente por medio de la primera opción, configura una categoría sospechosa (fundada en la orientación sexual), que no logra superar un test estricto de igualdad, como quiera que no persigue ninguna finalidad constitucionalmente admisible (Sentencia SU214/16, Quinto fundamento).

Llegados aquí, es imperioso recordar, como se señaló en anteriores páginas, que la Corte IDH (2017) ha declarado que los Estados deben garantizar el acceso a todas “las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales” (Opinión Consultiva OC-24/17, fundamento 228). De esa manera, si las parejas de distinto sexo pueden casarse, acceder a la unión de hecho o la unión civil, también deben poder hacerlo las del mismo sexo.

En atención a lo expuesto en esta sección, la discusión no debe centrarse en determinar qué tipo de unión debe formalizar a cada estructura de pareja. Por el contrario, con arreglo al principio-derecho de igualdad y no discriminación, debe permitirse que ambas accedan, en las mismas condiciones, a todas las formas de unión reconocidas legalmente. En otras palabras, se trata de que cada pareja, indistintamente del sexo u orientación sexual de sus miembros, pueda escoger entre el matrimonio, la unión de hecho o, si fuese aprobada, la unión civil, según sus preferencias y anhelos.

CAPÍTULO IV: JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y MATRIMONIO IGUALITARIO

En un escenario de inacción u omisión legislativa, la vía judicial representa una alternativa válida y eficiente para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. La herramienta empleada para llevar a cabo dicho cometido es la sentencia constitucional, cuyos efectos pueden -y, ciertamente, deberían- ser inmediatos y generales.¹⁹

Los principales detractores de nuestra propuesta sostienen que el Congreso, como representante primario de la ciudadanía, es el único órgano investido de legitimidad democrática para adoptar una decisión de indiscutible repercusión social como aquella. Manifiestan que hacerlo por la vía judicial corrompería el principio de separación de poderes y politizaría la justicia constitucional. En este capítulo demostraremos que ese discurso carece de sentido, efectuando un análisis reivindicativo de la judicatura constitucional en una democracia constitucional como la que rige en nuestro país.

4.1. Activismo judicial

4.1.1. Definición

El activismo judicial no posee una definición específica o absoluta. Según el contexto, puede tener una connotación negativa o positiva. En palabras de Atienza (2018):

[E]n contextos europeos (por ejemplo, en España), calificar a un juez, o a una de sus decisiones, de activista, tiene un sentido inequívocamente descalificatorio: un juez activista es uno que actúa como no debería actuar un juez. Pero las cosas no son así en relación al uso que se hace en

¹⁹ También es posible que una sentencia constitucional preceda o acompañe un reconocimiento legal, como ocurrió en algunos procesos de regulación analizados en el anterior capítulo.

Latinoamérica: si no siempre, al menos en muchas ocasiones (...) calificar a un juez de activista supone atribuirle una cualidad positiva: activista es el juez que se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción: la defensa de los derechos fundamentales de las personas (individual y colectivamente consideradas). (p. 39)

Esa dicotomía del activismo judicial no solo se desprende del espacio geográfico en que se emplea la expresión. También existe controversia al respecto en el ámbito académico. Mientras que un grupo de intelectuales lo concibe como una usurpación de funciones y competencias del legislador o una politización (e incluso ideologización) de las sentencias judiciales; el otro lo considera una conducta adecuada y necesaria en aras del reconocimiento de derechos fundamentales que, por diversas razones, continúan siendo postergados.

El origen de la expresión “activismo judicial” proviene de Estados Unidos. A mediados de siglo XX, mientras se discutía la invalidación de las leyes segregacionistas que legitimaban la comisión de actos racistas en el sur del país, Arthur Schlesinger publicó un artículo en la revista “Fortune” sobre la Corte Suprema de Estados Unidos, en el que calificó a los jueces Black, Douglas, Murphy y Rutledge como “activistas judiciales” (*judicial activists*) y a los jueces Frankfurter y Burton como máximos representantes de la “autorrestricción”. Haciendo alusión a dicho suceso, Racimo (2015) sostiene que:

Schlesinger describió al primer grupo como personas que creían que la Corte Suprema podía jugar un rol afirmativo en la promoción del bienestar social (...). El segundo grupo (...), sostenía una política de autorrestricción en la Corte mediante la cual se autorizaba la expansión del juicio permisible a las legislaturas, aunque fueran contrarias a las perspectivas individuales de los jueces para permitir a los brazos del gobierno alcanzar los resultados que la gente quisiera, para bien o para mal (p. 103)

En el ámbito judicial, la primera vez que se empleó la expresión fue en el célebre caso *Brown vs. Board of Education*, en el que la Corte Suprema de Estados Unidos, por unanimidad, declaró inconstitucionales las leyes que promovían la segregación racial en las escuelas. Como resultado, se permitió que niños afroamericanos y blancos estudien en los mismos centros educativos y disfruten los servicios prestados en dicho sector en condiciones de igualdad. A partir de entonces, la segregación racial pasó a considerarse uno de los supuestos prohibidos por la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos. En su génesis, por tanto, el activismo judicial fue concebido como una conducta positiva de ciertos jueces,

tendiente a reafirmar el valor supremo de las normas constitucionales y los derechos fundamentales reconocidos en ellas.

Un bosquejo de la actual definición del activismo judicial lo acuña Guastini (2008), quien refiere que se trata de una doctrina que recomienda a la judicatura una interpretación tendencialmente libre de todo vínculo textual y que, en ese sentido, favorece la libre creación del derecho constitucional por parte de dichos operadores de justicia, con el fin de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real (pp. 64-65). Desde esa perspectiva, la labor de la judicatura está estrechamente vinculada a la dinámica social, lo que significa que un(a) juez(a) activista es, en simultáneo, agente de progreso social y defensor(a) protagónico(a) de la constitucionalidad.

Zavala (2019), a su turno, plantea tres elementos inherentes a la definición del activismo judicial:

[E]l activismo judicial, primero tiene un específico aspecto jurídico, que consiste en un modo de interpretación no textual; segundo, que con ello se busca una finalidad, como obtener una mayor protección de derechos u otros fines similares; y, tercero, que las consecuencias son una invalidación de decisiones o políticas de otros poderes del Estado o, incluso, llegando a definir o precisar cómo deberían regularse las acciones o políticas de otros órganos. (p. 97)

De similar apreciación es Figueroa (2020), quien asocia el activismo judicial con una concepción pacífica del Derecho y arguye que su razón de ser incide en:

[A]ctuar en defensa de la Constitución en circunstancias complejas, que demandan una respuesta «más allá de la norma». (...) [N]o podemos asumir como cierta una definición horizontal de activismo judicial, sino un énfasis en defensa de la Norma de Normas, lo cual en su camino implica, en casos excepcionales, una tarea de corrección de la labor regulativa de otros poderes del Estado.

En ese orden de ideas, el activismo judicial es una conducta que potencia y reivindica la figura de la judicatura, al atribuirle la potestad de limitar a otros órganos del Estado y controlar o interpretar la norma más allá de su contenido textual, en aras de garantizar la defensa incondicional de los derechos fundamentales que ella reconoce, con especial énfasis en las poblaciones minoritarias o en situación de vulnerabilidad. De esa manera, se abandona la tesis de la judicatura como portavoz o mera ejecutora de la ley y se comienza a atribuirle cierto protagonismo en la búsqueda del bienestar social y el sostenimiento del sistema democrático, consustancial al Estado constitucional de derecho.

4.1.2. El activismo judicial como afirmación de la democracia constitucional frente a la omisión legislativa

Uno de los pilares fundamentales de la democracia es el principio de separación de poderes, cuyo origen se remonta a la época de máximo esplendor de “La Ilustración”. En aquel tiempo, bajo el influjo de las ideas de Locke, Montesquieu manifestó que “para evitar abusos de poder hay que oponer otro poder que modere cualquier esfuerzo absolutista, lo cual constituye la corriente de la división o separación de poderes” (1964, como se citó en Díaz Vásquez, 2015). Así, en su etapa inicial, el mérito del principio consistió en limitar los excesos de poder y erigir las bases de los sistemas democráticos modernos. Cada poder del Estado tenía autonomía absoluta frente a los demás y, por ende, sus respectivas funciones eran ejercidas en forma exclusiva y excluyente.

La más notable evolución del principio en comentario se produjo en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. La noción de autonomía absoluta pereció frente a la de colaboración y control mutuo, propias del sistema de pesos y contrapesos, el cual, como señala Díaz Vásquez (2015):

[C]onsiste en una separación funcional de los órganos estatales en la cual cada uno se especializa en la materia constitucionalmente asignada, pero en ésta se le otorga un papel predominante al control que ejercen los órganos del poder público entre sí. Bajo este modelo cada órgano tiene la facultad y el deber de fiscalizar e intervenir en el ámbito funcional, ejerciendo un control político interorgánico, así como aunando esfuerzos para la consecución de relaciones de colaboración armónica entre las ramas del poder público (p. 55).

La separación armónica de poderes constituye el primer eje de la democracia constitucional y su aporte principal es optimizar las funciones de los órganos estatales. De ello surge el segundo eje, que es la garantía de los derechos fundamentales de la población. Si ambos no actúan en conjunto, no se construye, *per se*, una democracia constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional (2005) ha manifestado que “una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra “herida de muerte”” (STC Exp. N° 04677-2004-AA, fundamento 12). Existe, pues, una relación de interdependencia entre los conceptos “democracia”, “Estado” y “derechos fundamentales”. Al respecto, Ferrajoli (2002) señala que:

[E]n el estado constitucional de derecho, ya no es verdadero que, como sostenía Kelsen, la validez del derecho depende sólo de los requisitos puramente formales, ni que la razón jurídica moderna es solamente, como sostenía Weber, una “racionalidad formal”. De hecho, todos los derechos fundamentales -desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales- equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de algún modo, los objetivos y la razón social de ese moderno artificio que es el estado constitucional de derecho (p. 11).

En esa línea, el surgimiento del Estado constitucional de derecho permitió replantear los alcances y la naturaleza de la Constitución, que pasó de ser una norma política esencialmente enunciativa para convertirse en la *norma normarum* del ordenamiento jurídico. En el célebre “Caso Lizana Puelles”, el Tribunal Constitucional (2005) declaró que:

El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. (STC Exp. N° 05854-2005-PA/TC, fundamento 3).

Respecto a esta transición de modelo estatal, García Toma (2014) sostiene que:

[L]a Constitución se configura como una norma jurídica suprema, en auténtica fuente de derecho y delimitadora de las restantes. Esta deviene en parámetro de validez del orden normativo legal del Estado. Ello obligará a consolidar la categoría jurídica de la jurisdicción constitucional como el conjunto de órganos y procesos encargados de cautelar y defender la supremacía normativa de la Constitución. (...) La primacía de la Constitución promoverá la división tajante entre el poder constituyente y el poder constituido. De allí que la jurisdicción constitucional se constituya en la piedra angular para controlar los excesos legislativos de los operadores del Estado (pp. 162-163).

La supremacía normativa que adquirió la Constitución tornó en indispensable que se le atribuya eficacia inmediata y garantía jurisdiccional. Ruiz Molleda (2009) señala que la eficacia inmediata de la Constitución se traduce en que esta “no requiere su desarrollo legislativo para desplegar su fuerza vinculante, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligatoria” (p. 8). Entretanto, la garantía jurisdiccional permite la exigencia jurisdiccional del cumplimiento de la Constitución y, con ello, la erradicación de toda

vulneración que se produzca a una de sus disposiciones. Al respecto, Ruiz Molleda (2009) agrega que “la primacía de la Constitución es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no es enjuiciable por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores” (p. 8).

El precursor de la línea doctrinal que impulsó el establecimiento de un órgano jurisdiccional independiente del Parlamento que garantice la observancia de la Constitución fue Kelsen (2011), quien sostuvo que:

Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional. El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida. No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional—. (p. 274).²⁰

La jurisdicción constitucional tiene como fin tutelar la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce, lo que implica, entre otras cosas, las obligaciones de expulsar del ordenamiento jurídico las normas que sean incompatibles con las disposiciones constitucionales, superar toda omisión legislativa inconstitucional y erradicar toda conducta que atente contra los derechos fundamentales de las personas.

Como se aprecia, la Constitución extiende sus efectos a todos los ámbitos de la vida social, política, económica y cultural de la nación; de ahí que nuestro Tribunal Constitucional (2018) exprese que “en todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho no hay zonas exentas de control constitucional” (STC Exp. N° 03958-2015-PA/TC, fundamento 64).

En referencia a dicha aseveración teórica, Ruiz Molleda (2009) explica que:

²⁰ Aunque Kelsen consideraba que la jurisdicción constitucional solo debía ceñirse a expulsar toda norma inconstitucional del ordenamiento jurídico, con el pasar del tiempo, la academia ha demostrado que el control constitucional sería imperfecto si la judicatura no pudiera interpretarla o modificarla para preservar su validez.

Dos son las tesis que aquí el TC afirma con firmeza, la primera, en palabras de Prieto Sanchís, es la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria y la segunda (...) es la omnipresencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario, y en este caso en concreto, la omnipresencia del TC frente a la tesis que sostenía que existían un conjunto de decisiones políticas que no podían ser cuestionadas. Esta doctrina permitirá allanar el camino para realizar el control respecto de zonas tradicionalmente inmunes al control constitucional (p. 13).

En tal virtud, la jurisdicción constitucional funge de guardiana de la Constitución, por lo que garantiza la vigencia de todas sus disposiciones; tanto las que conciernen a los derechos fundamentales (parte dogmática), como las que regulan el ejercicio y la distribución del poder (parte orgánica). El modo en que ejecuta dicho cometido es, como se indicó previamente, a través del control constitucional. Este último tiene como uno de sus cometidos controlar la actividad normativa del Congreso y, como se argumentará luego, también las omisiones legislativas en las que incurre cuando, siendo necesario que disponga la creación de normas, no lo hace.

Diseñado así el panorama, en lo sucesivo nos abocaremos al punto específico que nos convoca esta sección de la investigación: descubrir si la judicatura constitucional tiene legitimidad democrática para controlar las omisiones legislativas inconstitucionales. La discusión surge porque, aunque existe consenso respecto a su rol de legisladora negativa (lo que le faculta a controlar la constitucionalidad de las normas y expulsarlas del ordenamiento jurídico si se oponen a la Constitución), no ocurre lo mismo respecto a la faz opuesta, esto es, a su calidad de legisladora positiva (lo que le permite crear derecho en aras de contrarrestar las omisiones legislativas inconstitucionales). Con relación a este último punto, es propicio comenzar manifestando que, por “omisión legislativa” se entiende:

[E]l evento en que el órgano legislativo no expide una disposición normativa sobre un tema determinado en un plazo prudencial, pese a la existencia de un mandato constitucional de legislar sobre la materia. Como consecuencia, esta omisión puede traer consigo una especie de inercia del texto constitucional, pues como no existe una norma que lo desarrolle, se dificulta en grado sumo su verdadera aplicación en armonía con los propósitos del constituyente primario (Villota, 2012, p. 469).

En esa línea, estas omisiones:

[D]esconocen el principio de supremacía de la Constitución, pues con ellas se evade el cumplimiento de disposiciones superiores y, en consecuencia, se desatienden los postulados del Estado social de derecho. En una dimensión práctica, las implicaciones se relacionan con el control de constitucionalidad por parte del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y con la responsabilidad del Estado legislador por dichas omisiones frente a los particulares (Villota, 2012, pp. 468-469).

Así, las omisiones legislativas ocurren cuando el órgano legislativo guarda silencio en circunstancias en las que está llamado a legislar para cautelar la supremacía normativa de la Constitución. Para determinar su acaecimiento, el factor temporal es indispensable, pues es a través de aquel que se comprueba si, pese a haber transcurrido un plazo razonable y existiendo un mandato constitucional implícito o explícito de legislar, el Congreso ha cumplido o no, cuando menos, con poner en boga ante el Pleno la discusión respectiva.

Un ejemplo podría ilustrar el escenario antes glosado: una norma preconstitucional viene regulando un supuesto de hecho conforme lo ordenaban las circunstancias del contexto en el que fue aprobada. Años después de su emisión, entró en vigor una nueva Constitución, que estableció un mandato -tácito o expreso- de ajustar dicha norma a las exigencias propias de los nuevos contextos. La omisión legislativa se produciría si, en una situación como aquella, habiendo transcurrido un plazo razonable, el Congreso no efectuara la modificación constitucionalmente requerida.

En el derecho comparado, para superar las omisiones legislativas inconstitucionales, se instituyó la denominada “inconstitucionalidad por omisión”, reconocida por vez primera en la entonces vigente Constitución de Yugoslavia de 1974, que disponía lo siguiente:

Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución necesarias de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento del hecho a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia. (Constitución de la República Federal Socialista de Yugoslavia, 1974, artículo 377°).

Posteriormente, dicha institución fue reconocida en la aún vigente Constitución de Portugal de 1976, como se detalla a continuación:

1. El Tribunal Constitucional apreciará y verificará el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer exigibles las normas constitucionales,

a requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, con fundamento en la violación de los derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Regiones Autónomas. 2. Cuando el Tribunal Constitucional verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, lo pondrá en conocimiento del órgano legislativo competente (Constitución de la República portuguesa de 1976, artículo 283°).

Muchos otros países se sumaron a los dos anteriores. Algunos, incluso, lo hicieron por la vía jurisprudencial. En nuestro país, el Tribunal Constitucional (2015) se ha pronunciado sobre el particular en reiteradas oportunidades, como se muestra enseguida:

[A]un cuando la Constitución no contempla de manera expresa la posibilidad del control de las omisiones legislativas, el fundamento de dicha potestad radica en el principio de supremacía constitucional (artículo 51 de la Constitución), del que se desprende el efecto normativo de las disposiciones constitucionales (...); el principio de colaboración de poderes del Estado, en virtud del cual el Tribunal Constitucional ha venido prestando permanente colaboración con la actividad legislativa (...); y la necesidad de adecuar los cauces jurídicos del Estado constitucional a la exigencia de las nuevas formas del Estado social y de nuevos derechos (Auto Exp. 00013-2014-PI/TC, fundamento 21).²¹

Sin perjuicio de lo antes señalado, el control constitucional de las omisiones legislativas no ha sido una cuestión exenta de debates. Uno de los principales argumentos en contra se gesta en el presunto quebrantamiento del sistema democrático, producto de la usurpación de las funciones del órgano legislativo y la falta de consenso político que la aprobación o modificación de una norma requiere (vale decir, la adopción por voto mayoritario de la decisión). Ello, aunado a que, bajo esa lógica, se estaría “politizando” el rol de la jurisdicción constitucional.

Para contrarrestar tales alegatos, es imperioso comenzar poniendo en relieve que la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone lo siguiente:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a 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** (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 2°).²²

²¹ En ese mismo sentido, puede revisarse la STC Exp. N° 05427-2009-AC/TC, fundamentos 11, 12 y 15.

²² El resaltado es nuestro.

Como se aprecia, el parámetro convencional no circunscribe la garantía de los derechos humanos a la función legislativa. Antes bien, hace hincapié en que puede adoptarse medidas “de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, verbigracia, el reconocimiento jurisprudencial de derechos humanos. Así, es factible modificar o interpretar una norma mediante una resolución judicial para ajustarla al parámetro convencional y crear derecho (jurisprudencia propiamente dicha) en aras de suplir una omisión legislativa inconstitucional. Sobre esa cuestión, Dermizaky (2002) es ilustrativo:

No se trata de que el juez constitucional usurpe las funciones del legislador, pues es claro que solamente asume una acción positiva frente a la violación de derechos fundamentales que supone una omisión legislativa que, por otra parte, el legislador debió subsanar por mandato imperativo o implícito de la Constitución. (...) [E]l razonamiento que impulsa la acción positiva del juez constitucional es eminentemente jurídico, no político. (...) [L]a inconstitucionalidad por omisión parte del reconocimiento de que no existe la certeza de que legislador corregirá la norma inconstitucional, lo cual es previsible tratándose de un órgano esencialmente político como es el Legislativo. El descuido, la omisión de legislador, constituye una anomalía jurídica que viola los derechos de las personas, infiriéndoles un daño objetivo y verificable. Si el juez constitucional tiene por misión cumplir y hacer cumplir la Constitución, es claro que la inconstitucionalidad por omisión es un asunto de su competencia que le obliga a actuar, de manera positiva, pues de otro modo estaría vulnerando, por pasiva, derechos fundamentales que ha jurado defender (p. 70-71).

Hemos venido reiterando que una democracia constitucional no se construye si no están garantizados los derechos fundamentales de las personas. Señalamos, asimismo, que el principio de separación de poderes no prevé la autonomía absoluta de un poder respecto de los demás, sino que se construye a partir de la colaboración y el control mutuo, con el propósito de satisfacer el fin supremo del Estado constitucional de derecho, que es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. En ese escenario, la jurisdicción constitucional es una vía válida para corregir una situación propiciada por una omisión legislativa inconstitucional, pues, aunque en sistemas democráticos como el nuestro rige el principio de la mayoría al momento de adoptar decisiones de interés nacional, el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de las personas no están sometidos a ningún tipo de condicionamiento colectivo o voluntad general.

Así las cosas, es indispensable reconocer los derechos fundamentales de las personas, aun si eso supone ir contra la voluntad a las convicciones de la mayoría de la sociedad, representada en el Congreso de la República. Desde luego, como afirma

Dworkin (1989) “los «derechos» de la mayoría como tal, (...) no pueden contar como justificación para dejar de lado los derechos individuales” (p. 289), a lo que agrega que:

Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio (Dworkin, 1989, p. 37).

Bajo esas circunstancias, la judicatura constitucional no debe limitarse a aplicar el derecho positivo o ser la portavoz de la ley; sino que debe cumplir con el ideal de la democracia constitucional, que es la primacía de los derechos fundamentales de las personas, sin distinción. Así pues, es correcto que los jueces y las juezas actúen incluso cuando la vulneración de un derecho fundamental es consecuencia de una omisión legislativa, muchas veces motivada por estereotipos impuestos como una falsa moral colectiva.

En atención a lo antes referido, el fundamento del activismo judicial reside en la erradicación del daño resultante de un prejuicio sociopolítico del órgano legislativo, a través de la afirmación axiológica y democrática de nuestro sistema constitucional. En efecto, como arguye Bayón (2004, como se citó en Díaz Vásquez, 2015):

[C]uando se restringe el poder de la mayoría para impedir que sus decisiones menoscaben los derechos fundamentales, el ideal democrático no sufriría daño alguno: al contrario, lo que se estaría haciendo es proteger la democracia de lo que puede ser una seria amenaza para ella, la omnipotencia de la mayoría (...), en otras palabras, la democracia sería en sí misma el fundamento de limitación del poder de la mayoría; y es por ello que no habría tensión entre constitucionalismo y democracia, sino que el Estado Constitucional sería precisamente “la juridificación de la democracia” (p. 55).

En consecuencia, el activismo judicial es una herramienta esencial para el sostenimiento de la democracia constitucional y el Estado de derecho en circunstancias en las que una omisión legislativa los amenaza. Su justificación incide en el sistema de frenos y contrapesos que rige el principio de separación de poderes y se funda en el respeto de la dignidad de las personas y el reconocimiento progresivo de los derechos fundamentales que de ella dimanar.

La progresividad de los derechos fundamentales es producto de la evolución de los tiempos. Aquel inobjetable fenómeno social impone el mandato de actualizar el ordenamiento jurídico conforme a las necesidades básicas y avances sociales, políticos,

culturales, económicos y científicos. La historia de la humanidad ha evidenciado que lo que otrora no constituía una conducta irregular o reprochable, luego puede suponer una flagrante vulneración a los derechos de las personas. Es en esas circunstancias que se reclama un activismo judicial que actúe como remedio y es ahí, precisamente, donde surge su legitimidad democrática. Claro está, es necesario diferenciar las conductas orientadas a la defensa progresiva de los derechos fundamentales de aquellas que conducen a una politización de la justicia constitucional, tales como la preservación de un *statu quo* pernicioso para la sociedad o la imposición subjetiva y arbitraria de convicciones personales, desvinculadas del mandato de garantizar la dignidad de las personas.

A modo de conclusión de lo indicado en esta sección:

[N]o es cierto que el activismo judicial de la jurisdicción constitucional no tenga legitimidad democrática, toda vez que sus actuaciones responden al control que debe haber entre los poderes, así como en desarrollo de la guarda de la Constitución; además de que su papel y el avance progresivo de sus fallos implican el fortalecimiento de muchos de los aspectos claves para la democracia (Díaz Vásquez, 2015, p. 55).

4.1.3. Activismo judicial, quietismo e hiperactivismo

Un asunto de no menor relevancia incide en diferenciar el activismo judicial del “quietismo” y el “hiperactivismo”. Suele asociarse al primero con el progresismo; sin embargo, la esencia de esta conducta no radica en su supuesta connotación política, sino en el trasfondo jurídico que implica la tendencia a maximizar el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, incluso prescindiendo de la venia de las mayorías. No es ese el caso del quietismo o del hiperactivismo, que, por el contrario, están impregnados de un alto contenido político.

En el mundo del Derecho, se conoce como “quietismo” a una forma restrictiva de concebir la función jurisdiccional, conforme a la cual a la judicatura solo les corresponde aplicar las normas vigentes, de suerte que no pueden emitir juicios de valor sobre estas, incluso si su continuidad produce consecuencias perniciosas en la sociedad. Para los jueces y las juezas quietistas, la jurisdicción constitucional no puede contribuir al reconocimiento progresivo de los derechos fundamentales pues, según su criterio, eso le corresponde al legislador. Sobre el particular, Espinosa-Saldaña (2020) expone que:

El quietismo puede considerarse relacionado con concepciones favorables a la conservación del actual orden de las cosas, así como por una deferencia hacia quien detente el poder de turno. Pese a que a veces no se note con tanta claridad, el conservadurismo es también una ideología, e implica una visión sobre el mundo y sobre lo justo (p. 172).

A lo dicho, el jurista agrega que:

[E]l quietismo puede asociarse a concepciones de Derecho legalistas o previas al constitucionalismo contemporáneo, que no se han percatado o no aceptan del todo la constitucionalización del Derecho (...), la consolidación de la judicatura constitucional como pieza clave del Estado Constitucional, o la consolidación de los nuevos roles o funciones que se les ha encomendado a estos órganos (Espinosa-Saldaña, 2020, p. 172).

En ese orden de ideas, el quietismo, como expresión directa del conservadurismo, constituye una conducta inadecuada en el ejercicio de la función jurisdiccional. El juez o la jueza quietista que se exime de ejercer justicia haciendo preservar un *statu quo* socialmente pernicioso, que vulnera principios constitucionales como el de progresividad de los derechos fundamentales, bajo la excusa de una supuesta incompetencia o, peor aún, de la primacía absoluta de la ley o la voluntad legislativa, no es más que un franco opositor a los fines del Estado constitucional de derecho. Así, lejos de incurrir en una abstención benéfica, el juez o la jueza quietista lo que en rigor persigue es imponer a la colectividad sus concepciones personales sobre las cosas. Eso es, a todas luces, incompatible con la función jurisdiccional, para la cual las preferencias personales o convicciones políticas de las juezas y los jueces resultan intrascendentes frente al mandato de ejercer justicia con arreglo a la Constitución.

De semejante manera, pero *a contrario sensu*, el “hiperactivismo” también implica una politización de la función jurisdiccional, en virtud del cual, como aduce Sagüés (2000):

[S]o pretexto de ejercer control judicial de constitucionalidad el «juez constitucional» se desborda, por ejemplo, ingresando a áreas que incuestionablemente son reservadas a la discrecionalidad de otros poderes del Estado, confundiendo sus roles, asumiendo papeles de legislador o de Jefe de la administración. En materia de control judicial de constitucionalidad, en efecto, el juez puede caer en la tentación de olvidar que la constitución deja a menudo un abanico de posibilidades u opciones para que el legislador reglamente un determinado instituto, y que, en tal caso, no le toca al juez indicar cuál es la mejor respuesta que debió adoptar ese legislador, sino solamente averiguar si la escogida por él se encuentra dentro del marco de opciones constitucionales posibles (p. 345).

De esa manera, como ocurre con los jueces y las juezas quietistas, los hiperactivistas también ignoran el marco constitucional, aunque estos últimos por exceso. En efecto, para ellos “en nombre de los valores constitucionales, puede lograrse todo, con prescindencia incluso de las normas vigentes y de las competencias de las autoridades legítimas” (Espinosa-Saldaña, 2020, p. 173).

En tal virtud, la metodología del hiperactivismo consiste en una aplicación forzada del marco constitucional, apartada de los derechos fundamentales de las personas y que desacata el principio de separación de poderes. Supone una usurpación de las competencias del órgano legislativo o del ejecutivo destinada a anular las normas o políticas opuestas a lo que se concibe como adecuado u óptimo para la sociedad. Nuevamente, nos hallamos en un escenario de primacía de las preferencias o convicciones personales del juez o la jueza y un alejamiento del marco constitucional que rige el ejercicio de la función jurisdiccional. He ahí, precisamente, la diferencia con el activismo judicial, pues como expone Sagüés (2000):

Cabe distinguir (...) entre un activismo judicial sano y un hiperactivismo nocivo. En determinadas circunstancias hay una demanda social que legitima la adopción judicial de soluciones especialmente ante la inercia del Congreso o del Poder Ejecutivo. El hiperactivismo importa, en cambio, una desfiguración exagerada de los roles judiciales, cuando ocupa innecesariamente, e incluso agresivamente, áreas legislativas o ejecutivas (p. 345).

4.1.4. Activismo judicial y matrimonio igualitario

Como hemos señalado, el quid del activismo judicial estriba en optimizar la interpretación constitucional, con miras a asegurar un espectro más amplio de protección de los derechos fundamentales. Uno de los supuestos en que más se evidencia su importancia es en el ejercicio interpretativo que los jueces y las juezas activistas ejercen respecto de aquellas cláusulas constitucionales que poseen una construcción lingüística abierta y que, sin mayor complicación, pueden ser jurisprudencialmente actualizadas con arreglo a las nuevas circunstancias que van acaeciendo con el pasar del tiempo.²³

El artículo 4° de la Constitución, que reconoce el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada, es una de las cláusulas que pueden ser interpretadas en sede jurisdiccional. Su construcción lingüística no especifica los elementos que lo

²³ Por supuesto, ello no quita que también se efectúen interpretaciones distintas a la literal respecto de disposiciones con construcciones lingüísticas cerradas, como se verá luego.

componen o caracterizan. Por citar un ejemplo, no describe el sexo u orientación sexual de quienes lo contraen, sino que solo se restringe a señalar que la forma del matrimonio se regula por ley.

El establecimiento del principio de reserva de ley no concede una libertad absoluta al legislador para establecer las formalidades o elementos del matrimonio, pues, de acuerdo con nuestra Constitución Política (1993): “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45°). De ese modo, el ejercicio de la potestad legislativa tiene como límite directo la sujeción a las normas constitucionales.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que nuestra Constitución data de 1993, que su artículo 4° no establece la diversidad de sexos de las partes contrayentes del matrimonio como requisito esencial de validez y que, hasta la fecha, el Congreso no ha cumplido con modificar el artículo 234° del Código Civil -que fue promulgado en 1984 y, ergo, es una norma preconstitucional-, para permitir que dos personas del mismo sexo puedan contraerlo, con arreglo a sus derechos de dignidad, igualdad y no discriminación, y libre desarrollo de la personalidad, incurriendo, por tanto, en una omisión legislativa inconstitucional, corresponde que la judicatura constitucional se pronuncie al respecto favorablemente.

El activismo judicial halla sustento a partir de una lectura conjunta de tres artículos de nuestra Constitución y uno del Nuevo Código Procesal Constitucional. El primero de ellos dispone que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 43°), el segundo, que “Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...)” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 44°), el tercero, que “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 139°, inciso 8), y el último, que “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa” (Nuevo Código Procesal Constitucional, 2021, artículo II).

El principio de garantía jurisdiccional de la Constitución, el sistema de frenos y contrapesos que rige la separación de poderes en nuestro país y las cuatro disposiciones recientemente citadas justifican la defensa efectiva y legítima de los derechos fundamentales de las personas en sede jurisdiccional, en circunstancias en las que son vulnerados por la inacción de otro órgano del Estado al que, *prima facie*, le corresponde garantizarlos. Por tal motivo, la omisión legislativa del Congreso de la República, consistente en la falta de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, que conculca su derecho a contraer matrimonio, debe ser revertida mediante la justicia constitucional, bajo apercibimiento de desnaturalizar sus funciones y los fines de los procesos constitucionales.

4.2. Hacia el reconocimiento del matrimonio igualitario: dos posibles caminos por los que puede optar la judicatura constitucional

4.2.1. Primer camino: La interpretación de la Constitución y el control difuso de constitucionalidad

a. La interpretación de la Constitución

Es indispensable acudir a la hermenéutica para esclarecer el contenido de las normas constitucionales y determinar sus límites, alcances y las condiciones en que se aplican. Los métodos generales de interpretación jurídica son poco eficaces para tales efectos, por cuanto existe una patente diferencia estructural entre las normas constitucionales y legales: mientras que las primeras suelen ser abstractas, generales o rectoras, las últimas suelen contener mandatos concretos o precisos. En atención a ello, se desarrolló específicamente la denominada “interpretación constitucional”, cuyo propósito consiste en “concretizar el contenido normativo de la Constitución (lo que ordena, prohíbe o se encuentra permitido), es decir, permitir el tránsito de las disposiciones amplias y generales del texto constitucional a mandatos más precisos para ser aplicados en casos concretos” (Landa, 2018, p. 34).

Para determinar los alcances y el marco de acción del artículo 4° de la Constitución, en el extremo que reconoce al matrimonio como una institución constitucionalmente garantizada, es indispensable acudir a los criterios, las teorías y reglas de interpretación constitucional desarrollados en la ley, jurisprudencia y doctrina. Únicamente a través de ese ejercicio interpretativo es posible defender la

constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y, por tanto, disponer la inaplicación del artículo 234° del Código Civil en ejercicio del control difuso de constitucionalidad.

Comenzando por los criterios de interpretación constitucional, el primero que resulta útil para definir los alcances del matrimonio como derecho e institución constitucionalmente garantizada es el de “unidad de la Constitución”, según el cual “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto” (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N° 05854-2005-PA/TC, fundamento 12). La razón de ser de este principio, según Hesse (2012), radica en que:

La relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución (...) obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales (p. 67). La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales (p. 67).

Otro criterio aplicable es el de “eficacia integradora”. Landa (2018) arguye que:

A partir de este principio se debe valorar el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de este cuerpo normativo. Con ello también se busca afirmar el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida en que integra los valores minoritarios con el mayoritario, dado que la Constitución expresa la diversidad de los intereses sociales dentro de la unidad política. De este modo, la interpretación realizada solo podrá ser considerada válida en la medida en que ayude a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad (pp. 38-39).

El criterio antes glosado se funda en que la Constitución, como norma suprema, contiene obligaciones, principios, valores y derechos que vinculan a toda la nación peruana y a las autoridades que la representan. Por esa razón, ninguna interpretación legítima puede excluir o prescindir de las minorías apelando a la voluntad de la mayoría como moral general o verdad absoluta. En puridad, uno de los roles de la Constitución es promover y efectivizar la integración armónica de las y los compatriotas, en aras de establecer un punto de identidad común que identifique y represente a toda la nación.

Un tercer criterio útil es el de “fuerza normativa de la Constitución”, conforme al cual “[l]a interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar

la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (...) y a la sociedad en su conjunto” (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N° 05854-2005-PA/TC, fundamento 12). Ello importa, entre otras cosas, que todo el texto constitucional surte efectos inmediatos y, por ende, que no requiere reglamentación o desarrollo legal para ser válido y ordenar su sujeción a él. Todo lo contrario, las normas constitucionales manifiestan su exigibilidad al establecerse como parámetro de validez de todas las restantes fuentes del derecho interno.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)". Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. (STC Exp. N° 01124-2001-AA/TC, fundamento 6).

Por último, un criterio desarrollado por la doctrina especializada es el de “preferencia por los derechos”, sobre el que Espinosa-Saldaña (2019) sostuvo lo siguiente:

Denominada por muchos *favor libertatis*, apela al papel central que tienen los diferentes derechos fundamentales en el Estado constitucional. Y es que si el fin último del Estado constitucional es el del reconocimiento y tutela de este tipo de derechos, cabe entonces presumir que resulta más acorde con la Constitución aquella interpretación de hechos y situaciones que asegure la plena vigencia de dichos derechos. Ello se debe plasmar incluso sacrificando algunas formalidades exigidas en la interpretación y aplicación de otras normas y disciplinas jurídicas (p. 29).

Para entender el trasfondo del criterio en mención, es imperioso recalcar que la Constitución no establece una relación de jerarquía entre unos y otros bienes constitucionales, por lo que no es hacedero plantear una prevalencia absoluta de los derechos fundamentales respecto de otros bienes constitucionales. Así, debe quedar claro que, como explica Sosa (2011), esta preferencia interpretativa de los derechos significa:

Primero, que **cada bien constitucional deberá interpretarse teniendo en cuenta que** el primer mandato de la Constitución señala que **la comunidad política** (el Estado y la sociedad en general) **se encuentra al servicio de la persona humana, de su dignidad y sus derechos.** (...) Segundo, que los derechos constitucionales no son absolutos, sino que también **pueden ser delimitados y limitados por otros bienes**, siempre que esto sea **conforme al orden**

constitucional de valores. (...) Tercero, que es **necesario armonizar los bienes en conflicto** de tal forma que se procure optimizar a todos ellos, pero **teniendo como horizonte la defensa de la dignidad humana y la salvaguarda de las necesidades humanas básicas**. De esta forma, esta pauta interpretativa no significa que los derechos fundamentales avasallen a los demás bienes constitucionales, sino que lideran el ordenamiento material contenido en la Constitución. (p. 137)

En línea con lo antes referido, el criterio de preferencia por los derechos fundamentales -estrechamente vinculado al principio *pro homine*- apunta a preferir una interpretación que optimice al máximo su goce y ejercicio en el análisis de sucesos concretos o normas de cualquier rango (incluidas las constitucionales). Como resultado, en el caso particular de las normas que los reconocen, es preferible una interpretación que garantice un mayor grado de protección a las personas. *A contrario sensu*, una interpretación restrictiva resulta poco apropiada, de modo que su aplicación debe ser extraordinaria y, de ser el caso, estar correcta y calificadamente sustentada.

En cuanto a las “teorías interpretativas”, es oportuno hacer alusión a una de ellas, aplicada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que es la “interpretación evolutiva”, conocida también como “teoría del constitucionalismo viviente” o “*living constitution*”. Con relación a esta, Sagüés (2016) señala que:

La idea de “constitución viviente” –*living constitution*– pretende romper definitivamente con el textualismo y el originalismo revisando el concepto mismo de Constitución y el de interpretación constitucional. En concreto, postula la independencia de la actual comunidad, tanto del texto original como de las valoraciones e intenciones del constituyente histórico. Y en cuanto a la “interpretación”, entiende que en realidad no se trata de “interpretar” un documento –lo que supone hallar en él el sentido que debe dársele a la Constitución–, sino de elaborar respuestas jurídicas constitucionales conforme a las necesidades del presente y a las valoraciones y creencias de la sociedad actual (p. 27).

La interpretación evolutiva persigue la adaptación de la Constitución a las transformaciones sociales, a fin de que el ordenamiento jurídico sea compatible con los imperativos morales comunes que van forjando las nuevas generaciones y las demandas sociales que surgen con el pasar del tiempo, que se gestan en la satisfacción de nuevas necesidades básicas. De esa manera, lo que subyace a esta teoría interpretativa es que la sociedad, siempre cambiante, define al derecho y no viceversa.

Un agente fundamental en la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales es la magistratura. Sobre el particular, Sagüés (2016) expone que:

Los jueces deben proyectar en sus fallos los valores consensuados existentes en la sociedad. Ello no implica una función meramente fotográfica o pasiva para el juez, ya que los ideales sociales pueden resultar imprecisos y poco definidos. A los magistrados les toca “dar forma” a dichas creencias, o sea, a la moral pública, que a menudo es difusa y vaga. Ello importa un muy activo trabajo judicial de redefinición de ese ideal moral colectivo, y de especificación del mismo en contenidos simples y concretos (p. 29).

Diametralmente opuesta a la teoría evolutiva es la originalista. Esta última sugiere que toda interpretación constitucional debe centrarse en la intención del constituyente originario, es decir, en el significado que quisieron otorgar los redactores de la Constitución. Autores como Strauss (2010, como se citó en Liendo, 2015) manifiestan que la idea central de esta teoría “consiste en que cuando nosotros damos significados a las palabras de la Constitución, deberíamos usar los significados que las personas que adoptaron esas disposiciones constitucionales le habrían asignado”. (p. 194)

No cabe duda de que, en algunas circunstancias, la interpretación originalista es indispensable; no obstante, suele ser preferible optar por una interpretación evolutiva, debido a su profunda relevancia en los procesos de consolidación y reivindicación de los derechos fundamentales de las personas. La historia de la humanidad ha demostrado que el reconocimiento de derechos es progresivo, constante e incesante, y suele ser materia de objeciones políticas y sociales. He ahí la importancia de la interpretación evolutiva: de haberse optado siempre por la originalista, no hubiese sido posible hablar de “nuevos derechos”, lo que significa, por citar algunos casos, que la esclavitud de los afrodescendientes, el trabajo infantil, la prohibición del sufragio femenino o la disgregación de los pueblos indígenas continuarían siendo legales hasta la fecha.

Reseñados los criterios de interpretación constitucional y las teorías interpretativas, resta hacer alusión a las reglas interpretativas contenidas en normas legales. El Nuevo Código Procesal Constitucional (y también, *mutatis mutandis*, la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) establece que: “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional” (2021, artículo VII).

El precitado mandato estatuye la obligación de los órganos jurisdiccionales de acatar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional. Sin perjuicio de ello,

como toda regla, es pasible de tener excepciones. En esos casos, los jueces y las juezas de inferior rango podrían optar por una interpretación distinta. Nuestro razonamiento se sustenta en tres disposiciones: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 138°); “Todos los peruanos tienen el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución (...)” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 38°); y “El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley” (Ley Orgánica del Poder Judicial, 1993, artículo 2°).

En esa medida, es absolutamente válido que cualquier colegiado perteneciente al Poder Judicial, amparándose: a) en el respeto, cumplimiento y defensa de la Constitución; b) en su independencia jurisdiccional; y c) en su obligación de administrar justicia con arreglo a la Constitución y en procura de los derechos fundamentales de las personas, efectúe una interpretación distinta o incluso opuesta a la del Tribunal Constitucional.

Consideramos que existen tres supuestos en que aquel distanciamiento podría ser válido: 1. Cuando la interpretación del Tribunal Constitucional fue manifiestamente inconstitucional desde su origen²⁴; 2. Cuando, pese a haber sido primigeniamente constitucional, adquirió una inconstitucionalidad sobrevenida con el paso del tiempo y la evolución de la sociedad; y 3. Cuando la controversia judicial amerita un pronunciamiento de fondo en pro de los derechos fundamentales del justiciable y la interpretación que realizó el Tribunal Constitucional en un caso en apariencia igual se ciñó a aspectos de forma²⁵.

²⁴ Ese supuesto se concreta cuando un juez o una jueza, al analizar una controversia, advierte que la interpretación del Tribunal Constitucional puede conducir a un resultado manifiestamente inconstitucional y contrario a los derechos fundamentales del justiciable.

²⁵ Este último supuesto ocurriría si el juez o la jueza, con arreglo a la Constitución, debe pronunciarse sobre el fondo de una demanda en apariencia igual a otra que el Tribunal Constitucional declaró improcedente; vale decir, en la cual sus interpretaciones se ciñeron a aspectos de forma y no de fondo.

Los mecanismos hermenéuticos hasta aquí descritos coadyuvan a definir los alcances del artículo 4° de la Constitución, en el extremo vinculado al matrimonio como institución constitucionalmente garantizada, materializada en el *ius connubii*.

En primer lugar, apelando al criterio de “unidad de la Constitución”, dado que el matrimonio es una institución constitucionalmente garantizada, materializada en el derecho a contraer matrimonio, sus alcances y efectos han de ser armonizados con otros principios y derechos que la Constitución reconoce. Así pues, la libertad de un individuo para escoger con quién casarse se sustenta en los principios-derechos de dignidad e igualdad y no discriminación y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por esa misma razón, la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo vulnera el principio-derecho de dignidad, que es consustancial a las personas LGBTIQ+ como seres humanos que son. Restringir el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, no a causa de un conflicto con otros principios o derechos, sino por imposición de una supuesta moral o voluntad colectiva que rige y determina lo que es y no correcto para las personas y la sociedad en su conjunto, es una clara evidencia de ello.

En términos kantianos, la referida prohibición instrumentaliza (emplea como medio) a personas que, con prescindencia de su orientación sexual y por su propia naturaleza y condición humana, constituyen fines en sí mismos. En esa medida, la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo produce un menoscabo a la dignidad de los afectados y, ergo, la subestimación de su condición humana. Esto último se ocasiona por el desconocimiento arbitrario y sistemático de sus derechos fundamentales.

Asimismo, se afecta el principio-derecho de igualdad y no discriminación porque se incumple el deber del Estado de promover la igualdad material de todas las personas, pues lejos de contribuir a que las brechas sociales se reduzcan, provocan su crecimiento. Se propicia la continuación de una desprotección en la ley y el agravamiento de un problema estructural que aqueja a las personas LGBTIQ+, cuyo germen se halla en perjuicios presentes en gran parte de la sociedad peruana.

También se afecta el referido principio-derecho porque se impide contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo únicamente por su orientación sexual. Esta, como se señaló previamente, es una “categoría sospechosa” de discriminación, de modo que no se justifica el establecimiento del trato diferenciado, que solo sería válido si

procurase un beneficio hacia quienes se hallan en una situación natural de desventaja. En esas circunstancias, la referida diferenciación no aprueba un test riguroso de igualdad.

Finalmente, la referida prohibición vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque impide que las parejas del mismo sexo logren su autorrealización y satisfagan sus proyectos de vida con arreglo a su orientación sexual. Ambos impedimentos son ocasionados por la imposibilidad de escoger en forma autónoma e independiente con quién casarse, atribución que es inherente al derecho a contraer matrimonio, que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental en mención.

Por otra parte, siguiendo el criterio de eficacia integradora, en vista de que el matrimonio es una institución constitucionalmente garantizada, su contenido está sujeto a valores constitucionales como el pluralismo. Por tal motivo, una interpretación restrictiva de este, que excluya de sus efectos a las parejas del mismo sexo, resulta contraproducente en la medida en que agrava la explícita situación de vulnerabilidad de las personas LGTBIQ+, contribuye a su disgregación social y refuerza los estereotipos y prejuicios sociales construidos en desmedro de ellas. En consecuencia, se impide llevar a cabo el objeto y fin del criterio en cuestión, que es hallar soluciones para promover la integración social.

El criterio de fuerza normativa de la Constitución también permite contrarrestar el argumento que sustenta la validez de la vigente estructura legal del matrimonio, apelando al principio de reserva de ley instituido en el artículo 4° de la norma suprema, conforme al cual la regulación del matrimonio compete únicamente al legislador. A modo de réplica, invocando el criterio en comentario, todas las disposiciones constitucionales, con énfasis en las que reconocen derechos fundamentales, tienen fuerza normativa y poseen eficacia directa, de suerte que no solo no dependen de lo que las normas legales o de inferior rango señalan, sino que, *a contrario sensu*, se desempeñan como parámetro de validez y orientadores de su producción y contenido. De ahí que sea posible efectuar un control de constitucionalidad sobre ellas y que puedan ser inaplicadas o expulsadas del ordenamiento jurídico si se oponen al marco constitucional.

En ese contexto, si bien la Constitución no establece una forma específica de matrimonio, su desarrollo legal no puede obviar su nexo con otros valores, principios y derechos constitucionales que, por su naturaleza, gozan de fuerza normativa y eficacia

directa. Así, el principio de reserva de ley no habilita que el legislador regule a su entera discreción las materias que le delegó la Constitución, pues si bien le brinda cierta libertad, el ejercicio de dicha potestad debe realizarse en estricta observancia a ella.

En ese sentido, trasladándonos al caso concreto, es necesario modificar el Código Civil para adecuar la regulación actual del matrimonio a los principios-derechos de dignidad e igualdad y no discriminación, al derecho al libre desarrollo de la personalidad y, en abstracto, al marco constitucional vigente. A modo de ejemplo, si, por el contrario, el principio de reserva de ley permitiera que el legislador regule el matrimonio sin restricciones de orden constitucional, nada podría alegarse en un hipotético escenario en el que, por disposición legal, las uniones entre menores de catorce años fuesen permitidas.

En cuanto al criterio de preferencia por los derechos, es conveniente promover una interpretación del artículo 4° de la Constitución que incluya y favorezca no solo a las parejas conformadas por varón y mujer, sino también a las constituidas por personas del mismo sexo. De esa manera, y considerando que no existen normas constitucionales en conflicto que impidan la reconfiguración del matrimonio en los términos propuestos, el derecho a contraerlo tendría un mayor grado y espectro de protección, que es, *prima facie*, el propósito del criterio en cuestión.

Finalmente, una interpretación evolutiva del matrimonio pasa por reparar en que el concepto de este ha cambiado desde que entró en vigor la Constitución. En ese entonces, el matrimonio era universalmente concebido como una unión heterosexual, con los matices propios de cada cultura. Recién en los primeros años del siglo XXI se produjo la ruptura de su estructura tradicional y el consecuente reconocimiento progresivo del matrimonio entre personas del mismo sexo a lo largo del mundo. A la fecha, son treinta y cuatro países (once de ellos americanos) los que lo permiten y se cuenta con un pronunciamiento favorable de la Corte IDH. Asimismo, en el ámbito nacional, la discriminación fundada en la orientación sexual es una “categoría sospechosa”, expresa y especialmente protegida por el principio-derecho de igualdad y no discriminación. Ello no solo demanda incoar acciones frente a actos de discriminación, sino también eliminar todo trato desigual propiciado por la ley. En consecuencia, a partir de una interpretación evolutiva, no cabe duda de que la forma en que el Código Civil regula el matrimonio se

aleja del marco constitucional vigente, toda vez que no incluye -como debiera- a las parejas del mismo sexo.

Una constante objeción teórica a planteamientos interpretativos como el nuestro es que los artículos 4° y 5° de la Constitución deben leerse de forma conjunta. Se argumenta que, aunque esta no prescribe textualmente la diversidad de sexos de los cónyuges como requisito esencial del matrimonio, sí lo hace respecto de los contrayentes de la unión de hecho, por lo que, al estar ambas instituciones emparentadas, lo aplicable para una lo es también para la otra. El Tribunal Constitucional empleó una lógica similar en la sentencia recaída en el “Caso Susel Paredes” (llegando, incluso, a definir la unión de hecho como “matrimonio de hecho”).

A modo de réplica, aunque el requisito esencial de la unión de hecho es la convivencia *more uxorio*, esta y el matrimonio son instituciones jurídicas distintas y en absoluto análogas. Como explicó el entonces magistrado del Tribunal Constitucional, Eloy Espinosa-Saldaña, en su voto singular en la sentencia recaída en el “Caso Susel Paredes”:

[E]n 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 ello, lo que es aplicable al concubinato a fortiori no es predicable del matrimonio. Y finalmente, aun 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 (Tribunal Constitucional del Perú, Voto Singular del magistrado Espinosa-Saldaña, 2021, Sentencia 191/2021, fundamento 45).

Así pues, desde una perspectiva constitucional, no es factible delimitar los alcances del artículo 4° de la Constitución a la luz de lo textualmente previsto en su artículo 5°, pues el matrimonio y la unión de hecho, aunque semejantes, a fin de cuentas, son dos instituciones jurídicas distintas no solo en cuanto a su justificación y naturaleza, sino también en la extensión de los derechos y deberes inherentes a ambas y los efectos que producen.

En cualquier caso, incluso en el supuesto negado de que ambas instituciones fuesen equiparables, sería erróneo interpretar restrictivamente la norma constitucional que regula el matrimonio, bajo la sola interpretación literal de la que atañe a la unión de

hecho. De ser así, se subvertiría el carácter unitario y armónico de la Constitución, su eficacia integradora, vocación evolutiva y la imperativa lectura de preferencia por los derechos. En efecto, en los términos propuestos en esta sección, se vulneraría los principios-derechos de dignidad e igualdad y no discriminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las parejas del mismo sexo que legítimamente desean contraer matrimonio, se justificaría su estigmatización y exclusión y se impediría el ajuste de las normas constitucionales a los nuevos contextos socioculturales y a las necesidades básicas actuales.

En esa misma línea, y aunque no es materia de nuestra investigación, es oportuno resaltar que la sola interpretación literal del artículo 5° -que textualmente restringe la unión de hecho a las parejas de distinto sexo- es inadecuada. Desde luego, como tuvo a bien señalar la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia SU214/16 (citada en el anterior capítulo), las Constituciones no son normas generales escritas en lenguaje prohibitivo²⁶. Por el contrario, al contener una serie de valores, principios y derechos fundamentales, lo adecuado es efectuar una lectura armonizadora y pluralista de todas las disposiciones que la componen.

En consecuencia, el hecho de que la Constitución reconozca textualmente que “[l]a 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” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 5°), no excluye que las parejas del mismo sexo también puedan acceder a la unión de hecho; más aún si se tiene en cuenta que en ningún extremo de la norma suprema existe una prohibición expresa a este tipo de vínculos.

A mayor abundamiento, es importante precisar que la unión de hecho también concede un tipo de reconocimiento y protección jurídica a los lazos afectivos que unen a dos personas que escogieron libremente acceder a ella. Así, si en un régimen de libertad de elección ambas optaron por esta en lugar del matrimonio, es evidente que, según sus

²⁶ Aquella declaración consta en el quinto fundamento de la sentencia en mención. Similar razonamiento empleó la Corte IDH en el fundamento 45 de la Opinión Consultiva OC-22/16, señalando que el contenido de la CADH no solo se interpreta de forma literal, sino también sistemática, tomando en cuenta todas las disposiciones que la integran. Claro está, el ejercicio no puede prescindir del principio pro persona y, por ende, no es correcto invocar la interpretación sistemática para restringir el disfrute de los derechos humanos.

intereses y anhelos, están concretizando sus proyectos de vida y dignificando su existencia a través del amor. Desde luego, la Corte IDH declaró en el Comunicado CorteIDH_CP01/18 (citado en el primer capítulo de este trabajo) que del principio-derecho de dignidad humana se desprende la autonomía de un individuo para escoger con quien contraer un vínculo, sea a través de la unión de hecho o del matrimonio. Por esa razón, excluir de los efectos de cualquiera de las dos instituciones a las parejas del mismo sexo es, sin duda, inconstitucional.

En resumen, del planteamiento interpretativo realizado en esta sección se concluye que la forma del matrimonio que promueve el artículo 4° es neutral al género, por lo que incluye a las parejas de distinto y del mismo sexo. En consecuencia, el desarrollo legal efectuado en virtud del artículo 234° del Código Civil no respeta la esencia e intención de la disposición constitucional en mención, por lo que es manifiestamente inconstitucional en tanto y en cuanto excluye de sus alcances a las parejas del mismo sexo, impidiéndoles formalizar sus uniones a través del matrimonio. Por consiguiente, cualquier juez o jueza que conozca una demanda de amparo sobre el particular, está facultado para apartarse de los términos establecidos por la ley y, en consecuencia, decretar su inaplicación. Bajo esas mismas circunstancias, también está habilitado para distar de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en los casos “Ugarteche”, “Martinot Serván” y “Susel Paredes”.

b. El control difuso de constitucionalidad

La inaplicación de una norma a un caso concreto es viable; el mecanismo que se emplea con ese cometido se denomina “control difuso” y su origen se remonta a la “*judicial review*” (revisión judicial), primigeniamente instituida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia recaída en el caso *Marbury vs Madison*²⁷. Fernández Segado (2011) nos introduce al término en cuestión a través de la enumeración de sus principales elementos:

²⁷ La revisión judicial efectuada en el caso *Marbury vs. Madison* no obedeció a una concepción activista de la judicatura, como suele suceder hoy en día cuando los jueces y las juezas aplican el control de constitucionalidad. Antes bien, teniendo como escenario los conflictos políticos suscitados entre federalistas y republicanos, el juez Marshall, entonces presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos y ponente de la causa, declaró que el referido colegiado carecía de competencia para dirimir la lid. Vale decir, optó por la “autorrestricción”.

[L]a consideración de la Constitución como norma fundamental y, en coherencia con ello, su primacía sobre todas las restantes, al ser suprema («*paramount*») a ellas, y la obligación que de ello dimana de observarla y darle preferencia, considerando «completamente nula» («*utterly void*») toda ley que contrariara la Constitución (p. 164).

La revisión judicial, más que una prerrogativa, representa un deber de la judicatura de disponer la inaplicación de una norma a un caso concreto cuando lo contrario supondría contravenir lo dispuesto por la Constitución y, ergo, enervar su supremacía dentro del ordenamiento jurídico. Este deber, por su misma esencia, se extiende a todos los órganos jurisdiccionales; de ahí que, en países como el nuestro, se le otorgue la nomenclatura de “control difuso”. En palabras de Sar (2012), este modelo de control de constitucionalidad:

[A]parece y se desarrolla con carácter «difuso», en el sentido de que no existe un órgano especializado que monopolice específicamente esta tarea, sino que cada juez en ejercicio de su propia jurisdicción, con el fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, deja de aplicar la norma legal que resulte contraria a la Constitución sin que la misma pierda por ello su vigencia (pp. 289-290).

Implícitamente anticipamos que nuestro ordenamiento jurídico permite el control difuso. La Constitución prevé que “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 138°). Asimismo, el Nuevo Código Procesal Constitucional establece que:

Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular (Nuevo Código Procesal Constitucional, 2021, artículo VII).

La precitada norma, además de reconocer el control difuso, establece tres límites para su ejercicio: 1. Solo es posible aplicarlo cuando la ley sobre cuya validez se duda es relevante para resolver la controversia; 2. O cuando no es posible obtener una interpretación de la norma que sea acorde a la Constitución (así también lo dispone la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301); y 3. No se puede dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido ratificada en un proceso de inconstitucionalidad o de acción popular.

A los tres límites anteriores, el Tribunal Constitucional (2005) añadió dos más a través de su jurisprudencia:

Por un lado, que el control de constitucionalidad se realice en el seno de un caso judicial, esto es, tras el planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes (STC Exp. N° 01679-2005-PA/TC, fundamento 5).

Este es un límite funcional: 4. El control difuso de constitucionalidad solo puede realizarse en el seno de una controversia judicial, lo que implica que solo los órganos que ejercen función jurisdiccional (v.g. Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Jurado Nacional de Elecciones, Centros de Arbitraje) están habilitados para ejercerlo y no así los tribunales administrativos. El denominado “control difuso administrativo” fue proscrito por el Tribunal Constitucional en el “Caso Consorcio Requena”, al dejar sin efecto el precedente vinculante recaído en el “Caso Salazar Yarlenque” (que lo permitía), bajo el siguiente razonamiento:

[C]onceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo (Tribunal Constitucional del Perú, 2014, STC Exp N° 04293-2012-PA/TC, fundamento 35).

A nuestro juicio, emplear la técnica del *overruling*²⁸ sobre el precedente vinculante recaído en el “Caso Salazar Yarlenque”, supuso un desacierto del máximo intérprete de la Constitución. Impedir que los colegiados administrativos dispongan la inaplicación de una norma cuya aplicación a un caso concreto resulta manifiestamente inconstitucional, subvierte el principio de supremacía normativa de la Constitución y la obligación de todo Estado Constitucional de Derecho de garantizar, sin

²⁸ El “*overruling*” es una técnica jurisprudencial proveniente del *common law*, que consiste en dejar sin efecto un precedente vinculante, para dar pie a uno nuevo.

condicionamientos, los derechos fundamentales de las personas. Así lo consideró aquella vez, con acierto, el Tribunal Constitucional:

[E]l Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución -dada su fuerza normativa-, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (...). Ello se sustenta en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial. (...) [U]na interpretación en ese sentido del artículo 138° de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta, lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51°, el cual señala que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)” (...), más aún si ella misma (artículo 38°) impone a todos -y no solo al Poder Judicial- el deber de respetarla, cumplirla y defenderla” (STC Exp. N° 03741-2004-AA/TC, fundamentos 7-9).

En cuanto al aspecto dogmático, el referido colegiado agregó que:

En segundo lugar, está de por medio también la eficacia vertical de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado -*eficacia vertical*- como de los particulares -*eficacia horizontal*-; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual -*dimensión subjetiva*-, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora -*dimensión objetiva*- (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, STC Exp. N° 03741-2004-AA/TC, fundamento 10).

El segundo límite planteado por el Tribunal Constitucional (y quinto en general) para el ejercicio del control difuso, está relacionado al primero de los forjados por el Nuevo Código Procesal Constitucional:

[E]s preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le haya causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, STC Exp. N° 01679-2005-AA/TC, fundamento 7).

En consecuencia: 5. Quien solicite a la judicatura la inaplicación de una norma, debe demostrar que su aplicación le ha causado o puede causarle un agravio directo. Ello se traduce en que no es suficiente que el justiciable demuestre su inconstitucionalidad: además debe acreditar que dicha inconstitucionalidad le produce o puede producirle un perjuicio directo y constitucionalmente relevante.

En último lugar, en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ha fijado una regla-límite que, además de reiterar lo dispuesto por la Constitución y el Nuevo Código Procesal Constitucional con relación al control difuso, añade una cuestión procesal a tener en consideración luego de dictar una sentencia en la que ha sido ejercido:

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas” Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación (Ley Orgánica del Poder Judicial, 1993, artículo 14°).²⁹

Como se advierte, además de los cinco límites de carácter “*ex ante*” establecidos por el Nuevo Código Procesal Constitucional y por el Tribunal Constitucional, la Ley Orgánica del Poder Judicial incorporó un último, “*ex post*”: 6. Es indispensable elevar en consulta a la Corte Suprema aquellas sentencias en las que se ha ejercido el control difuso.

Hasta aquí, hemos interpretado el artículo 4° de la Constitución en lo puntualmente referido al matrimonio. A partir de ello, hemos demostrado la manifiesta inconstitucionalidad del artículo 234° del Código Civil y, luego, recomendado ejercer el control difuso para dejar de aplicar dicha norma a una eventual demanda de amparo interpuesta por dos personas del mismo sexo que desean contraer matrimonio. En lo sucesivo, nos abocaremos a determinar si, como planteamos, es posible llevar a cabo la

²⁹ Aunque no es materia medular de la presente tesis, no es baladí mencionar que la academia ha mostrado serias incertidumbres teóricas con respecto a la metodología empleada para regular el proceso de elevación en consulta de las sentencias en que se ha efectuado control difuso. No queda claro por qué se prefirió acudir a la Corte Suprema en lugar del Tribunal Constitucional, que es el máximo intérprete de nuestra Constitución, de conformidad con lo previsto en su artículo 201° y el artículo 1° de su ley orgánica, Ley N° 28301. La regulación vigente reafirma la disociación existente entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, y advierte la ausencia de una justicia constitucional armónica o uniforme en pro de la seguridad jurídica y el respeto a los derechos de acceso a la justicia y debido proceso de los justiciables.

inaplicación referida, para lo cual tomaremos en consideración los cinco límites *ex ante*, inherentes al ejercicio del control difuso.

En cuanto al primer límite, el artículo 234° del Código Civil es relevante para resolver la controversia. En puridad, se trata de la fuente normativa de la cual dimana la imposibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan casarse, al establecer como requisito para tales efectos la heterosexualidad de las partes contrayentes.

En cuanto al segundo límite, es imposible efectuar una interpretación distinta a la literal para preservar la constitucionalidad de la disposición cuestionada. Si bien en esta investigación consideramos que la hermenéutica constitucional no debe limitarse a la interpretación literal de la norma, distinta es la lógica que se aplica en el Derecho Civil. En ese rubro, el matrimonio tiene la naturaleza de acto jurídico. Como tal, uno de los requisitos para su validez es la “Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad” (Código Civil, 1984, artículo 140°). En ese sentido, toda vez que el Código Civil dispone que “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer (...)” (Código Civil, 1984, artículo 234°), la diversidad de sexos de los contrayentes constituye una formalidad para su celebración, cuya inobservancia, *prima facie*, acarrearía su invalidez. Por esa limitación interpretativa del fuero privado es indispensable acudir al control difuso.

Con relación al tercer límite, basta señalar que, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es posible afirmar que, hasta el momento, no ha sido confirmada la constitucionalidad del artículo 234° en el extremo referido al sexo de quienes lo contraen, en el seno de un proceso de inconstitucionalidad.

En este primer camino propuesto, tampoco se transgrede el cuarto límite. Frente a la negativa por parte del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) de inscribir un matrimonio que intentan celebrar dos personas del mismo sexo (recordemos que el RENIEC no puede dejar de aplicar el artículo 234° del Código Civil por cuanto el control difuso administrativo quedó proscrito a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional), las personas agraviadas solo pueden reivindicar sus derechos a través de una controversia judicial, llevada a cabo ante el Poder Judicial y, solo excepcionalmente, y en calidad de última instancia a nivel nacional, ante el Tribunal Constitucional. Dado que ambas entidades ejercen la función jurisdiccional, cualquiera de ellas puede ejercer el control difuso.

En cuanto al quinto límite, una pareja constituida por dos personas del mismo sexo está facultada para solicitar ante la judicatura la inaplicación del artículo 234° del Código Civil. Como ya fue señalado, la imposibilidad de que formalicen su relación afectiva por medio del matrimonio bajo el solo móvil de su orientación sexual vulnera sus derechos a la dignidad, a la igualdad y no discriminación y a libre desarrollo de la personalidad. Se trata, por tanto, de un agravio directo y constitucionalmente relevante.

Así las cosas, este primer camino para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo a través de la justicia constitucional es plenamente válido en los términos y condiciones descritos. Una posible objeción a nuestro planteamiento podría incidir en que el control difuso solo surte efectos en el caso en que se lleva a cabo y, en ese sentido, no contribuye a solucionar el problema macro. Sin perjuicio de que brindaremos una respuesta a profundidad en la última sección del presente capítulo, a modo de preámbulo, concluiremos esta sección haciendo nuestras las expresiones de Highton (2010): “Las decisiones de los jueces en el sistema difuso sólo tienen efectos *inter partes*, aunque pueden llegar a constituir un precedente con fuerza diversa según el caso” (p. 109).

4.2.2. Segundo camino: El control de convencionalidad

a. Generalidades

Otra forma de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestro país es a través del ejercicio del control difuso de convencionalidad sobre el artículo 234° del Código Civil. En julio del año 1977, el Estado peruano suscribió el Pacto de San José (comúnmente conocido como “Convención Americana sobre Derechos Humanos”) y ratificó su adhesión al año siguiente. Desde entonces, quedó sujeto a los compromisos, obligaciones y estándares dispuestos en aquel instrumento y, en consecuencia, impedido de realizar conductas y aprobar normas contrarias a su objeto y fin.

El control de convencionalidad se instauró como mecanismo para garantizar que el derecho interno de cada Estado firmante de la CADH esté en sintonía con ella. Sergio García Ramírez, juez de la Corte IDH, fue el primero en emplear la expresión. Lo hizo a través de su voto concurrente razonado, en la sentencia recaída en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*³⁰. A nivel institucional, la Corte IDH empleó el control de convencionalidad desde su jurisprudencia más temprana, aunque el término, como tal,

³⁰ Para más información, ver el fundamento 27 del voto concurrente del juez en mención.

aún no había sido creado en aquel entonces. Fue recién en la sentencia recaída en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* que ello ocurrió. En aquella oportunidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006) declaró lo siguiente:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, fundamento 124).

El control de convencionalidad ha sido comúnmente definido como:

[U]na figura que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte IDH y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y que dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente (Nash, 2013, p. 492).

Así, el control de convencionalidad garantiza que las leyes, los reglamentos y actos de los poderes públicos internos respondan a los compromisos, obligaciones y normas instituidas en la CADH, así como también a la jurisprudencia de la Corte IDH. Todo ello, con énfasis en la protección de los derechos humanos. En consecuencia, si se constatará la incompatibilidad entre una norma o acto de los poderes públicos con el marco convencional, el resultado del control de convencionalidad sería, en el caso de la norma, su inaplicación o expulsión del ordenamiento jurídico y, en el caso del acto, su erradicación inmediata.

Aunque ninguna norma internacional hace referencia expresa al control de convencionalidad, es posible hallar su sustento a través de una lectura armónica de cuatro disposiciones de la CADH:

(...) [L]os derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual

justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americano (...) (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, Preámbulo).

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 1º, inciso 1).

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a 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 (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 2º).

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) 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; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 29º).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) también actúa como marco normativo del control de convencionalidad, al establecer que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (artículo 26º). En términos prácticos, eso significa que todos los tratados, incluidos los de derechos humanos, están regidos por el principio de “*pacta sunt servanda*”, del que puede afirmarse que dimana la obligación de realizar el control de convencionalidad.

Aunado a ello, la referida convención dispone que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, artículo 27º), lo que en buena cuenta significa que los Estados no pueden refugiarse en su soberanía nacional para desacatar lo dispuesto por un tratado. En el caso puntual de la CADH, el

mecanismo que se emplea para garantizar que ello no suceda es, precisamente, el control de convencionalidad.

Un último aspecto vinculado a los componentes generales del control de convencionalidad es su subdivisión en dos clases o tipos: el control vertical o concentrado y el control horizontal o difuso. En palabras de Eto (2021), el primero de ellos es:

[U]n control internacional homologable a un Tribunal Constitucional Internacional y, por tanto, un control concentrado con efecto *erga omnes* de los fallos que emite. De allí que el verdadero control de convencionalidad radica en la CIDH³¹ y sus fallos generan toda una doctrina jurisprudencial que vincula a la región. Sus resoluciones son (...) cosa juzgada convencional, resolución esta que servirá de marco interpretativo para las jurisdicciones domésticas de cada país (p. 33).

Por otra parte, el control horizontal:

[C]onsiste en el deber de todas las autoridades nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte que interpreta ese *corpus iuris* interamericano. Dicho control implica reconocer la relevancia y la pertenencia de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico (Camarillo y Rosas, 2016, p. 131).

b. Control de convencionalidad y democracia

Otro asunto que cobra especial relevancia al abordar los rasgos principales del control de convencionalidad es su cercanía e interdependencia con el régimen democrático, no entendido este como la expresión de la voluntad de la mayoría, sino como aquel en el que la división equitativa del poder público va de la mano con la garantía de los derechos fundamentales de todas las personas, sin excepción. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011) ha declarado que:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...). La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, (...) la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en

³¹ Entiéndase “CIDH”, solo en ese caso, como “Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (...) que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (Caso Gelman vs. Uruguay, fundamento 239).

En ese orden de ideas, el control de convencionalidad no solo garantiza el respeto a la CADH y los derechos que ella reconoce. También se desempeña como parámetro de evaluación y perfeccionamiento de los sistemas democráticos de los países miembros, por lo que su implementación no debería contemplarse como una obligación impuesta, sino como una forma de colaboración enriquecedora que el SIDH ofrece a todos ellos.

c. El control de convencionalidad en el ámbito nacional

Nuestra vigente Constitución dispone que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 55°) y 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” (Constitución Política del Perú, 1993, Cuarta Disposición Final y Transitoria). A su turno, el Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) establece 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 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 (Artículo VIII).

De las tres disposiciones en mención, podemos extraer tres conclusiones: 1. Dado que los derechos constitucionales se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, estos poseen rango constitucional; 2. Las normas convencionales y las decisiones adoptadas por la Corte IDH son de obligatoria observancia a nivel nacional, por ende, el control de convencionalidad se encuentra implícitamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico; y 3. En un escenario de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, el juez o la jueza debe acudir al principio pro persona a fin de determinar cuál de ellas debe ser aplicada.

La primera conclusión a la que arribamos se encuentra respaldada por el Tribunal Constitucional (2006), que, al respecto, ha declarado que: “Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional.” (STC Exp. N° 00025-2005-PI/TC, fundamento 26).

La segunda conclusión también se encuentra avalada por el citado colegiado, que, en el conocido “Caso Panamericana Televisión S.A.”, sostuvo que:

Cuando el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, la no existencia de actos lesivos a los derechos fundamentales de las personas, no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad. Pero la magistratura constitucional no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH (Tribunal Constitucional del Perú, 2014, STC Exp. N° 04617-2012-PA/TC).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que todas las sentencias de la Corte IDH son vinculantes:

[I]ncluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT³² de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, 02730-2006-PA/TC, fundamento 12).

La obligación de incorporar los pronunciamientos de la Corte IDH al derecho interno tiene, según el Tribunal Constitucional (2006), dos características:

- a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y,
- b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. (STC Exp N° 02730-2006-PA/TC, fundamento 13).

³² Cuarta Disposición Final y Transitoria

La tercera conclusión a la que arribamos diseña un supuesto de excepción a la regla del necesario ejercicio del control de convencionalidad a nivel nacional: el principio *pro persona* determina cuándo se debe preferir una norma convencional y cuándo una constitucional. Lo anterior se explica mediante una lectura conjunta del artículo 29°, inciso b de la CADH y el último párrafo del artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional. Sobre el particular, conviene destacar que:

[E]l principio de interpretación *pro homine* impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Sentencia T-129/11).

A su vez, con relación al principio en cuestión, Pinto (2004) señala que:

[E]s un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (p. 163).

Así pues, lejos de adherirnos a posturas extremistas, creemos que no existe una relación de jerarquía entre los tribunales nacionales y la Corte IDH, sino una “de cooperación en la interpretación *pro homine* de los derechos fundamentales”. (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, STC Exp. N° 02730-2006-PA/TC, fundamento 15), puesto que, en rigor:

Los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un referente “mínimo indispensable”, en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos “nuevos” inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, Exp. N° 02730-2006-PA/TC, fundamento 15).

La afirmación del Tribunal Constitucional nos lleva a reflexionar sobre una muy discutida materia: la Corte IDH es, ante todo, un órgano “de estándares” y no -como en ocasiones se le quiere contemplar- de “topes máximos”. Es, pues, sumamente relevante establecer un diálogo interjurisdiccional entre los tribunales nacionales y la Corte IDH,

orientado en el principio “pro persona”, en procura de constituir un escenario colectivo de progresiva optimización de los derechos humanos.

d. ¿Todos los poderes públicos pueden realizar un control de convencionalidad?

Para responder esta cuestión, basta traer a colación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) ha manifestado, en incontables oportunidades, que, en el marco de sus competencias, “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” (Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, fundamento 142)³³. A ello se suma que -como fue expuesto antes-, en la sentencia recaída en el Exp. N° 02730-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional determinó que las interpretaciones de la CADH que realiza la Corte IDH en todo proceso son vinculantes para todos los poderes públicos internos.

Lo previamente expresado visibiliza una diferencia sustancial entre el control difuso de constitucionalidad y el de convencionalidad. Mientras que, a nivel nacional, el Tribunal Constitucional, en el “Caso Consorcio Requena”, determinó solo los órganos jurisdiccionales pueden realizar el primero, respecto al segundo, la Corte IDH estableció que puede -y debe- ser ejercido por todas las autoridades estatales. De ese modo, en aplicación del principio pro persona (que, por cierto, es norma de *ius cogens*), una interpretación más favorable para los derechos fundamentales de los individuos implica admitir que todos los órganos estatales ejerzan el control difuso de convencionalidad en el marco de sus respectivas competencias.

e. ¿Se debe realizar un control de convencionalidad sobre la base de lo expresado por la Corte IDH en sus opiniones consultivas?

Como punto de partida de esta sección, es oportuno recordar que, en líneas generales, la Corte IDH tiene tres competencias: a) contenciosa; b) cautelar; y c) consultiva. En mérito a la primera:

[L]a Corte determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables al Sistema Interamericano. Asimismo, a través de esta vía, la Corte realiza

³³ Una postura similar puede encontrarse en el fundamento 193 de la Sentencia de la Corte IDH recaída en el Caso Gelman vs. Uruguay.

la supervisión de cumplimiento de sentencias. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 11).

Así, si un individuo considera vulnerados sus derechos humanos y no ha obtenido una respuesta favorable de parte de los órganos jurisdiccionales de su país - siempre que este haya suscrito la CADH-, puede acudir ante la Corte IDH para que evalúe los hechos y determine si el Estado ha sido o no responsable de la afectación alegada.

Con relación a la competencia cautelar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) dispone que:

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión (artículo 63°, inciso 2).

Por último, respecto a la competencia consultiva, la CADH, establece que:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 64°).

Aclaradas las tres competencias de la Corte IDH, conviene detenernos en la última. Es habitual leer argumentos en contra del carácter vinculante de las opiniones consultivas que emite la Corte IDH. Nuestra impresión, sin embargo, es que sí lo son y que, en principio, la postura opuesta lleva consigo un subrepticio componente político. Desde luego, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014) ha expresado, con meridiana claridad, que:

[C]onforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos (...) por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de

los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA (...) cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos (Opinión Consultiva OC-21/14, fundamento 31).

La obligación de ejercer un control de convencionalidad sobre la base de lo expresado en las opiniones consultivas de la Corte IDH también se deriva del derecho interno. El Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) dispone que el contenido y los alcances de los derechos fundamentales “deben interpretarse de conformidad con (...) las *decisiones* adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”³⁴ (artículo VIII).

Así las cosas, una interpretación de dicha norma acorde al principio *pro homine* nos permite concluir que el vocablo “decisiones” no solo alude a las sentencias emitidas por la Corte IDH, sino también a sus opiniones consultivas, pues, aunque no resuelven controversias, en rigor también son *decisiones*. Esto se apoya en que, de conformidad con el artículo 64° de la CADH, las opiniones consultivas coadyuvan a aclarar el contenido y los alcances de los derechos humanos, por lo que su incorporación al ordenamiento interno fortalece la protección que se otorga a estos últimos.

Ciertamente, lo afirmado en el anterior apartado no dirime, *per se*, el debate en torno al carácter vinculante de las opiniones consultivas. Tan solo diseña, a través de un ejercicio hermenéutico-epistemológico, las bases argumentativas para defender una de las posturas existentes al respecto. Lo que advertimos, por ende, es que de la sola lectura de las disposiciones de la CADH o del Reglamento de la Corte IDH no se puede determinar el carácter vinculante de las opiniones consultivas. Empero, las carencias e imprecisiones legislativas se solucionan con los estándares jurisprudenciales domésticos e interamericanos

En ese sentido, como fue evidenciado, la Corte IDH, a través de la Opinión Consultiva OC-21/14, determinó la obligación de todas las autoridades de los países de la región de ejercer el control de convencionalidad también sobre la base de lo declarado en las opiniones consultivas. En consecuencia, a nivel del SIDH, desde la óptica del control de convencionalidad, quedó demostrado que, *strictu sensu*, las opiniones

³⁴ Las cursivas son nuestras.

consultivas de la Corte IDH también son vinculantes. A mayor abundamiento, Zelada (2020) expresa que:

La ruta del control de convencionalidad como forma de solución al dilema de la vinculatoriedad de las opiniones consultivas ofrece una triple ventaja. Por un lado, porque hace tangibles los “efectos jurídicos innegables” que la Corte IDH ha destacado existen allí desde el inicio de su jurisprudencia no contenciosa. Si estamos ante el mismo órgano que pronuncia sentencias cuya obligatoriedad no se discute, el problema no radica en si el tribunal dice Derecho en un espacio y en otro no. De hecho, en ambos lo hace, solo que utiliza vehículos comunicativos distintos. En segundo lugar, y muy conectado con lo anterior, porque permite sincerar el uso constante que hace la Corte IDH de sus opiniones consultivas como fundamento argumentativo de sus decisiones en lo contencioso. (...) Y, finalmente, porque no fuerza la atribución de obligatoriedad de las opiniones consultivas a partir de su propia naturaleza sino a través del mecanismo externo: el parámetro de convencionalidad (p. 100).

En resumidas cuentas, “desde la emisión de la Opinión Consultiva OC-21/14, y gracias a la ampliación del parámetro de convencionalidad, de facto poseen hoy tal condición que hace ineludible su consideración por parte de los Estados del sistema interamericano” (Zelada, 2020, p. 100).

Independientemente de lo argüido hasta aquí, la intención de cumplir con lo expresado por la Corte IDH por medio de sus opiniones consultivas también persigue la lógica de la “prevención”. Y es que las opiniones consultivas reflejan la posición del referido ente internacional, de modo que, si un Estado no observa el parámetro de convencionalidad establecido en aquellas y es denunciado ante la Corte IDH, indiscutiblemente recibirá una sentencia condenatoria en su contra, que lo obligará a resarcir la vulneración de los derechos de la parte denunciante.

Por consiguiente, además de existir sustento formal sobre los efectos vinculantes de las opiniones consultivas de la Corte IDH, en el aspecto material, evitar la renuencia del Estado peruano a acatar los estándares de la Corte IDH (sea los establecidos en virtud de su competencia contenciosa o consultiva) obedece a un deber de “prevención”, cuyo propósito no es otro que el de frenar la recepción de sentencias condenatorias “en demasía”, que únicamente acarrearán severas consecuencias institucionales.

f. El control de convencionalidad sobre la Opinión Consultiva OC-24/17

En consideración a lo argumentado en los literales precedentes, una forma válida para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo es a través de la realización

del control difuso de convencionalidad sobre la base de lo expresado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-24/17, que reconoce, en los términos de la CADH, que el derecho a contraer matrimonio se extiende a las parejas del mismo sexo. Para comprender cómo debe ponerse en práctica, es menester manifestar que este modelo de control es de carácter complementario, según el preámbulo de la CADH y lo expresado por la Corte IDH en la sentencia recaída en el caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia³⁵. Ello supone que:

Toda autoridad pública, en el ámbito de sus competencias, debe observar tanto la Constitución como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, y cuando corresponda, según la convención, la doctrina desarrollada por los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. Lo que no dicen las normas o interpretaciones nacionales, se complementa con las normas y las interpretaciones de órganos internacionales de derechos humanos (Corte Constitucional de Ecuador, 2019, Sentencia N° II-18-CN/19, fundamento 275).

En ese sentido, acoplado el ejemplo de la Corte Constitucional de Ecuador, podría establecerse un régimen de complementariedad entre el artículo 234° del Código Civil, que reconoce el matrimonio entre varón y mujer, y la Opinión Consultiva OC-24/17, que permite que también sea celebrado por personas del mismo sexo.

A modo de colofón, sobre la base de que todas las autoridades estatales, en el marco de sus competencias, pueden y deben ejercer un control de convencionalidad, las municipalidades están obligadas a aplicar lo expresado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-24/17 y, por ende, permitir la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. De igual manera, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) debe habilitar su inscripción en los registros correspondientes.

Sin perjuicio de ello, es altamente probable que la vía administrativa resulte infructuosa para tales efectos, a causa de la gran cantidad de escollos institucionales pendientes de ser superados. Es ahí que la justicia constitucional debe sacar a relucir su rol activista a favor de los derechos fundamentales de las personas y, vía proceso de amparo incoado por la pareja afectada, reconocer sus nupcias. Si la respuesta en las instancias del Poder Judicial fuese desestimatoria, los afectados podrían interponer un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional.

³⁵ Concretamente, en el fundamento 142 de la sentencia.

4.3. Si la discusión del matrimonio igualitario llegase al Tribunal Constitucional: el establecimiento del precedente constitucional vinculante y la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional como técnicas jurisdiccionales para garantizar su efectivo reconocimiento

En cualquiera de los dos caminos propuestos para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, la discusión no tendría que llegar a conocimiento del Tribunal Constitucional. Empero, si se diese el caso, el máximo intérprete de la Constitución tendría la oportunidad de establecer reglas claras, que obliguen a las autoridades competentes a celebrar, registrar o reconocer dichas nupcias. Son dos las técnicas jurisdiccionales con las que cuenta para que una eventual sentencia al respecto surta efectos *erga omnes*: el establecimiento del precedente constitucional vinculante y la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional.

El precedente constitucional vinculante se deriva del principio de “*stare decisis*” (locución latina que podríamos traducir como “sujetarse a lo decidido”) del *common law*, según el cual los jueces y las juezas están obligados a seguir decisiones previas sobre asuntos idénticos. En el Perú, se encuentra regulado en el Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) que, al respecto, dispone que:

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados (...) (artículo VI).

La norma citada no ofrece una definición del precedente constitucional vinculante; solo se restringe a regular cuatro condiciones para su dictado: 1. Se establece en una sentencia del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada; 2. Debe establecerse de forma expresa; 3. El apartamiento del precedente requiere una debida fundamentación fáctica y jurídica; y 4. El quórum requerido es la reunión del Pleno y el voto de, cuando menos, cinco magistrados. Es a través del Tribunal Constitucional (2005) que se puede hallar una clara aproximación conceptual:

[E]l precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. (...) [T]iene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos (STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC).

En ese sentido, el precedente constitucional vinculante, como herramienta jurisprudencial que surte efectos *erga omnes* y se erige como una especie de “parámetro normativo”, contribuye a la buena administración pública y dota de predictibilidad a la justicia constitucional. Esto, además de garantizar estándares adecuados para la resolución de casos, contribuye “a suplir (...) deficiencias legales, permitiendo optimizar la defensa de los derechos fundamentales” (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, STC Exp. N° 03741-2004-AA/TC, fundamento 40).

Al respecto, Landa (2010) señala que:

[E]l precedente nace como una regla destinada a otorgar predictibilidad en los fallos a fin de lograr seguridad jurídica y que ello redunde en mantener la vigencia del principio de igualdad, por cuanto dicho principio se vería vulnerado si es que existen diferentes fallos con relación a casos idénticos. Así, el precedente vinculante es una figura que permite saber cómo el juez constitucional resolverá un caso concreto en el futuro, al mismo tiempo que ordena y da coherencia a la jurisprudencia expedida por el TC (p. 217).

Por otra parte, aunque el dictado de un precedente constitucional vinculante es una facultad exclusiva y discrecional del Tribunal Constitucional, debe ser meticuloso y evitar abusar de ella, bajo apercibimiento de socavar sus atribuciones constitucionales. Bajo esa lógica, el colegiado en mención creó cinco presupuestos básicos para su establecimiento:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar

de precedente vinculante (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC, p. 8).

En relación con los dos primeros presupuestos, vinculados al ejercicio interpretativo, conviene destacar lo aclarado por el Tribunal Constitucional:

[L]a regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico (STC Exp. N° 03741-2004-AA/TC, fundamento 46)

En esa medida, si bien el precedente constitucional vinculante establece un criterio interpretativo que se materializa en una regla que permite elucidar, desarrollar y efectivizar el contenido de la Constitución, a fin de disminuir al máximo posible eventuales perjuicios a las y los justiciables, es menester tener en cuenta que, según el Tribunal Constitucional, se debe evitar convertirlo en un instrumento de politización de la justicia constitucional. Desde luego, esta última, por su naturaleza, debe ser objetiva y respetuosa del pluralismo, lo que significa que las reglas establecidas a través de un precedente no deben representar imposiciones colectivas de las convicciones éticas u opiniones de quienes lo conforman. De hecho, como aclara Grández (2006):

[E]l precedente no puede constituirse en un medio para imponer determinada interpretación de la ley a los jueces del Poder Judicial o a los demás órganos del Estado, a menos, claro está, que se trate de determinadas interpretaciones que resultan incompatibles con la Constitución (p. 427).

Por otra parte, con respecto al presupuesto d), antes citado, posteriormente, el Tribunal Constitucional (2005) aclaró su contenido de la siguiente manera:

d) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución (STC Exp. N° 03741-2005-PA/TC, fundamento 41).

En principio, todos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional deben ser acatados por los implicados directos e indirectos. En la práctica, sin embargo, ello no siempre es así, máxime cuando lo resuelto implica emprender actos que cuentan con un

rechazo mayoritario por parte del aparato estatal y la población. En tales circunstancias, el precedente constitucional vinculante aparece como la herramienta más efectiva para el reconocimiento de derechos fundamentales, habida cuenta de su carácter normativo y efectos *erga omnes*.

Por ello, teniendo en cuenta que gran parte de los peruanos rechaza el matrimonio entre personas de mismo sexo y que las autoridades públicas no aparentan tener intenciones de adecuar la normativa interna a los estándares convencionales establecidos por la Corte IDH a través de la Opinión Consultiva OC-24/17 y al reconocimiento progresivo de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, consideramos imprescindible que, de darse el caso, el Tribunal Constitucional debe declarar fundada una eventual demanda sobre el particular, estableciendo un precedente constitucional vinculante. Esa sería la única forma de combatir un grave problema estructural de nuestro país como es la falta de reconocimiento de derechos de las personas LGTBIQ+ y de contrarrestar la falta de voluntad política sumada a la oposición mayoritaria de la población. En ese precedente se pueden fijar reglas claras para erradicar toda divergencia interpretativa en torno a los alcances del matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, a su vez, para conocer de qué manera debe llevarse a cabo la celebración y registro de dichas nupcias, así como para reconocer aquellas válidamente celebradas en el extranjero.

La experiencia colombiana en este aspecto no solo resulta ilustrativa y paradigmática, sino que también contribuye al sustento de nuestra propuesta. En el capítulo precedente expusimos que, en 2011, la Corte Constitucional de Colombia reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo y exhortó al Congreso “para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que [les] afecta” (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Sentencia C-577/11, cuarto punto resolutivo)³⁶ y luego añadió que: “Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual” (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Sentencia C-577/11,

³⁶ Lo agregado entre corchetes es nuestro

quinto punto resolutivo). Lamentablemente, el Congreso ignoró el exhorto y solo un grupo de jueces y notarios aplicaron lo dispuesto.

El Congreso ignoró el exhorto y solo un grupo de jueces y notarios acataron lo dispuesto. El reconocimiento efectivo del matrimonio entre personas del mismo sexo en Colombia recién se produjo en 2016, cuando la Corte Constitucional emitió un pronunciamiento de carácter vinculante, en el que ratificó su constitucionalidad y dispuso:

ADVERTIR a las autoridades judiciales, a los Notarios Públicos, a los Registradores del Estado Civil del país, y a los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces, que el presente fallo de unificación tiene carácter vinculante, con efectos inter pares, en los términos de la parte motiva de esta providencia (Corte Constitucional de Colombia, 2016, Sentencia SU214/16).

La viabilidad de un precedente constitucional vinculante, que reconozca con efectos *erga omnes* el matrimonio entre personas del mismo sexo, también cuenta con respaldo por la forma, pues cumple con los presupuestos básicos para su dictado:

a) Existen divergencias latentes en la interpretación del contenido y alcances de la institución constitucionalmente garantizada del matrimonio y del derecho a contraerlo. En el Poder Judicial, los jueces de primera instancia que conocieron los casos “Ugarteche”, “Susel Paredes” y “Martinot Serván”, interpretaron que el matrimonio debía extenderse a las parejas del mismo sexo. Otros juzgados, entretanto, se pronunciaron en contra. En el Tribunal Constitucional, la sentencia recaída en el “Caso Ugarteche” fue suscrita por solo cuatro de los siete magistrados; sin embargo, los motivos de quienes conformaron la mayoría obedecieron a interpretaciones distintas. Similar situación ocurrió en la sentencia recaída en el “Caso Susel Paredes”, suscrita por los mismos cuatro magistrados que conformaron la mayoría en el “Caso Ugarteche” con muy similares argumentos a los que ofrecieron en dicha ocasión y, por tanto, manteniendo aún las mismas divergencias interpretativas al respecto.

b) Los argumentos glosados en esta investigación demuestran que los tribunales judiciales y administrativos han venido efectuando una interpretación errónea del artículo 4° de la Constitución en lo atinente al matrimonio, lo que ha generado su indebida aplicación, motivada por la aún vigente estructura propuesta en el artículo 234° del Código Civil.

c) Hasta el momento, no ha sido aprobada una norma que permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que existe un vacío normativo al respecto.

d) El amparo es la vía idónea para reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo. Mediante este, el Tribunal Constitucional puede constatar que la inconstitucionalidad del artículo 234° del Código Civil no solo vulnera los derechos fundamentales de la pareja reclamante, sino los de todas las parejas del mismo sexo. Frente a ello, puede proscribir una interpretación restrictiva del artículo 4° de la Constitución que impida a las parejas del mismo sexo casarse y validar solo aquella que lo permita.

e) El último presupuesto no es aplicable al caso, pues previamente no ha sido dictado un precedente constitucional vinculante en torno a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Otra técnica jurisdiccional que puede garantizar el efectivo reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo es la declaratoria de un “estado de cosas inconstitucional” (en adelante, ECI). Este, según Barriga (2017) es:

[U]n concepto jurisprudencial creado por la Corte Constitucional colombiana que evidencia problemas estructurales en el funcionamiento del Estado que afectan la protección de los derechos humanos de un grupo de ciudadanos. Es decir, revela que existe una vulneración masiva de derechos humanos debido a la ineficiencia u omisión de las instituciones públicas en el cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales. En este contexto, se generan trabas burocráticas para justificar la inacción de las instituciones públicas o se presenta un constante traslado de responsabilidades entre las diferentes entidades competentes, lo cual deja a los ciudadanos en una situación de desprotección, con la consiguiente afectación en el ejercicio de sus derechos (p. 243).

Así concebido, el ECI es una técnica jurisdiccional empleada para confrontar problemas estructurales que representan una sistemática y masiva vulneración de derechos fundamentales, originada por severas deficiencias institucionales que apuntan a perdurar, ya sea por falta de voluntad política o por carencias logísticas. No es un mecanismo punitivo, sino uno que afianza la colaboración interinstitucional, con miras a sostener el Estado Constitucional de Derecho y optimizar la justicia constitucional. Esa fue, desde luego, la lógica que siguió la Corte Constitucional de Colombia (1997) la primera vez que lo empleó:

La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (...). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas que resulta violatorio de la Constitución

Política. (...) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos (Sentencia SU559/97, fundamento 31).

Conforme a lo señalado, la declaratoria de un ECI también busca descongestionar el sistema de justicia, evitando la excesiva e innecesaria carga judicial en circunstancias en las que se advierte que se seguirán interponiendo demandas por las mismas o muy similares razones, las cuales, uniformemente, vulneran los derechos fundamentales de las personas.

En la Sentencia T-025/04, la Corte Constitucional de Colombia destacó los factores que deben ser tomados en consideración para definir si existe un ECI, a saber:

1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas. 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos. 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado. 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante. 6) El hecho de que si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (Quintero, Navarro e Irina, 2011, p. 72)

La primera vez que nuestro Tribunal Constitucional declaró un ECI, fue en la sentencia recaída en el caso “Arellano Serquén”, en la que sostuvo que:

Esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que (...) se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales que repercute en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, STC Exp. N° 02579-2003-HD/TC, fundamento 19).

Luego, en el caso “Oficina de Normalización Previsional”, el citado tribunal declaró que el fundamento de las sentencias que declaran un ECI se asienta en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Al respecto, cabe precisar que los derechos fundamentales poseen una naturaleza bidimensional. Desde una dimensión subjetiva, un derecho fundamental “contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que exige la abstención por parte del poder público (...) a fin de lograr [su] pleno ejercicio y (...) eficacia”³⁷ (Castillo Córdova, 2005, p. 308); es decir, representa una atribución subjetiva que concierne a cada persona. De otro lado, desde una dimensión objetiva, refleja “la existencia de una serie de principios y valores que deben inspirar la vida en sociedad” (Pazo, 2014, p. 69) y que, por lo mismo, vincula tanto a los particulares como a los poderes públicos.

El nexo entre el ECI y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales estriba en que, en ocasiones, los hechos que motivan un proceso constitucional producen un daño que trasciende a las partes. Al respecto, el Tribunal Constitucional (2010) declaró que:

Son estas situaciones que suelen ser analizadas a la luz ya no de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, sino desde su faz objetiva, esto es, en cuanto mandatos de orden general que exigen actuaciones integrales por parte de los poderes públicos a quienes corresponde el aseguramiento y garantía de derechos; se trata, en buena cuenta, de proveer justicia no solo a quienes se ven forzados a acudir a un proceso judicial para solicitar tutela a los órganos jurisdiccionales, sino también a todas aquellas personas que, estando en las mismas condiciones, sufren las mismas lesiones a sus derechos (Tribunal Constitucional del Perú, 2010, STC Exp. N° 05561-2007-PA/TC, fundamento 35).

Hasta el momento, son dieciséis las sentencias en las que el máximo intérprete de la Constitución ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional. Por mencionar algunos de ellos: en el “Caso Díaz Cáceres de Tinoco”, debido a la inexistencia de medidas efectivas que garanticen el derecho a que el Estado se comuniquen a través de lenguas originarias en zonas del Perú en las que son predominantes; en el “Caso de las hermanas Cieza Fernández”, por la falta de disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas en extrema pobreza en el ámbito rural; en el “Caso C.C.B.”, debido a la situación crítica de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en su capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones

³⁷ Lo agregado entre corchetes es nuestro.

sanitarias; en el “Caso Mesquita Oliviera y otros”, por la falta de una norma que regule un procedimiento unificado, claro y específico en el que se precisen las garantías formales y materiales de los migrantes sujetos a un procedimiento migratorio sancionador; y en el “Caso Oficina de Normalización Previsional”, por la actitud temeraria, obstructiva y contraria a sus precedentes por parte de los abogados de dicha entidad en los procesos judiciales referidos a los derechos pensionarios que administra.

Las sentencias antes glosadas ponen de manifiesto que, en líneas generales, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado un ECI en casos asociados a personas en situación de vulnerabilidad. A través de esta herramienta se busca articular soluciones para confrontar el problema estructural detectado y evitar su prolongación en el tiempo y espacio. Con ese propósito, se promueve la adopción de medidas que reviertan la situación de vulnerabilidad del grupo de personas afectado (supliendo, así, la ausencia de políticas públicas y normas a su favor), se concede plazos determinados o razonables a las autoridades implicadas para que emprendan acciones al respecto y se aplica mecanismos disuasivos para reprimir las conductas reacias al cumplimiento de las órdenes dispuestas en la sentencia.

A modo de ejemplo, en el “Caso Arellano Serquén”, el Tribunal Constitucional dispuso lo siguiente:

Si con posterioridad a la fecha de expedición de una sentencia de esta clase, llegase al Tribunal o a cualquier órgano judicial competente un caso análogo, cuyos hechos se practiquen con fecha posterior a la de esta sentencia, aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por la violación del derecho constitucional concretamente afectado, también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, STC Exp. N° 02579-2003-HD/TC, fundamento 21).

Con todo, aunque desde su faz teórica el ECI es incontrovertiblemente útil y efectivo para enfrentar vulneraciones masivas a derechos fundamentales y problemas estructurales de nuestra sociedad, la práctica refleja lo opuesto. Desde luego, nuestro Tribunal Constitucional, a diferencia de su par colombiano, no ha sabido garantizar el cumplimiento de las ordenes contenidas en las sentencias que declaran estados de cosas inconstitucionales.

Respecto a lo último, Ramírez Huaroto (2016) sostiene que:

[E]n el Perú la utilidad de la figura del ECI se ha enfocado en la modulación de los efectos de sentencia, lo que se aprecia no solo en las sentencias en que se ha declarado la misma, sino en

las otras en las que se han precisado sus alcances. Este recorte de la dimensión de la figura implica una restricción de sus potencialidades, pues el acento no se pone en la posibilidad de intervención judicial en la solución de problemas sociales estructurales, sino en la persecución de la descongestión de la carga de la jurisdicción constitucional que se diagnostica como un problema (p. 65).

Más adelante, la referida jurista concluyó que:

[E]l énfasis en el Perú en los efectos de la modulación de la sentencia ha conllevado que no se preste atención a las dimensiones remediales y de seguimiento de la implementación de las sentencias (...). Esto le quita posibilidades a la declaración de ECI como herramienta para que, con la intervención de la jurisdicción constitucional, se reformen efectivamente *statu quo* que vulneran de forma masiva, generalizada y grave los derechos de las personas (Ramírez Huaroto, 2016, p. 89).

Así las cosas, si bien el Tribunal Constitucional emplea el ECI en casos referidos a personas vulnerables o problemas estructurales de nuestro país (lo cual refleja una idoneidad teórica), no pone énfasis en diseñar una confrontación efectiva al hecho dañoso identificado, sino principalmente en descongestionar el sistema de justicia (lo cual representa una deficiencia práctica). Por tanto, para dotar de utilidad al UCI, es pertinente que el colegiado en mención ponga en relieve la etapa de cumplimiento de la sentencia, a través de un seguimiento constante, minucioso y efectivo de las órdenes dispuestas en ella.

A mayor abundamiento, como expone Eto (2011) las sentencias que declaran estados de cosas inconstitucionales son objeto de críticas:

[P]or no haber establecido formas de seguimiento al cumplimiento de las mismas o que la fuerza de las cortes no ha sido la suficiente para llevar adelante su implementación; con lo cual -se ha dicho- el activismo judicial mostrado en dichos casos ha terminado siendo desprestigiado por la realidad de incumplimiento al que se enfrentó. Ello ha ocasionado, en no pocas instancias, el repliegue de los jueces en la protección estructural y compleja de los derechos sociales y en el control de las políticas públicas (...). Por ejemplo, en nuestro país, no se conoce ni existen estudios que reflejen la medida en que las órdenes o exhortaciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los casos citados han sido implementadas o llevadas a cabo por las autoridades correspondientes (p. 122).

Como es de ver, el Tribunal Constitucional carece de una herramienta efectiva de seguimiento de las sentencias en las que declara un ECI. Durante un tiempo contó con una inane comisión de seguimiento de sentencias, cuya utilidad nunca fue consecuente con el objetivo que se trazó al instituir la. Prueba de ello es que, casos como el “Marroquín

Soto”, en el que el Tribunal Constitucional (2010) declaró un ECI debido a la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental” (STC Exp. N° 03426-2008-HC/TC, p. 16) o el “C.C.B”, a la fecha continúan sin ser solucionados.

Por supuesto, las deficiencias prácticas del ECI en el Perú no desvirtúan su utilidad y vocación efectiva como técnica jurisdiccional con efectos *erga omnes* que busca erradicar un problema estructural asociado a la desprotección de personas en situación de vulnerabilidad. Por ese motivo, habiendo evidenciado en esta investigación que las personas LGBTIQ+ se encuentran en una grave situación de vulnerabilidad en nuestro país -de lo cual rinde cuenta casos como el de “Azul Rojas Marín vs. Perú”-, debido a la sistemática y grave vulneración a sus derechos fundamentales en la práctica y en la ley, en una eventual sentencia del Tribunal Constitucional vinculada al reconocimiento de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, sería altamente efectivo que la desprotección legal de estas parejas sea declarada un estado de cosas inconstitucional, engendrado no solo por una omisión legislativa inconstitucional, sino también por la renuencia del RENIEC y los gobiernos subnacionales a efectuar un control de convencionalidad sobre la Opinión Consultiva OC-24/17 en el marco de sus atribuciones, mediante el cual se determine la inaplicación del artículo 234° del Código Civil y se permita la celebración e inscripción de estas nupcias o se reconozca las celebradas en el extranjero.

Sin perjuicio de lo antes indicado, también podría declararse un estado de cosas inconstitucional, en forma genérica, por la ya señalada sistemática y grave vulneración de todos los derechos fundamentales de las personas LGBTIQ+. En efecto:

[M]ientras que en el Perú no exista un marco jurídico que garantice los derechos de las personas LGTBI en igualdad y sin discriminación frente a las personas hetero y cisgénero, estamos frente a un estado de cosas inconstitucional. Lo que significa que el Estado por acción y omisión viola el derecho a la igualdad y no discriminación y otros derechos fundamentales conexos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (Arenaza, 210, p. 112).

Para conceder un mayor grado de rigurosidad a la argumentación que venimos planteando sobre la conveniencia de declarar un estado de cosas inconstitucional por la falta de reconocimiento formal a las parejas del mismo sexo y la ausencia de un marco normativo que garantice el ejercicio de sus derechos fundamentales, es oportuno verificar

si se cumplen los seis factores que la Corte Constitucional de Colombia consideró indispensables para tales efectos en virtud de su sentencia T-025/04:

1. Respecto al primer factor, a lo largo de esta investigación se ha verificado que la falta de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo contraviene los principios-derechos de dignidad e igualdad y no discriminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad que asisten a los implicados. Así, existe una vulneración masiva a los derechos fundamentales de un grupo significativo de personas, conformado por las parejas del mismo sexo que, únicamente por su orientación sexual, están impedidas de contraer nupcias.

2. Con relación al segundo, tercer y cuarto factor, desde la entrada en vigor de la Constitución, que no establece como requisito para contraer matrimonio la diversidad de sexos de las partes contrayentes; y, a su vez, desde la emisión de la Opinión Consultiva OC-24/17, ha transcurrido un tiempo asaz razonable para que el Congreso inserte las modificaciones necesarias al Código Civil o para que el RENIEC o las municipalidades, en el marco de sus competencias, realicen un control de convencionalidad que les faculte celebrar, inscribir o reconocer matrimonios entre personas del mismo sexo. Hasta el momento ello no ha sucedido, pese a haberse presentado proyectos de ley, emitido sentencias judiciales de primeras instancias y un informe de la Defensoría del Pueblo al respecto, y a existir múltiples y loables ejemplos en el derecho comparado. Como es evidente, tales conductas están viciadas de inconstitucionalidad, conforme a lo expuesto en el anterior ítem.

3. En cuanto al quinto factor, si bien el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo no debería suponer un significativo esfuerzo presupuestario - aunque quizá logístico sí-, es necesario emprender esfuerzos interinstitucionales que enfrenten de raíz el problema estructural que implica no solo la falta de reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, sino, en general, los de todas las personas LGTBIQ+, que, directa o indirectamente, se ven afectadas. En consecuencia, es indispensable establecer constantes diálogos entre los tres niveles de gobierno y también coordinaciones con otros órganos del Estado como el Congreso, el RENIEC o incluso los órganos del sistema de justicia. El propósito de adoptar medidas de carácter general es

establecer estándares adecuados para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales de las personas LGBTIQ+, como es el derecho a contraer matrimonio.

4. Con respecto al último factor, todos los procesos de amparo incoados por las parejas del mismo sexo tienen un objetivo común: que sus nupcias sean reconocidas ante la ley peruana. En esa medida, aunque con matices por la forma, el fondo de cada proceso es, en principio, el mismo. Por ese motivo, al existir un problema común en todas las solicitudes sobre el particular, perfectamente podría evitarse una inminente congestión judicial.

Por lo expresado en esta sección, de darse la situación, el Tribunal Constitucional no debería limitarse a declarar fundada una eventual demanda de amparo mediante la cual una pareja del mismo sexo solicite el reconocimiento de su matrimonio. También sería idóneo que establezca un precedente constitucional vinculante y, en simultáneo, declare un ECI al respecto, para dotar de efectos *erga omnes* a dicho pronunciamiento.

Cabe recordar, con relación a esto último, que es posible emplear ambas técnicas jurisdiccionales en una misma ocasión. A guisa de ejemplo, en la sentencia recaída en el “Caso Flores Callo”, el Tribunal Constitucional estableció un precedente de observancia obligatoria respecto a las reglas que deben tener en cuenta los jueces y las juezas que conocen procesos de amparo dirigidos a obtener una renta vitalicia por enfermedad profesional o pensión de invalidez, en los que resulta necesario evaluar los informes médicos presentados a fin de determinar su real estado de salud, y, al mismo tiempo, declaró dos ECI: el primero, vinculado “a la conducta omisiva por parte del Ministerio de Salud y de EsSalud de no conformar comisiones médicas calificadoras de incapacidad por enfermedad profesional en número suficiente y a nivel nacional” (Tribunal Constitucional del Perú, 2018, STC Exp. N° 00799-2014-PA/TC, punto resolutivo 3) y el segundo, referido al ejercicio de las competencias de la Oficina de Normalización Previsional, exhortando al Congreso y al Poder Ejecutivo para que, en el marco de sus competencias “actúen de modo integral atendiendo a la necesidad de una reestructuración integral de todas las áreas de la ONP, a efectos de hacerla más eficiente y sensible a las importantes funciones que se le ha encomendado.” (Tribunal Constitucional del Perú, 2018, STC Exp. N° 00799-2014-PA/TC, punto resolutivo 7).

CONCLUSIONES

1. Los principios-derechos de dignidad e igualdad y no discriminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantizan que toda persona viva, se desenvuelva y exprese conforme a su orientación sexual. Por ello desde una perspectiva constitucional, esta última no puede emplearse como móvil para conceder a las personas un trato desigual ante la ley, frustrar su libertad para construir y materializar sus proyectos de vida e impedir el goce y ejercicio de sus derechos. En lo que atañe a las personas LGBTIQ+, el Estado está obligado a otorgarles una protección formal en la ley e impulsar políticas públicas que persigan su igualdad material, habida cuenta de la situación de vulnerabilidad en la que se hallan. La aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo es, precisamente, una medida que se refleja en los referidos derechos y que, por ende, debe ser promovida por el Estado.
2. En los términos propuestos por nuestra Constitución Política y desarrollados por el Tribunal Constitucional, el matrimonio es una institución constitucionalmente garantizada, que se materializa en el derecho a contraer matrimonio, del que se desprende la prerrogativa de todo individuo de decidir cuándo y con quién casarse. En ese escenario de libertad de elección, impedir que dos personas del mismo sexo se casen es inconstitucional, pues el motivo que subyace a dicha restricción es la orientación sexual de las partes contrayentes, sobre la cual está prohibido efectuar diferencias entre las personas. A ello se suma que el artículo 4° de la Constitución no regula un modelo específico de matrimonio.
3. La procreación no es el fin esencial del matrimonio, por tanto, no es un argumento válido para negar la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo. Muchas parejas heterosexuales no tienen interés en generar descendencia o están biológicamente impedidas para esos efectos, lo que, en términos legales y fácticos, no les impide casarse, formar una familia y disfrutar todos los derechos inherentes a ambos. Desde un enfoque armonizador y pluralista, es conveniente considerar como fin esencial del matrimonio a la comunidad de

vida en el núcleo familiar -independientemente de su estructura-, definido por los lazos afectivos que unen a sus miembros. Esa perspectiva es acorde a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha declarado que la Constitución no reconoce ni protege un modelo específico de familia.

4. En un contexto de pluralidad de familias merecedoras de reconocimiento y protección jurídica, es inconstitucional las parejas del mismo sexo sin hijos o a las homoparentales continúen siendo familias *de facto* y no *de iure* en nuestro país. Su exclusión del ordenamiento jurídico acarrea que ambos tipos de familia vean frustrado el disfrute de los derechos que dimanen del matrimonio y la filiación, y contribuye directamente a agravar la injusta situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Respecto a las familias homoparentales, la presente investigación pone en relieve que se ha comprobado científicamente que la orientación sexual de una pareja no es un factor que determine su aptitud para tener hijos/hijas, pues la homosexualidad no es una patología ni es, como comúnmente se señala sin ningún tipo de sustento, hereditaria.
5. El matrimonio civil es ajeno a cualquier dogma religioso, pues según el artículo 50° de nuestra Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, nuestro Estado es laico. Por el principio de laicidad, ninguna religión puede intervenir o influir en la organización del Estado, en las actividades que desempeñan los órganos que lo componen, o en la normativa que cualquiera de ellos emite. Así, el matrimonio civil no está adscrito a las formalidades del matrimonio religioso, por lo que no existe ninguna razón para que se imponga la diversidad de sexos de las partes contrayentes como requisito para su celebración.
6. Las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos apoyan el matrimonio entre personas del mismo sexo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su Opinión Consultiva OC-24/17, expresó que, de conformidad con el artículo 17°, inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados deben permitir que las parejas del mismo sexo accedan a todas las formas de uniones previstas en las leyes internas (v.g. matrimonio, unión de hecho, entre otros). Aunado a ello, desde hace más de veinte años, distintos países a lo largo de los cinco continentes han venido incorporando al matrimonio entre personas del mismo sexo en sus ordenamientos jurídicos. Algunos de ellos a través de la vía legislativa, otros por medio de decisiones de

altas cortes de justicia, tres mediante referéndums populares y uno de forma mixta y progresiva. A nivel nacional, la Defensoría del Pueblo y tres Juzgados Constitucionales del Poder Judicial se han pronunciado a favor de este, por lo que su reconocimiento a nivel nacional no es, como se dice, “revolucionario”, sino que representa una adaptación a los nuevos contextos y la realidad social siempre evolutiva y orientada al progresivo reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas.

7. La propuesta de la unión civil como único régimen de formalización de las parejas del mismo sexo no supera el test de igualdad, pues la diferencia de trato frente a las de distinto sexo, que sí pueden contraer matrimonio, solo se basa en la orientación sexual de las partes contrayentes, la cual, reiteramos, constituye un motivo respecto del cual no cabe realizar diferencias entre las personas. Ambos tipos de parejas, según sus preferencias, deben ser libres de optar por cualquiera de los regímenes de formalización de las uniones afectivas previstos en la ley.
8. La democracia constitucional es un pilar fundamental de un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro. Como régimen político, posee cuatro rasgos: la primacía de los derechos fundamentales de las personas, la separación armónica de poderes, el principio mayoritario y la representación política. A diferencia de los dos primeros -que son rasgos distintivos-, es posible establecer ciertos límites a los dos últimos. Uno de ellos es que, si el propósito es salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, es válido prescindir e incluso contradecir la voluntad o postura de la mayoría parlamentaria o popular. Bajo esa lógica, dado que en el Estado Constitucional de Derecho los derechos fundamentales gozan de eficacia inmediata, en un contexto en el que son vulnerados, es innecesario esperar una decisión del Congreso de la República para cumplir con garantizarlos.
9. Dentro de la separación armónica de poderes característica de la democracia constitucional, la judicatura constitucional tiene el deber de reprimir y reparar la vulneración de los derechos fundamentales de las personas causada por conductas de terceros, normas inconstitucionales o, inclusive, omisiones legislativas inconstitucionales. La conducta de los jueces y las juezas que, en estos contextos, actúan de forma garantista, se conoce como “activismo judicial”. Este último, a diferencia del hiperactivismo o el quietismo -que ideologizan o politizan la justicia constitucional-, tiene por finalidad maximizar la defensa de los derechos fundamentales de las personas y preservar el orden constitucional. En ese

sentido, su importancia radica en que, mediante el establecimiento de criterios jurisprudenciales, consigue suplir las omisiones legislativas inconstitucionales y reparar las vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas ocasionadas por ellas. Por consiguiente, los jueces y las juezas activistas no pervierten la separación de poderes ni usurpan las funciones del órgano legislativo; por el contrario, se desenvuelven dentro de los límites legales, en un escenario de separación armónica de poderes, dirigida a cumplir el fin esencial del Estado Constitucional de Derecho, que es la defensa de la dignidad de las personas y el respeto hacia los derechos fundamentales que de ella dimanar.

10. Conforme a lo señalado *supra*, el Congreso de la República ha incurrido en una omisión legislativa inconstitucional, al oponerse a modificar el artículo 234° del Código Civil a fin de que dos parejas del mismo sexo puedan casarse. En esas circunstancias, el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de ley, reconocido en el artículo 139°, inciso 8 de la Constitución, dota de legitimidad democrática a la judicatura constitucional para atender una demanda de amparo vinculada al reconocimiento de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, en resguardo de los derechos fundamentales que asisten a las o los amparistas.
11. El primer camino que puede emprender la judicatura constitucional para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo es la interpretación de la Constitución y el ejercicio del control difuso de constitucionalidad. Empleando los criterios de interpretación constitucional de unidad de la Constitución, eficacia integradora, fuerza normativa y preferencia por los derechos y acudiendo a la interpretación evolutiva, debe determinar que el matrimonio, a la luz de lo previsto en el artículo 4° de la Constitución y como institución constitucionalmente garantizada, concretada en el derecho a contraer matrimonio, es neutral al género. Una vez efectuada dicha interpretación, siguiendo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política, debe ejercer un control difuso sobre el artículo 234° del Código Civil y disponer su inaplicación, en aras de permitir que dos personas del mismo sexo se casen. Como quedó evidenciado, el ejercicio de este mecanismo de control constitucional no excede, para los efectos del caso, los límites previstos para su ejercicio en el artículo VII del Nuevo Código Procesal Constitucional ni lo establecidos jurisprudencialmente.

12. El segundo camino que puede emprender la judicatura constitucional es el control difuso de convencionalidad sobre la base de lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-24/17, que obliga a los Estados a reconocer el matrimonio -y otros tipos de uniones- entre personas del mismo sexo. El citado mecanismo de control halla sustento en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y en el artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional, conforme a los cuales las normas relativas a los derechos fundamentales de las personas se interpretan de acuerdo con los tratados internacionales y las decisiones que adoptan los tribunales internacionales sobre derechos humanos reconocidos por tratados de los que el Perú es parte. Cabe precisar que, cuando se habla de “decisiones”, no solo se alude a las sentencias de la Corte IDH, sino también a sus opiniones consultivas. Desde luego, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-21/14, remarcó que todas las opiniones consultivas son vinculantes, por lo que los Estados deben efectuar un control de convencionalidad también sobre la base de lo señalado en ellas. Así, la judicatura constitucional peruana puede seguir el ejemplo de la Corte Constitucional de Ecuador, estableciendo un régimen de complementariedad entre el artículo 234° del Código Civil, que reconoce el matrimonio entre varón y mujer, y la Opinión Consultiva OC-24/17, que permite que este sea celebrado por personas del mismo sexo.
13. Este último camino también vincula al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y a las municipalidades, en el marco de sus respectivas competencias, pues la Corte IDH, a través de sus sentencias recaídas en los Casos Gelman vs. Uruguay y Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, determinó que el control de convencionalidad es una obligación de todas las autoridades públicas y no solo de los órganos jurisdiccionales. En atención a ello, el RENIEC debe permitir la inscripción registral de un matrimonio entre personas del mismo sexo a solicitud de los interesados y las municipalidades habilitar su celebración.

RECOMENDACIONES

1. Si bien en el presente trabajo nos centramos en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo a través de la justicia constitucional, no se debe perder de vista que lo más conveniente es impulsar una reforma al artículo 234° del Código Civil por la vía legislativa, en aras de permitir que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio. La primera recomendación se dirige al Congreso de la República, cuya Comisión de Justicia y Derechos Humanos recientemente archivó el Proyecto de Ley N° 0525/2021-CR, a fin de que, de presentarse una nueva propuesta de esa misma índole, cumpla con permitir su discusión en el Pleno y proceda a aprobar la ley en cuestión.
2. Si una controversia vinculada al reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo llegase a conocimiento del Tribunal Constitucional, además de declarar fundada la demanda, recomendamos que establezca un precedente vinculante y declare un estado de cosas inconstitucional al respecto, con el fin de dotar de efectos *erga omnes* a su decisión y garantizar que el matrimonio entre personas del mismo sexo sea inobjetablemente válido en el Perú, previa identificación del problema estructural que encarna la vulneración de los derechos de las personas LGTBIQ+ y la puesta en marcha de acciones interinstitucionales para enfrentarlo.
3. La falta de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo es solo uno de los elementos que demuestran la situación de vulnerabilidad en la que se hallan las personas LGTBIQ+ en nuestro país. Teniendo eso en cuenta, recomendamos establecer un diálogo interjurisdiccional formal, fluido y constante entre el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con miras a definir y optimizar los estándares de protección que debe concederse a los derechos humanos de las personas LGTBIQ+. Solo así podrá equipararse el actual desbalance jurisprudencial

existente a nivel nacional e internacional en dicha materia y eliminar todo tipo de obstáculos en el acceso a la justicia.

4. El breve repaso que en este trabajo efectuamos sobre el estado de cosas inconstitucional permitió esclarecer que, si bien es una técnica jurisdiccional altamente útil en la teoría, en el Perú continúa enfrentando severas deficiencias en la práctica. Esto último pone en peligro su efectividad como mecanismo de enfrentamiento a vulneraciones masivas de derechos fundamentales, especialmente en escenarios que involucran a grupos poblaciones en situación de vulnerabilidad, como es el caso de las personas LGBTIQ+. Por ello, recomendamos, primero, al Tribunal Constitucional reponer la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de Sentencias y proporcionarle los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento. Solo así podrá garantizarse que, en una sentencia, la declaratoria del estado de cosas inconstitucional no termine siendo “letra muerta”. Segundo, esta recomendación se dirige a los investigadores: si propusiésemos, a través de la academia -previo estudio concienzudo- soluciones a los obstáculos que enfrenta el estado de cosas inconstitucional en nuestro país, lograríamos una transformación -en la mejor de sus acepciones- de la justicia constitucional peruana.
5. El precitado desnivel en los estándares de protección a los derechos humanos de las personas LGBTIQ+ en el ámbito nacional e internacional evidencia un problema que, en esta investigación, por motivos de extensión, no fue abordado. Más que recomendar, exhortamos a los estudiantes y miembros de la academia en general a investigar sobre las vicisitudes y los retos que enfrenta el control de convencionalidad en nuestro país. Es preocupante que nuestras autoridades públicas circunscriban su accionar a lo previsto en las fuentes normativas internas y soslayen las que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo que involucra, también, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todo ello no sucedería -o sucedería mucho menos- si se contara con un marco regulatorio efectivo e idóneo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros, artículos académicos, informes, comunicados, notas periodísticas y otros

- Alberdi, I., Mardones, J. (2016). *Filiación homoparental: necesidad de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno a la luz de los derechos humanos*. [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales]. Universidad de Chile, Santiago, Chile. Recuperado de: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/143527>
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2014). *La protección internacional de las personas LGTBI. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género*. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9872.pdf>
- Alvarado, K. (2015). El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España. *IUS. Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*. N° 10. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Recuperado de: <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-II/paper01.pdf>
- Arenaza, E. (2020). Personas LGTBI: la necesidad de una declaratoria de estado de cosas inconstitucional para el reconocimiento y garantía de derechos fundamentales. *Gaceta Constitucional*, Tomo 151, pp. 98-116
- Aristide, J-B. (2013). *Jean-Bertrand Aristide presenta a Toussaint L'Overture. La Revolución haitiana*. Madrid: Akal
- Atienza, M. (2018). Siete tesis sobre el activismo judicial. *Grand Place: pensamiento y cultura*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8253008>
- Azcárraga, C. (2008). Problemática suscitada por los matrimonios homosexuales en el Derecho Internacional Privado Comparado. *Revista Boliviana de Derecho*, N° 5, pp. 121-143. <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539905007.pdf>
- Barriga, M. (2017). Estados de cosas inconstitucionales. Análisis y balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, N° 12, pp. 241-256. Recuperado de: <http://revistas.palestraeditores.com/index.php/2519-7630/article/view/46/37>
- Bernales, E. (2012). *La Constitución de 1993*. Lima: Idemsa

- Botero, D. (2020). A diez años del reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario en México. *Reflexión política*, Vol. 22, N° 46, pp. 73-86. Recuperado de: <https://doi.org/10.29375/01240781.3910>
- Buil, E. et al (2004). La adopción por homosexuales. *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 14, Num 1, pp. 81-98. Recuperado de: <https://journals.copmadrid.org/apj/archivos/93972.pdf>
- Camarillo, L. y Rosas, E. (2016). El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, Vol. 64, pp. 127-159. Recuperado de: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/novedades/revista-64-nove/>
- Canales, C. (2010). La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano. *Revista de la Judicatura Federal Escuela Judicial*. N° 29, Universidad Nacional Autónoma Metropolitana, pp. 89-112
- Cancillería Federal de Suiza (2021). Votation populaire 26 septembre 2021. Recuperado de: https://www.bk.admin.ch/dam/bk/fr/dokumente/Abstimmungsuechlein/FR_B%C3%BChlein_Sept21.pdf.download.pdf/FR_B%C3%BChlein_Sept21.pdf
- Carmona, E. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de estudios políticos*. N° 84, pp. 265-286
- Castillo Córdova, L. (2005). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Perú, Lima: Palestra Editores
- Clérico, L. (2010). El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía. En M. Aldao. y L. Clérico. (Eds.), *Matrimonio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas* (pp. 139-164). Buenos Aires: Eudeba.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>
- Comisión Nacional Contra la Discriminación (2019). *Informe sobre el registro y reconocimiento de filiación de niños y niñas nacidos en el extranjero de madres del mismo sexo, en función al Orden Público Internacional*. Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1611418/INFORME_Nin%CC%83os-y-nin%CC%83as-nacidos-en-el-extranjero-de-madres-del-mismo-sexo.pdf.pdf
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2008). *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Irlanda, 30 de julio de 2008, CCPR/C/IRL/CO/3*. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7770.pdf>
- Congreso Constituyente Democrático (1993). *Debate Constitucional – 1993, Comisión de Constitución y de Reglamento, Tomo V (31-05-93 al 20-09-93)*. Recuperado de: <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/const93dd/comiconstregla/tomocompleto/tomov.pdf>
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2017). *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal - Perú*. Recuperado de:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/368/26/PDF/G1736826.pdf?OpenElement>

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2018). *Informe del Estado peruano a las recomendaciones planteadas en el Tercer Ciclo del Examen Periódico Universal*. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/049/27/PDF/G1804927.pdf?OpenElement>

Consejo Electoral Nacional de Cuba (2022). *Informa Consejo Electoral Nacional los resultados oficiales del referendo del Código de las Familias*. Recuperado de: <https://www.fgr.gob.cu/noticias/informa-consejo-electoral-nacional-los-resultados-oficiales-del-referendo-del-codigo-de>

Cornejo Chávez, H. (1984). La familia en la ley y en la realidad del Perú. En: F. de Trazegnies (Ed.), *Para leer el Código Civil* (pp. 53-96). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Cornejo Chávez, H. (1985). *Derecho Familiar Peruano, Tomo I*. Lima: Librería Studium

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Comunicado CorteIDH_CP-01/18*. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_18.pdf

Defensoría del Pueblo (2014). *Informe de Adjuntía N° 003-2014-DP/ADHPD. Opinión respecto del Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR, que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo. Situación de los derechos fundamentales de la población LGTBI en el país*

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

Defensoría del Pueblo (2019). *Informe de Adjuntía N° 001-2019-DP/AAC-ADHPD. Protección constitucional y convencional del matrimonio celebrado por personas del mismo sexo en el extranjero*

Delgado, J. (2018). Dignidad Humana. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*. N° 15, octubre 2018-marzo 2019, pp. 176-197. Universidad Carlos III de Madrid

Dermizaky, P. (2002). La inconstitucionalidad por omisión. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 6, pp. 63-71

Díaz Vásquez, R. (2015). El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia. *Justicia Juris*, Vol. 11, N° 2, pp. 50-57

Donini, A. (2000). La familia del futuro. *Criterio*, N° 2254. Recuperado de: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/curso-projur2003/Bibliograf%C3%ADa%20Mod.I/La_familia_del_futuro.pdf

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel

Eguiguren Praeli, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et Veritas*. Volumen 15. (pp. 63-72)

- Espinar, I., Carrasco, J., Martínez, P., García-Mina, A. (2003). Familias reconstituidas: Un estudio sobre las nuevas estructuras familiares. *Clínica y Salud*, Vol. 14, N° 3, pp. 301-332. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/1806/180617972003.pdf>
- Espinosa-Saldaña, E. (2019). *En defensa de la Constitución*. Lima: Gaceta Jurídica
- Espinosa-Saldaña, E. (2020). *Sobre los límites del juez constitucional*. Lima: Zela
- Eto, G. (2011). Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales. *Pensamiento Constitucional*, Vol. 15, N° 15, pp. 107-126. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3062/2909>
- Eto, G. (2013). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tomo II*. Lima: Adrus
- Eto, G. (2021). *Problemas contemporáneos del control convencional*. Lima: San Bernardo
- Fernández Segado, F. (1996). La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. *Derecho PUCP*, N° 50, pp. 11-45
- Fernández Segado, F. (2011). La judicial review en la Pre-Marshall Court. *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 28, pp. 133-178. Recuperado de: <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011>
- Fernández Sessarego, C. (2016). El Derecho y la Libertad como proyecto. *Ius et Veritas*, N° 52, pp. 114-133
- Ferrajoli, L. (2002). Juspositivismo y democracia constitucional. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 16, pp. 7-20
- Figuerola, E. (2020). *Activismo judicial: una tesis de defensa a los derechos fundamentales*. Recuperado de: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/zzzj-activismo-judicial/>
- Garay Montaña, N. (2014). La revolución haitiana en los inicios del constitucionalismo: la cuestión de la raza y el sujeto jurídico y político. *Historia Constitucional*, N° 15, pp. 279-310
- García Toma, V. (2013). *Derechos Fundamentales*. Lima: Adrus
- García Toma, V. (2014). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Adrus
- Gargarella, R. (2010). Matrimonio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario. En Aldao, M. y Clérico, L. (Ed.), *Matrimonio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas* (pp. 125-138). Buenos Aires: Eudeba
- Giraldes, M., Penedo, E., Seco, M. y Zubeldia, U. (1998). La familia monoparental. *Zerbitzuan: Revista de servicios sociales*, N° 35, pp. 27-39. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2698833>
- Grández, P. (2006). Distinciones entre precedente vinculante y jurisprudencia constitucional. *Palestra del Tribunal Constitucional*, N° 10, pp. 419-429
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Ciudad de México: Trotta
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *ISONOMÍA*, N° 45, octubre 2015, pp. 11-48

- Gutiérrez, W. y Sosa, J.M. (2013). Igualdad ante la ley. *La Constitución comentada, Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica
- Häberle, P. (2016). *El Estado Constitucional*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
- Habermas, J. (2010). La idea de dignidad humana y la utopía realista de los Derechos Humanos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 44, pp. 105-121
- Hautebert, J. (2016). Registro Civil y secularización. Comparación entre Ecuador y Francia. *Ius Humani. Revista de Derecho*, Volumen 5, pp. 259-272. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5771478.pdf>
- Herrero-Brasas, J. (2001). *La sociedad gay: Una invisible minoría*. Madrid: Foca
- Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Highton, E. (2010). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En Bogdandy, A., Morales, M. y Ferrer, E. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?*, tomo I. (pp. 107-173). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Hiller, R. (2010). Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina. En M. Aldao y L. Clérico (Eds.). *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas* (pp. 81-124). Buenos Aires: Eudeba
- Hoyos, I. (1996). Los derechos humanos: expresión de la recuperación de la dignidad de la persona humana en una época de crisis. *Dikaion*, Volumen 5, pp. 94-128
- Hoyos, I. (2000). *La persona y sus derechos*. Bogotá: Editorial Themis
- Huerta, L. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, N° 11, pp. 307-334
- Kant, I. (2000). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Mare Nostrum Comunicación
- Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 15, pp. 249-300
- Kimou, A. (2014). La rebelión de Galbaud y la libertad general de los esclavos de Saint-Domingue (1793-1794). *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, N° 14. Recuperado de: <http://nuevomundo.revues.org/66356#tocto1n3>
- Landa, C. (2002). Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*, N° 7, julio-diciembre de 2002, pp. 109-138
- Landa, C. (2010). Los precedentes constitucionales: el caso del Perú. *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, N° 14, pp. 193-234
- Landa, C. (2018). *Derecho procesal constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP
- Landa, C. (2021). *Derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e identidad personal*. Lima: Palestra Editores, Fondo Editorial PUCP

- Lanusse, J. (2019). Dignidad y libertad en la Antigua Grecia. *Dios Y El Hombre*, Volumen 3, número 1. Recuperado de: <https://doi.org/10.24215/26182858e039>
- León Vásquez, J. (2021). *Derechos a la igualdad y no discriminación*. Lima: Palestra Editores, Fondo Editorial PUCP
- Liendo, F. (2015) La interpretación originalista de la Constitución según Antonin Scalia. ¿Es posible en el Derecho Continental? *Forseti Revista de Derecho*, N° 5, pp. 192-221
- Martín, M. (2016). Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 107, mayo-agosto de 2016, pp. 219-253
- Martínez, H. (2015). La familia: una visión interdisciplinaria. *Revista Médica Electrónica*, Volumen 37, N° 5, pp. 523-534. Universidad de Matanzas. Recuperado de: http://www.revmedicaelectronica.sld.cu/index.php/rme/article/view/1502/pdf_53
- Martínez, V. (2012). Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Volumen 46, N° 136, enero-abril de 2013, pp. 39-67
- Medina, G. (2001). *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores
- Mesía, C. (2004). *Derechos de la persona: dogmática constitucional*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú (2014). *Informe N° 05-2014-JUS/DGDH. Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR, que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo*. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/24F403AE5D6F527605257CFC0076AC23/\\$FILE/doc27032014-140153.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/24F403AE5D6F527605257CFC0076AC23/$FILE/doc27032014-140153.pdf)
- Naciones Unidas en Ecuador (2019). *ONU Ecuador saluda decisiones de la Corte Constitucional: los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. Recuperado de: <https://un.org.ec/onu-ecuador-saluda-decisiones-de-la-corte-constitucional-todos-los-seres-humanos-nacen-libres-e-iguales-en-dignidad-y-derechos/#more-15486>
- Naciones Unidas en Costa Rica (9 de enero de 2018). Naciones Unidas Costa Rica felicita el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su responsabilidad de reconocer los derechos. [Publicación de estado]. Facebook. Recuperado de: <https://www.facebook.com/nacionesunidascr/posts/naciones-unidas-costa-rica-felicita-el-pronunciamiento-de-la-corte-interamericana/2047925322108163/>
- Naciones Unidas en Honduras (2021). *La ONU manifiesta su preocupación por la aprobación de la reforma constitucional que impide el aborto y el matrimonio igualitario en Honduras*. Recuperado de: <https://honduras.un.org/es/108906-la-onu-manifiesta-su-preocupacion-por-la-aprobacion-de-la-reforma-constitucional-que-impide>
- Nash, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de*

- Derecho Constitucional Latinoamericano*, N° 19, pp. 489-509. Recuperado de: <https://www.kas.de/es/web/rspla/einzeltitel/-/content/anuario-de-derecho-constitucional-latinoamericano-20131>
- Navarro, L. (2013). Posiciones en contra y en favor de la adopción homoparental desde la sociología y la psicología. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. 2, N° 4, pp. 185-218.
- Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012). *Nacidos libres e iguales*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_sp.pdf
- Oliva, E. y Villa, V. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, Vol. 10, N° 1, pp. 11-20. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a02.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (2018). *Artículo 16: derecho al matrimonio y a fundar una familia*. Noticias ONU. Recuperado de: <https://news.un.org/es/story/2018/11/1447221>
- Organización Mundial de la Salud (1992). *Clasificación Internacional de las Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud*. Décima Revisión, Volumen 1. Recuperado de: <https://ais.paho.org/classifications/chapters/pdf/volume1.pdf>
- Orwell, G. (2000). *Rebelión en la granja*. Lima: Empresa Editora El Comercio
- Pazo, O. (2014). *Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica
- Pazo, O. (2015). La adopción de medidas afirmativas como una forma de manifestación del principio de igualdad. *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1, pp. 197-227
- Pelé, A. (2009). Modelos de la dignidad del ser humano en la Edad Media. *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, N° 21, junio de 2009, pp. 149-185
- Pérez, M. (2015). *Derecho de las familias*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. Universidad Nacional Autónoma de México
- Pinazo-Hernandis, S. y Lluna, J. (2011). Menores criados por sus abuelas. Mejora de las pautas de cuidado a menores en acogimiento familiar en familia extensa a través de un programa de intervención psicoeducativo. *Revista sobre la infancia y la adolescencia (REINAD)*. Universitat Politècnica de València, N° 1, pp. 14-34. Recuperado de: <http://ojs.upv.es/index.php/reinad/article/view/834/904>
- Pinto, M. (2004). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En Abregú, M. y Courtis, C. (Com.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, (pp. 163-171). Buenos Aires: Editores del Puerto
- Placeres, J., Olver, D., Rosero, G., Urgilés, R., Abdala-Jalil, S. (2017). La familia homoparental en la realidad y la diversidad familiar actual. *Revista Médica Electrónica*. Universidad de Matanzas, Vol. 39, N° 2, pp. 361-369. Recuperado de: <https://www.researchgate.net/publication/317513959> La familia homoparental en la realidad y la diversidad familiar actual

- Plácido, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *Derecho PUCP*, N° 71, pp. 77-108
- Plácido, A. (2014). El modelo del matrimonio constitucionalmente garantizado por el principio de promoción: el matrimonio igualitario y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse. *Themis Revista de Derecho*, N° 66, pp. 107-132
- Plácido, A. (2021). Los derechos a fundar una familia y a contraer matrimonio, con independencia de la orientación sexual. *Pólemos*. Recuperado de: <https://polemos.pe/los-derechos-a-fundar-una-familia-y-a-contraer-matrimonio-con-independencia-de-la-orientacion-sexual/>
- PROMSEX (2016). *Informe anual sobre Derechos Humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2015-2016*. Recuperado de: <https://promsex.org/wp-content/uploads/2016/07/InformeTLGB2015al2016.pdf>
- Quintero, J., Navarro, A. e Irina, M. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucional como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Vol. 3°, N°1, pp. 69-80. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767667>
- Racimo, F. (2015). El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, N° 2, pp. 88-155. Recuperado de: <https://revistasdigitales.udesa.edu.ar/index.php/revistajuridica/article/view/93/72>
- Ramírez Huaroto, B. (2016). El estado de cosas inconstitucional y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a las jurisprudencias colombiana y peruana. En Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (Ed.). *Anuario de Investigación del CICAJ 2015* (pp. 49-104). Lima, Perú: PUCP.
- Real Academia Española (2020). *Diccionario prehispanico del español jurídico*. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-contraer-matrimonio>
- Romero Herrera, J. (2021). *Derechos de libertad* [versión digital]. Lima: Palestra Editores, Fondo Editorial PUCP. Disponible en: <https://es.scribd.com/read/524455991/Derechos-de-libertad-Libertad-personal-libre-transito-residencia-y-reunion>
- Rubio, M., Eguiguren, F. y Bernal, E. (2011). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- Ruiz Molleda, J. (2009). Estado constitucional de derecho, democracia y descentralización. En INWENT (Org.), *Diálogo Regional: "Estado de Derecho en el marco de la Descentralización en los Países Andinos" 30-31 de marzo de 2009, Lima, Perú*, pp. 3-35. Recuperado de: <https://www.studocu.com/pe/document/universidad-tecnologica-del-peru/derecho-constitucional/estado-derecho-ponencias-lima/31123957>
- Sagüés, N.P. (2000). Del juez legal al juez constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 4, pp. 337-346

- Sagüés, N.P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
- Santana, E. (2014). Las claves interpretativas del derecho al libre desarrollo de la personalidad. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. N° 29, pp. 99-113
- Sar, O. (2012). La jurisdicción constitucional en el Perú y el control difuso por parte de los árbitros. En M. Castillo Freyre (Ed.), *Arbitraje y Constitución* (pp. 287-333). Lima: Palestra Editores.
- Siles Vallejos, A. (2010). *El amor prohibido: uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo en el Derecho Constitucional peruano*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX)
- Sosa, J.M. (2011). *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica
- Soto, M. (2019). *Los derechos fundamentales y la diversidad sexual* [Tesis para optar el grado académico de Magistra en Derecho Constitucional]. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Recuperado de: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/>
- Valdivia, C. (2008). La familia: concepto, cambios y nuevos modelos. *La Revue du REDIF* Universidad de Deusto, Vol. 1, pp. 15-22
- Valgañón, M. (2014). Estilo de funcionamiento de las familias de acogida y conducta adaptativa - autoconcepto de los niños, niñas y adolescentes bajo su cuidado. *Salud y sociedad*, Vol. 5, No. 2, pp. 156-169. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4945411.pdf>
- Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y uniones estables. Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica
- Vásquez, D. (2018). *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
- Vásquez, R. (2010). La técnica de declaración del “Estado de cosas Inconstitucional”: fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. *Ius et Veritas*, N° 41, pp. 128-147
- Villota, M. (2012). El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del estado social de derecho. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Vol. 42, N° 117, pp. 455-479
- Zavala, O. (2019). Activismo judicial del Tribunal Constitucional Peruano. Una introducción a su estudio: aspectos generales y algunos casos. *Derechos fundamentales a debate*, N° 9, pp. 95-116. Recuperado de: <https://vlex.com.mx/vid/activismo-judicial-tribunal-constitucional-847497464>
- Zelada, C. (2020). *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Una propuesta de reforma para un problema de antaño*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX). Disponible en: <https://promsex.org/publicaciones/opiniones-consultivas-corte-idh/>

Zelada, C. (2022). Mucho ruido por (casi) nada. En M-C. Fuchs, & M. C. Hennig Leal (Eds.), *Un análisis a partir del matrimonio civil igualitario* (pp. 345-382). (Activismo Judicial. Cómo deciden los tribunales constitucionales en América Latina, N° 1). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer

Estadísticas

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018). *Primera Encuesta Virtual para Personas LGTBI*. Recuperado de: <https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/lgbti.pdf>

Cancillería Federal de Suiza (2021). *Votation N° 647. Résultat officiel provisoire. Votation populaire du 26.09.2021. Modification du code civil suisse (Mariage pour tous)*. <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20210926/can647.html>

Ipsos Perú (2022). *Día del Orgullo 2022. Informe con las principales mediciones sobre las actitudes de los peruanos hacia las personas LGBTIQ+*. Recuperado de: https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2022-06/D%C3%ADa%20del%20orgullo%202022_V7.pdf

Jurisprudencia doméstica e internacional

Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres (2015). Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos recaída en el caso Obergefell vs. Hodges. *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1, pp. 525-573

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1994). Comunicación No. 488/1992. U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992. Caso Nicholas Toonen vs. Australia

Corte Constitucional de Colombia (1992). Sentencia T-222/92

Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia SU559/97

Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencia T-067/98

Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia T-435-02

Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-577/11

Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia T-129/11

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia SU214/16

Corte Constitucional de Ecuador (2019). Sentencia N° 11-18-CN/19

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984). Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Sentencia recaída en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Sentencia recaída en el caso Gelman vs. Uruguay

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Sentencia recaída en el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Sentencia recaída en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Sentencia recaída en el caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Opinión Consultiva OC-22/16. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Sentencia recaída en el caso Flor Freire vs. Ecuador
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Sentencia recaída en el caso Duque vs. Colombia
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Sentencia recaída en el caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú
- Corte Internacional de Justicia (2009). Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica Vs. Nicaragua). (Abello Galvis, R. y Caro Ferneynes, M., Trad.)
- Corte Suprema de Canadá (2004). Reference Re Sex Marriage
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2018). Resolución N° 12782-2018
- Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima (2019). Sentencia del 22 de marzo de 2019. Exp. N° 10776-2017-0-1801-JR-CI-11
- Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2009). Sentencia recaída en el Exp. 34292/0, caso Freyre Alejandro c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)
- Juzgado Letrado de Familia de 28° Turno (Montevideo) (2012). Resolución N° 1940 de 05/06/2012
- Séptimo Juzgado Constitucional de Lima (2016). Sentencia del 21 de diciembre de 2016. Exp. N° 22863-2012-0-801-JR-CI-08
- Sexto Juzgado Constitucional de Lima (2019). Sentencia del 1 de agosto de 2019. Exp. N° 20900-2015-0-1801-JR-CI-02
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2010). Acción de Inconstitucionalidad 2/2010
- Tribunal Constitucional del Perú (2002). Sentencia recaída en el Exp. N° 01124-2001-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2003). Sentencia recaída en el Exp. N° 00010-2002-AI/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2003). Sentencia recaída en el Exp. N° 00261-2003-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia recaída en el Exp. N° 00018-2003-AI/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia recaída en el Exp. N° 00023-2003-AI/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia recaída en el Exp. N° 02579-2003-HD/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia recaída en el Exp. N° 02868-2004-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia recaída en el Exp. N° 02945-2003-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Exp. N° 00024-2003-AI/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Exp. N° 00045-2004-PI/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Exp. N° 00048-2004-PI/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Exp. N° 01679-2005-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Exp. N° 03741-2004-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Exp. N° 04677-2004-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Exp. N° 05854-2005-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el Exp. N° 00004-2006-PI/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el Exp. N° 00025-2005-PI/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el Exp. N° 00030-2005-PI/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el Exp. N° 01211-2006-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el Exp. N° 01417-2005-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el Exp. N° 02273-2005-HC/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el Exp. N° 02730-2006-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2007). Sentencia recaída en el Exp. N° 09332-2006-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2008). Sentencia recaída en el Exp. N° 00579-2008-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2010). Sentencia recaída en el Exp. N° 05561-2007-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2010). Sentencia recaída en el Exp. N° 03426-2008-HC/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2011). Sentencia recaída en el Exp. N° 00032-2010-PI/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2011). Sentencia recaída en el Exp. N° 06111-2009-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2014). Sentencia recaída en el Exp. N° 00139-2013-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2014). Sentencia recaída en el Exp. N° 04293-2012-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2014). Sentencia recaída en el Exp. N° 04617-2012-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2015). Auto recaído en el Exp. N° 00013-2014-PI/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2016). Sentencia recaída en el Exp. N° 02744-2015-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2018). Sentencia recaída en el Exp. N° 00799-2014-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2018). Sentencia recaída en el Exp. N° 03958-2015-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (2020). Sentencia 676/2020

Tribunal Constitucional del Perú (2022). Sentencia 191/2022

Tribunal Constitucional de Portugal (2010). Acórdão N° 121/2010

Tribunal Constitucional de Sudáfrica (2005). Sentencia recaída en el Caso Minister Of Home Affairs vs. Fourie

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1986). Sentencia recaída en el caso Rees vs. Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2000). Sentencia recaída en el caso Salgueiro da Silva Moura vs. Portugal

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010). Sentencia recaída en el caso Schalk y Kopff vs. Austria

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2015). Sentencia recaída en el caso Oliari y otros vs. Italia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2016). Sentencia recaída en el caso Chapin et Charpentier vs. Francia

Normas

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2009)

Civil Union Act of South Africa: N° 17 of 2006 (2006)

Código Civil para el Distrito Federal de México (2020)

Código Civil peruano (1984)

Código de Justicia Militar (1980)

Constitución de Irlanda (2015)

Constitución de la República de Cuba (2019)

Constitución de la República Federal Socialista de Yugoslavia (1974)

Constitución de la República portuguesa (1976)

Constitución de Weimar (1919)

Constitución Española (1978)

Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 (1791)

Constitución Política de la República Peruana (1823)

Constitución para la República del Perú (1979)

Constitución Política del Perú (1993)

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)

Convención Europea de Derechos Humanos (1953)

Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas (2008)

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

Decreto Supremo N° 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1993)

Ley 156/2022 de Cuba “Código de las Familias” (2022)

Ley Fundamental de Bonn (1949)

Ley N° 19075 de Uruguay (2013)

Ley N° 2013-404 de Francia (2013)

Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (2004)

Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley N° 31307) (2021)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Principios de Yogyakarta (2007)

Proyecto de Ley N° 718/2016-CR, Proyecto de Ley que establece la Unión Civil (2016)

Proyecto de Ley N° 961/2016-CR, Proyecto de Ley de Matrimonio Civil Igualitario (2017)

Proyecto de Ley N° 2803/2022-CR, Proyecto de Ley que establece la Unión Civil (2022)

Resolución del Parlamento Europeo de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGTBIQ+ en la Unión Europea (2021)

