

EL CASO UGARTECHE VS. RENIEC: SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO)

THE CASE OF UGARTECHE V. RENIEC: ABOUT SAME-SEX MARRIAGE (PERUVIAN CONSTITUTIONAL TRIBUNAL)

JUAN ALONSO TELLO MENDOZA¹

RESUMEN: El presente trabajo argumenta que la decisión del Tribunal Constitucional adoptada en el caso *Ugarteche*, fue conforme a la vigente Constitución Política y a las obligaciones internacionales contraídas por el Perú. Para ello, analiza los argumentos vertidos en la sentencia, concluyendo que no corresponde al juez constitucional redefinir la institución matrimonial. En tal caso, tal atribución compete al legislador y/o el constituyente mediante una reforma constitucional.

Palabras clave: Matrimonio, Interpretación constitucional, Democracia, Estado de Derecho, Activismo judicial

ABSTRACT: This paper argues that the decision by the Constitutional Tribunal in *Ugarteche* was in accordance with the current Peruvian Constitution and Peru's international obligations. Of special interest are the arguments of the Court that it is not up to a constitutional adjudicator to redefine the institution of marriage because that attribution rests with the legislator or with the power to introduce a constitutional reform.

Keywords: Marriage, Constitutional interpretation, Democracy, Rule of Law, Judicial activism.

I. INTRODUCCIÓN

El 3 de noviembre de 2020 el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de amparo que pretendía inscribir en el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) el casamiento entre dos varones, uno peruano –de apellido Ugarteche– y otro mexicano, celebrado en 2010 en México D.F., lugar donde residen. En 2012, Ugarteche había acudido al RENIEC para solicitar la inscripción del matrimonio civil extranjero, cuestión que fue denegada en razón de, como señaló dicha entidad, la evidente imposibilidad de registrar actos no acordes con la legislación vigente, en tanto el art. 234 del Código Civil (también, CC) establece con claridad que el “matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”.

¹ Investigador postdoctoral en Derecho Constitucional por la Universidad de Princeton (*James Madison Program*) y la Universidad de Barcelona (Becario Margarita Salas). Dirección postal: Avenida Diagonal, 684, 08028 Barcelona-España. Edificio Nuevo. Oficina A204. Código ORCID: 0000-0003-3329-6525. Correo electrónico: juan.tellom@ub.edu.

Ante ello, Ugarteche interpuso una acción de amparo para tutelar, a su entender, la afectación a su derecho al matrimonio. En primera instancia, el Séptimo Juzgado Constitucional le dio la razón en 2017². Entre los argumentos principales, la jueza titular Saldaña sostuvo que el único motivo por el que no se había aceptado el registro correspondiente era la condición homosexual de la pareja, algo “altamente discriminatorio y contrario a nuestra Constitución”. No obstante, por vía de apelación ante la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, el RENIEC logró la anulación de todo lo actuado en 2018. Ello, en tanto la acción de amparo había sido presentada de forma extemporánea, es decir, fuera del plazo previsto desde notificada la última resolución administrativa de la entidad.

Tras este revés, Ugarteche presentó un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional en mayo de 2018, cuya audiencia pública se concretó al mes siguiente. El 3 de noviembre de 2020, finalmente, por mayoría de cuatro –Ferrero (F.), Miranda (M.), Blume (B.) y Sardón (S.); todos con votos separados– contra tres –Ramos (autor de la ponencia) y Ledesma (R&L), con voto conjunto, y Espinosa (E.)³–, se declaró improcedente la demanda. El presente artículo analiza por qué dicha decisión fue congruente con la Constitución Política peruana y las obligaciones internacionales contraídas.

II. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO

Salvo Miranda, que ciñó su improcedencia a la existencia de otra vía igualmente satisfactoria –art. 5.2 del Código Procesal Constitucional⁴–, la contencioso-administrativa; los demás magistrados de la mayoría manifestaron que, en atención al art. 5.1 del Código Procesal Constitucional⁵, dado que en el ordenamiento peruano no existe el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, tampoco existe un “contenido constitucionalmente protegido” que, en tal sentido, haya sido afectado. Ello pues, de una interpretación concordada de los arts. 4⁶ y 5⁷ CP no es posible comprender, sino, que el matrimonio es la

² Otros casos con resolución judicial favorable para la inscripción en RENIEC: *MARTINOT Y URBINA VS. RENIEC*, sentencia del Sexto Juzgado Constitucional de Lima (Expediente N° 20900-2015-0-1801-JR-CI-11), y *PAREDES Y GRACIA VS. RENIEC*, sentencia del Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima (Expediente N° 10776-2017-0-1801-JR-CI-11).

³ La autoría de cada uno de los apartados está marcada a pie de página con la sigla junto a la referencia de la reflexión.

⁴ Para el momento en el que se resolvió el caso *ÓSCAR UGARTECHE VS. RENIEC*, el Código Procesal Constitucional vigente era el dado por la Ley 28.237, del 31 de mayo de 2004. Actualmente, rige un nuevo Código Procesal Constitucional dado mediante la Ley 31.307, del 21 de mayo de 2021. En este artículo las referencias al Código Procesal Constitucional referirán, naturalmente, al primero.

⁵ CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Perú. Art. 5.1: No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Perú. Art. 4: La comunidad y el Estado (...) [t]ambién protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...).

⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Perú. Art. 5: La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

unión estable entre un hombre y una mujer, cuestión, además, conforme al art. 17.2⁸ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Ergo, el RENIEC procedió correctamente al aplicar el art. 234 CC y correspondía declarar improcedente la demanda.

Ramos y Ledesma consideraron que tal decisión dejaba “de lado una apertura al derecho internacional”, en tanto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) “han coincidido en señalar que es necesario brindar a estas uniones alguna fórmula de protección legal”⁹; más aún si, en la regulación matrimonial, la Constitución y el orden público internacional “no imponen que tales personas deban ser de distinto sexo”¹⁰. Por tanto, dirán, estos no “prohíben el matrimonio homosexual”¹¹. Por su parte, Espinosa apreció como “forzada” e “insostenible” aquella interpretación de los arts. 4 y 5 de la Constitución Política pues, según él, el matrimonio y el concubinato no son analogables, pero, incluso siéndolo, “estas fórmulas no pueden ser utilizadas para restringir el alcance de derechos o instituciones”¹². Añadió, además, que el juez constitucional debe “ser creativo en su labor interpretativa”, respetándose como parámetro el propio texto constitucional, lo que se infiera de este o de su lectura convencionalizada. En ese sentido, alegó que no existe una “consagración constitucional del matrimonio heterosexual”¹³.

Sin dejar de reconocer la labor jurídica de los magistrados en minoría, la posición más consecuente con nuestro ordenamiento constitucional y nuestras obligaciones internacionales fue la de la mayoría.

En primer lugar, porque sí existe una consagración constitucional del matrimonio –y de la unión de hecho– como la unión entre un hombre y una mujer. En tal caso, si aplicamos el mismo razonamiento de la minoría, aunque en sentido inverso, no existe en la Constitución norma alguna que contemple la posibilidad de que dos personas del mismo sexo mantengan una unión con efectos jurídicos legalmente reconocidos. En cambio, mientras el art. 4 de la Constitución Política prevé que la comunidad y el Estado “protegen a la familia y promueven el matrimonio”, en tanto “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”; el art. 5 de la Constitución Política añade que la “unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales”. Alegar que la ausencia de mención expresa de la condición hombre-mujer en el art. 4 de la Constitución Política supone una omisión en la configuración de la institución matrimonial, es incoherente con una interpretación unitaria, concordante e histórica de la Constitución peruana.

⁸ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Art. 17.2: Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia (...).

⁹ STC 676-2020 (2020) p. 13 (F).

¹⁰ RPP (2020a): Ledesma: “En ningún extremo del artículo 4 de la Constitución dice que el matrimonio debe ser entre hombre y mujer”.

¹¹ STC 676-2020 (2020) p. 108 (F).

¹² STC 676-2020 (2020) p. 47-49 (F).

¹³ STC 676-2020 (2020) p. 50 (F).

Es incongruente con una interpretación unitaria y concordante¹⁴ pues, si el matrimonio no requiriese la diferencia sexual de los contrayentes, sería arbitrario que el concubinato sí lo hiciese. Máxime, si esta última figura ha sido regulada en tanto imagen espejular¹⁵ del matrimonio, institución con la que comparte análogos propósitos. Como bien reconoció Chirinos Soto, uno de los padres de la de la Constitución Política, “el concubinato es matrimonio en todo, menos en el nombre”¹⁶. De allí a la exigencia de hallarse sin “impedimento matrimonial” para poder acceder a tal unión de hecho. Mas, si ambas figuras no fuesen análogas –siquiera en sus fines–, como ha afirmado Espinosa, con más razón, tampoco podría equipararse una unión entre personas del mismo sexo al matrimonio, pues sus diferencias son mayores que las que podrían existir entre este y el concubinato.

Ciertamente, según afirma este último magistrado, la analogía entre ambas figuras –matrimonio y concubinato– no puede ser utilizada para conculcar derechos o instituciones. Empero, tal afirmación, en el contexto dado, ya presupone la existencia de un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, cuestión que, justamente, está en debate. Por ende, abierta aún la controversia, tal tesis no puede erigirse –a sí misma y de antemano– como la posición válida. De lo contrario, caería en el típico razonamiento circular de una *petitio principii*, que anticipa en las premisas la conclusión que tiene por deber probar. Cuestión que, además, sustraería de la deliberación pública y de la aprobación democrática un asunto –el eventual matrimonio entre personas del mismo sexo– no previsto ni en la Constitución ni en los tratados ratificados por el Perú. Más aún, si tal deliberación y decisión, de darse, debe ser adoptada no tanto por una mayoría al interior de un tribunal¹⁷ –nacional o internacional–, sino por una mayoría al interior de un parlamento y/o sociedad, de haber actos refrendarios en este último caso.

Pero, además, tal argumento bajo análisis –aquél por el que la ausencia de mención explícita de la condición hombre-mujer en el art. 4 de la Constitución Política supondría una omisión en la configuración de la institución matrimonial– resulta incoherente con una interpretación histórica de la Constitución¹⁸. El matrimonio, de conformidad con la “Constitución histórica del Perú”¹⁹, ha estado siempre referido a la unión entre un hombre y una mujer, pues solo de esta unión es posible la procreación humana y, por ende, la perpetuación de la especie y organización social²⁰; de allí a su referencia como “instituto natural y fundamental”, y a la regulación de los derechos y deberes respecto de los hijos en el art. 6²¹ CP. Prueba de ello es que todas, absolutamente todas las constituciones del Perú

¹⁴ HAKANSSON (2009) p. 64.

¹⁵ GONZÁLEZ (2019) p. 112.

¹⁶ STC 676-2020 (2020) p. 14.

¹⁷ GARGARELLA (2013) p. 11.

¹⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (1998) pp. 352-390; PLÁCIDO (2005) pp. 347-358.

¹⁹ Aquel conjunto de principios y demás bienes jurídicos consolidados constitucionalmente a lo largo del tiempo, por haberse recogido y mantenido en diversas constituciones peruanas, contribuyendo así a perfilar su contenido. STC 0014-2002-AI/TC.

²⁰ DURÁN (2017) p. 78.

²¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Perú. Art. 6: (...). Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres (...).

que se han referido al matrimonio han sido interpretadas por los operadores jurídicos en el sentido de que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, no entre dos personas del mismo sexo.

En tal caso, los silencios en una disposición –de haberlos– no conforman necesarias habilitaciones del intérprete constitucional para dotar de contenido a la norma según su libre arbitrio. La acción interpretativa está limitada por los parámetros establecidos en el sistema de normas del cual forma parte una disposición. El art. 4 de la Constitución Política, por ejemplo, no señala expresamente que el matrimonio esté constreñido a dos personas y, sin embargo, nadie lo pone en duda, siendo además que ello no habilita su ampliación para quienes quisieran que sea de tres o más. Si esto aplica allí donde hay silencios, más aún donde no los hay, como en la regulación constitucional peruana del matrimonio. Negar esto, además de obligarnos a desconocer nuestro marco constitucional, nos conduciría al absurdo de crear artificialmente un silencio donde no lo hay o, peor aún, de exigir la imperativa explicitud de la diferencia sexual –so pena de hallarnos en la ignorancia–; esto último, un literalismo formalista mayor que aquel del que parece acusarse a los magistrados en mayoría²². Asimismo, no parece ser una práctica interpretativa consecuente que, respecto del art. 4 de la Constitución Política, se apele al respeto por el parámetro del texto para afirmar que allí no se consagra expresamente el matrimonio heterosexual²³, mientras que para interpretar el art. 17 CADH –que sí prevé explícitamente “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”–, se abandone tal criterio de literalidad solo para aseverar que ello “no descarta ni descalifica el reconocimiento y tutela de otros tipos de matrimonio”²⁴.

En segundo lugar, porque la postura en minoría omite dos cuestiones. La primera, de haber reales habilitaciones, es el legislador democrático o el constituyente y no el juez constitucional –salvo determinados casos²⁵– quien debe colmarlos mediante una ley y/o una reforma constitucional. Esto, debido a la representatividad y legitimidad democrática del legislador o constituyente, así como de su mejor posición para decidir en materia de naturales controversias sobre asuntos no previstos o configurados de un modo y no de otro en la Constitución. Ciertamente, la inherencia e inalienabilidad de los derechos podría situar a los altos tribunales en un mejor lugar para su determinación –que no creación–, frente al parlamento. Sin embargo, dejando de lado el carácter coyuntural de las mayorías que siempre permearán en la composición de uno u otro órgano, si un derecho tuviese –además– una dimensión institucional, un juez no podría ignorar o, peor aún, subvertir tal configuración jurídica concreta. Ello pues, en tal caso, la reformulación de dicha institución recae en los representantes de la población: el legislativo. Bien lo sintetizó el juez Roberts²⁶ en su voto disidente de la sentencia *Obergefell vs. Hodges*, donde la Corte Suprema de los E.E.U.U. estableció mediante una exigua mayoría de cinco contra cuatro magistrados el

²² STC 676-2020 (2020) p. 61 (E.).

²³ STC 676-2020 (2020) p. 50 (E.).

²⁴ STC 676-2020 (2020) p. 61 (E.).

²⁵ Véase una bien entendida aplicación de las sentencias “manipulativas” (STC 0030-2005-PI/TC, f. j. 61).

²⁶ *OBERGEFELL V. HODGE*, 576 U.S. 644 (2015) (Roberts. Dissenting opinion).

derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. En dicho voto, tras afirmar que “este Tribunal no es una Asamblea Legislativa”, agregó que el “derecho fundamental a casarse no incluye el derecho a cambiar la definición de matrimonio de un Estado. Y la decisión de un Estado de mantener el significado del matrimonio que se ha mantenido en todas las culturas a través de la historia humana difícilmente se puede llamar irracional.” Es decir, la crítica jurídica se centró no solo en el expolio al poder legislativo de aquella competencia para definir y regular el matrimonio –cuestión compartida por todos los jueces disidentes²⁷– sino también en la desatención de la dimensión institucional de esta figura.

Todo lo anterior hace aún mayor razón si consideramos que, en materias como estas, nos hallamos a menudo en círculos de penumbra (legítimas discrepancias) en lugar de razonables marcos de certeza (mínimo consenso sobre valores compartidos), donde el juez constitucional sí ha de pronunciarse²⁸. En definitiva, equiparar la ausencia de prohibiciones expresas con habilitaciones interpretativas tácitas en favor del juez constitucional, no solo se aparta de una razonable práctica exegética, sino que además genera un gran desconcierto, toda vez que la técnica de redacción constitucional e internacional utiliza el lenguaje prohibitivo solo de modo residual, p. e., en casos como la tortura (art. 2.24.h de la Constitución Política o 5.2 CADH). Así las cosas, conforma un enfoque de partida errado –cuando no antojadizo–, analizar si “el matrimonio entre personas del mismo sexo es una fórmula prohibida o que no pueda desprenderse de la Constitución”²⁹.

La segunda, “definir” implica “delimitar” contenidos³⁰ –y posibles interpretaciones–, por tanto, dejar de lado supuestos no coincidentes con la noción conceptualizada. De este modo, el matrimonio a nivel constitucional –y convencional– sí goza de un contenido específico³¹, el cual solo alcanza a las uniones estables entre un varón y una mujer. Recuérdese que, “no es primero (...) la palabra, a la que después la sociedad o el Derecho dan el contenido que parece conveniente, sino que primero es la realidad designada (la unión estable y comprometida entre hombre y mujer), y después la palabra (matrimonio) que la designa y la identifica frente a otras realidades diferentes”³². Así, resulta extraño que se evite esta pauta al desentrañar el ordenamiento constitucional peruano y, en su lugar, se acuda al derecho comparado para extraer como conclusión la “clara (...) tendencia” hacia el “matrimonio igualitario”. Más aún si, reconociéndose en la ponencia el carácter palmariamente minoritario de dicha “tendencia” –frente a la “contra-tendencia” matrimonial vigente–, deviene de pronto en imperativo su seguimiento porque así lo dispone la Corte IDH³³. Las tendencias, incluso de haberlas en este caso, no hacen Derecho. De hecho, lo único que podría concluirse en tal caso es la existencia de una diversidad de posiciones y la ausencia de un consenso consolidado sobre esta materia en el derecho comparado³⁴.

²⁷ DELGADO (2017) p. 354.

²⁸ BARRERO (2016) sec. 1.

²⁹ STC 676-2020 (2020) p. 86 (R&L).

³⁰ STC 676-2020 (2020) p. 15 (S.).

³¹ DUMET (2017) p. 239.

³² MARTÍNEZ y DE PABLO (2007) p. 39.

³³ STC 676-2020 (2020) pp. 86-95 (R&L).

³⁴ LANGFORD (2017) p. 134; UGARTE (2014) p. 29.

Finalmente, citándose a Konrad Hesse, se construye el argumento no ya del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución Política, sino de la Constitución conforme a la ley, –en orden a clarificar el contenido protegido de un derecho fundamental. Seguidamente, se aduce que tal principio aplica a la relación entre los arts. 2.2 de la Constitución Política –igualdad– y 37.1 del Código de Procedimiento Constitucional–orientación sexual–, extrayéndose como colofón la prohibición de discriminación por orientación sexual, en la que, consideran, se habría incurrido³⁵. Siendo así, no se comprende por qué se evita utilizar ese mismo razonamiento en la evidente relación entre los arts. 4 de la Constitución Política –matrimonio heterosexual implícito– y 236 del Código Civil–matrimonio heterosexual explícito–, siendo que este último “clarifica” el contenido protegido del primero. Pero, dejemos ahora esta notoria omisión, ¿hubo, realmente, discriminación?

III. DISCRIMINACIÓN E IMPOSICIÓN RELIGIOSA

Para la minoría sí. Ramos y Ledesma, considerando la doctrina de las categorías sospechosas³⁶, afirmaron que se discriminó por orientación sexual y, con ello, se obstaculizó el libre desarrollo de la personalidad³⁷. Espinosa, crítico de tal teoría, se decantó más bien por el test de igualdad del TEDH³⁸, arribando a una similar conclusión tras estimar la inexistencia de una justificación razonable o la mera presencia de fórmulas “paternalistas” y/o “perfeccionistas”³⁹. Sin embargo, dichas apreciaciones soslayan un aspecto crucial: determinadas uniones requieren un resguardo jurídico especial –matrimonio o unión de hecho– debido a una objetiva potencialidad procreativa y las consecuencias que de ello derivan⁴⁰. En tal sentido, no cabe calificar –sin más– como discriminatoria la aplicación del derecho vigente, asentada en una justificación razonable. Menospreciar este dato y, asumir o introducir en su reemplazo la categoría de “orientación sexual” como aquella base sobre la que habría actuado el RENIEC es, como mínimo, errado.

Desde una perspectiva individual, toda persona homosexual puede contraer matrimonio en las mismas condiciones y con los mismos sujetos con los que una persona heterosexual podría: con una mujer –si es varón– o con un varón –si es mujer. Ello es así porque el matrimonio está regulado en base al sexo de las personas, no en torno a su orientación sexual. Por tanto, la particular vivencia afectivo-sexual del contrayente es, *stricto sensu*, jurídicamente irrelevante para la celebración del acto. Un funcionario, por ende, no podría impedir su consecución debido a ello si se cumple la condición varón-mujer. Hacerlo, sí podría suponer un trato discriminatorio, pero no es el caso. En definitiva, introducir la orientación sexual, trastocaría la razón por la cual existe la regulación matrimonial, pues de ser una categoría ajena a su configuración, pasaría a diseñarla en función de ella. Aunque

³⁵ STC 676-2020 (2020) pp. 44-46 (R&L).

³⁶ STC 2317-2010-PA/TC, f. j. 32.

³⁷ STC 676-2020 (2020) p. 28; 42; 46; 55; 98.

³⁸ 1) Situaciones comparables; 2) Fin lícito en el trato diferenciado; y, 3) Medidas concretas –examen de racionalidad– y adecuadas –examen de proporcionalidad– para lograr dicho fin.

³⁹ STC 676-2020 (2020) pp. 25-25; 35.

⁴⁰ VALDIVIESO y ACOSTA (2019) p. 207.

los titulares del derecho no cambiarían (hombres/mujeres), sí lo harían las condiciones de ejercicio, pues: “Si antes era relevante el sexo de los contrayentes, con base en la complementariedad sexual, ahora deja de serlo: (...) se emplea un *no-requisito* (la orientación sexual) para suprimir lo que sí se concebía como presupuesto del matrimonio (el requisito del sexo y la diversidad sexual de los cónyuges)”⁴¹.

Desde una perspectiva más amplia, la unión estable entre un varón y una mujer, y aquella entre dos personas de igual sexo constituyen situaciones diferentes con resultados diferentes, por ello, el trato jurídico es diferente. El derecho a la igualdad ante la ley supone un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; es decir, a no ser tratados de manera distinta respecto de quienes se hallan en un escenario equivalente. *A contrario sensu*, cabe un tratamiento diferenciado, debiendo ser tal distinción objetiva y constitucionalmente razonable. Por ello, para el Tribunal Constitucional “el principio de igualdad no impide al operador del derecho determinar, entre las personas, distinciones que expresamente obedezcan a las diferencias que las mismas circunstancias prácticas establecen de manera indubitable”⁴². En tal caso, dirá el Tribunal Constitucional, constituye un “presupuesto inexorable para ingresar a evaluar” la eventual afectación del principio de igualdad “que se proponga un término de comparación (*tertium comparationis*) válido”, debiendo ser –necesariamente– las situaciones a comparar de “esencial identidad”⁴³.

En el caso, Ugarteche alegó discriminación, pero no aportó un *tertium comparationis* válido, toda vez que equiparó su situación jurídica (entre personas del mismo sexo) con el matrimonio constitucional peruano (entre personas de diferente sexo). Lo propio hubiese sido comparar su situación con otra análoga ya inscrita en RENIEC⁴⁴, pero no fue el caso. Así, de seguir el test de igualdad del TEDH propuesto por Espinosa, que exige como primer paso de análisis la existencia de un *tertium comparationis*, tendríamos que concluir que no nos encontrarnos siquiera ante situaciones comparables. Mientras que, de considerar –incluso– la doctrina de las categorías sospechosas propuesta por Ramos y Ledesma, que tiene como propósito invertir la carga de la prueba y/o elevar el estándar de justificación en la distinción realizada, tendríamos que concluir que no cabe responsabilizar al RENIEC por ceñir su conducta a Derecho al aplicar lo previsto en el art. 236 del Código Civil o por no haber aplicado un control difuso, ejercicio que no le corresponde en tanto entidad administrativa⁴⁵. En tal caso, el camino que tendría que recorrer la minoría pasaría, necesariamente, por cuestionar primero la constitucionalidad de dicha disposición legal por, según tal posición, vulnerar el principio de igualdad al reservar el matrimonio solo a la unión entre un varón y una mujer.

Así las cosas, resulta forzado aseverar que tenemos, sin más, una “discriminación” o, peor aún, un perfeccionismo moral cosificante⁴⁶, cuando no un arrebató apologetico

⁴¹ NANCLARES (2019) p. 283.

⁴² STC 0261-2003-AA/TC, f. j. 3.2.

⁴³ STC 0014-2007-PI/TC, f. j. 12.

⁴⁴ STC 676-2020 (2020) p. 6 (F).

⁴⁵ STC 4293-2012-PA/TC, f. j. 31-35.

⁴⁶ STC 676-2020 (2020) p. 52; 55 (R&L).

religioso. En efecto, parte de la minoría sugiere que el art. 4 Constitución Política no refiere a ninguna “forma matrimonial determinada por naturaleza” y que, aunque cualquiera puede, bajo su libertad de pensamiento y religión, creer que tal “determinismo existe, no puede pretender imponer coactivamente dicha perspectiva naturalista”, más aún si el Estado Constitucional no acoge una “perspectiva dogmática sobre el matrimonio en base a algún fundamento religioso o metafísico”. Así, de acuerdo con esta parte de la minoría, por “imperativo constitucional, (...) toda dogmática confesional (...) debe permanecer en el ámbito de la ética privada”, pues si “un servidor público o un juez no comprende la extraordinaria importancia de esta diferencia (...), so pretexto de aplicar el Derecho del Estado Constitucional”, lo utilizará “al servicio de sus propias creencias, cosificando a los seres humanos”⁴⁷.

Pero, salvo se pruebe que el RENIEC o los jueces de la mayoría utilizaron un argumentario confesional –cuestión que ni consta ni la minoría demuestra–, alegatos así⁴⁸ descubren, más bien, un prejuicio o estereotipo por el cual se considera no hallar racionalidad ni razonabilidad en una postura constitucional distinta, sino solo un ropaje jurídico que encubre meras posiciones religiosas y/o perfeccionistas. Constituye, además, un argumento *ad hominem*⁴⁹ –al presentar a sus contrarios como proclives a un fundamentalismo que les impide utilizar correctamente las reglas constitucionales–, cuando no una falacia ‘muñeco de paja’⁵⁰, al desfigurarse adrede los razonamientos dados por estos, de cara a hacerlos fácilmente refutables. De modo insólito, pese a la depuración confesional y moral exigida, se culmina citando a favor –como alegato *ad verecundiam*⁵¹– unas palabras del Papa Francisco –aclaradas posteriormente por la Secretaría de Estado Vaticano⁵²– y alleccionamiento a los “que profesan la religión católica” sobre cómo deben dejarse las preferencias personales “cuando se discuten cuestiones basadas en los derechos” (R&L, f. j. 133).

En suma, es la singular potencialidad de consecuencias socialmente relevantes en la unión entre un hombre y una mujer la que le hace acreedora de un régimen jurídico especial frente a cualquier otro tipo de situaciones. Una vez más, como en su momento lo llegó a afirmar la Corte Suprema de Canadá, si solo las parejas heterosexuales pueden procrear niños –siendo, generalmente, cuidados y nutridos en el seno de esa relación⁵³–, y, si con ello se perpetua la especie y la organización social; entonces, resulta razonable darles una

⁴⁷ STC 676-2020 (2020) pp. 102-106 (R&L).

⁴⁸ RPP (2020b): Ledesma: “Yo creo muchísimo en Dios, pero cuando yo ejerzo la labor del [TC], yo soy un juez para todos los ciudadanos del país, sean religiosos o no. Tenemos un instrumento que se llama Constitución y, por último, el Estado se ha proclamado un Estado laico. Entonces, cómo yo siendo una jueza para toda la población, voy a colocar en mi interpretación una ideología muy particular”.

⁴⁹ “Se llama así todo mal argumento que, en lugar de refutar las afirmaciones de un adversario, intenta descalificarlo personalmente”. GARCÍA (2011) p. 46.

⁵⁰ “Consiste esta falacia en deformar las tesis del contrincante para debilitar su posición y poder atacarla con ventaja”. GARCÍA (2011) p. 60.

⁵¹ “Falacia en la que, para intimidar al adversario, se apela a una autoridad que no está bien visto discutir”. GARCÍA (2011) p. 98.

⁵² GALLAGHER (2020) sec. única.

⁵³ *EGAN V. CANADA* (1995), 2 S.C.R. 513 at 536

protección especial reconociendo la posibilidad de que accedan a una institución social⁵⁴ como el matrimonio o que, al menos, configuren una unión de hecho; a diferencia de las parejas del mismo sexo que, al no poder procrear hijos, no generan esa obligación de particular protección. No se trata, por tanto, de una discriminación injusta ni de un “concepto religioso que una mayoría confesional quisiera imponer a los demás”⁵⁵. Cuestión distinta, como veremos, es que sea factible prever algún tipo de figura jurídica en resguardo de los intereses patrimoniales, asistenciales, etc., que cualquier otro tipo de uniones, legítimamente, podría tener.

IV. LA OPINIÓN CONSULTIVA 24/17

La posición en mayoría sostiene, por una parte, que el derecho adquirido bajo un ordenamiento extranjero goza de análoga eficacia siempre que “sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres”⁵⁶, y, por otra parte, que la Convención de Derecho Internacional Privado –tratado en vigor para el Perú– define que los “preceptos constitucionales son de orden internacional público” (art. 4). Siendo así, la mayoría concluye que la pretensión de Ugarteche no es atendible, en tanto colisiona no solo con el Código Civil, sino también con la Constitución Política, parámetro de ese “orden público internacional”. Se agrega que la OC-24/17 –en la que la Corte IDH pide a los Estados de la región legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo– no es vinculante, siendo su única fuerza la de generar convicción, propósito que no logra toda vez que desborda la solicitud hecha por Costa Rica y contraría a la propia CADH⁵⁷.

La minoría cree “desfasada” y hasta decimonónica aquella definición de orden público internacional (OPI), en tanto no consideraría el actual devenir del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), en particular, de la jurisprudencia de la Corte IDH o el TEDH⁵⁸. En dicha línea, aunque se reconoce que las opiniones consultivas no son preceptivas, se aduce que, en la medida en que desarrollan derechos contenidos en la CADH, deben “ser consideradas por las autoridades jurisdiccionales en la resolución de controversias”⁵⁹. Para Espinosa, en cambio, se tratan de pronunciamientos vinculantes y de “cumplimiento inmediato”, aclaración que realiza frente a otros pareceres que, según estima, son dados “seguramente por falta de información”⁶⁰.

No obstante, tales razonamientos de la minoría no solo confunden el concepto –sujeto a discusión– de OPI para el derecho internacional público con el concepto preciso de OPI para el derecho internacional privado –que es el que nos concierne–, sino que también objetan su noción concreta establecida en un tratado del que el Perú es parte. Ello,

⁵⁴ *MIRON V. TRUDEL* (1995), 2 S.C.R. 418

⁵⁵ STC 676-2020 (2020) p. 3 (E).

⁵⁶ CÓDIGO CIVIL, artículo 250.

⁵⁷ STC 676-2020 (2020) pp. 6-7 (E.); 11 (B.); 13-15 (S.).

⁵⁸ STC 676-2020 (2020) p. 64; 65; 73; 92; 114 (R&L); 43; 47 (E.).

⁵⁹ STC 676-2020 (2020) pp. 118-120 (R&L).

⁶⁰ STC 676-2020 (2020) p. 29; 63.

no en virtud de la denuncia de dicho tratado o de la existencia de otro instrumento que lo defina, sino porque, a criterio suyo, la vigente noción del OPI resulta “desfasada”. En su lugar, aducen que el OPI actual concibe como preceptivo el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para ello, interpretan como jurídicamente equivalentes distintas fuentes como los tratados, la jurisprudencia o los dictámenes⁶¹. Es decir, según la minoría, no solo tal conclusión sería la única posible, sino que, además, debería preferirse dicha definición de OPI asentada en un amplio terreno de inseguridad jurídica que entremezcla –sin reparo alguno– *hard law* y *soft law*. Pero, fuentes del Derecho tan desemejantes como los tratados, la jurisprudencia o los dictámenes no son equiparables, ni para el derecho internacional⁶² ni para el nacional.

Respecto a esto último, alegan algunos autores la equivalencia jurídica que comparan tanto el tratado como aquella doctrina que la interpreta, citando para ello a la 4ª Disposición Final y Transitoria⁶³ de la Constitución junto al art. V⁶⁴ del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁶⁵, o recordando al propio Tribunal Constitucional cuando refiere a la “vinculatoriedad” de la *ratio decidendi*⁶⁶ de las sentencias de la Corte IDH o, incluso, cuando este órgano constitucional alude a la –discutible– doctrina del control de convencionalidad⁶⁷ –figura que no abordaremos pues no fue utilizada por el Tribunal Constitucional en el caso Ugarteche. Pero, cuando la 4ª Disposición Final Transitoria de la Constitución refiere al principio de “interpretación conforme” de los derechos y libertades constitucionales con la DUDH, los tratados en materia análoga y las decisiones adoptadas por sus tribunales internacionales –esto último, por el art. V Título Preliminar del Código Procesal Constitucional–, no está estableciendo una subordinación jerárquica, una aplicación acrítica de toda fuente externa, o una igualación de la eficacia jurídica de los tratados y la doctrina que la interpreta –sea de un órgano jurisdiccional o no– sino solo un importante criterio hermenéutico de apertura al DIDH⁶⁸. De hecho, el Tribunal Constitucional ha aludido en su momento al ya citado art. 17 CADH y al art. 23⁶⁹ PIDCP, referidos a la familia y al matrimonio, para concluir que, haciendo “una comparación entre ambos ins-

⁶¹ STC 676-2020 (2020) p. 68 (R&L); 29; 43 (E.).

⁶² SHAW (2017) p. 70; CHINKIN (1989) p. 851; Art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁶³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Perú. 4ª Disposición Final y Transitoria: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la [DUDH] y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

⁶⁴ CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Perú. Art. V del Título Preliminar: El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos (...) deben interpretarse de conformidad con la [DUDH], los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

⁶⁵ STC 4587-2004-AA/TC, f. j. 44; STC 0217-2002-HC/TC, f. j. 2.

⁶⁶ STC 2730-2006-PA/TC, f. j. 12.

⁶⁷ STC 04617-2012-PA/TC, f. j. 5, 13 y 14.

⁶⁸ SAIZ (2011) p. 24.

⁶⁹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Art. 23: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia (...).

trumentos (...), el derecho a contraer matrimonio se somete al recaudo de que el hombre y la mujer tengan la edad requerida por las leyes internas”⁷⁰.

Si bien los tratados son de obligatorio cumplimiento debido al *pacta sunt servanda* (art. 26 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, CVDT) y por constituir parte del derecho nacional (art. 55 de la Constitución Política) –o, más aún, del bloque de constitucionalidad si refieren a derechos humanos⁷¹–, la doctrina que la interpreta no corre, necesariamente, inmediata ni análoga suerte. Por tanto, mal haríamos en querer actualizar la noción de OPI partiendo de una pretendida simbiosis entre, para nuestro caso, la CADH y la OC-24/17. El “principio de interpretación conforme” establecido en la 4ª Disposición Final Transitoria de la Constitución, por influencia del art. 10.2⁷² de la Constitución española, supone reconocer la decisiva relevancia del valor exegético de la doctrina –jurisprudencial o no– elaborada por el respectivo órgano de control de tratados –no haremos ahora diferencias sobre su carácter jurisdiccional o no– para la tutela de los derechos. Pero no supone su “traslación mimética”⁷³ o “deducibilidad lógica”⁷⁴ en el ámbito doméstico, pues ello atentaría, entre otros, contra la explícita remisión hacia el ordenamiento interno u otros tratados, cuando estos brinden una protección más favorable⁷⁵ (principio *pro homine*, art. 29.b CADH), contra la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución Política o, incluso, contra la democracia constitucional si se impide un razonable margen de apreciación nacional sobre la configuración de los derechos y libertades.

Respecto de esto último, si por democracia constitucional⁷⁶ comprendemos ese justo equilibrio entre el ‘principio democrático’ –mediante las instituciones de la democracia política (legislativa y ejecutiva)– y, los ‘límites de la política’ –mediante la norma constitucional y el control de constitucionalidad–, parece evidente que un trasplante irreflexivo de toda doctrina hermenéutica de procedencia internacional en el ámbito doméstico, no solo cercenaría las manifestaciones y deliberaciones propias de un sano ejercicio del principio democrático en materia de derechos y libertades, sino también relegaría –en determinados casos– a la Constitución Política a un segundo orden de prelación y relevaría al Tribunal Constitucional de su misión como supremo guardián de aquel marco constitucional por el que debe velar. En suma, una mala comprensión del principio de interpretación conforme horadaría una noción consolidada de democracia constitucional al interior de un Estado de Derecho.

En similar sentido, debe comprenderse lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre la “vinculatoriedad” de la jurisprudencia interamericana, esto es, siempre como pauta interpretativa de indispensable consideración, pero no como obligación de acatamiento dogmático y acrítico. Difícilmente, podría acogerse este último sentido pues, más allá de

⁷⁰ STC 03605-2005-AA/TC, f. j. 4.

⁷¹ STC 0025-2005-PI/TC, f. j. 33.

⁷² CONSTITUCIÓN POLÍTICA, España. Art. 10.2: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la [DUDH] y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁷³ STC español N° 119/2001, FJ. 6.

⁷⁴ SAIZ (2011) p. 35.

⁷⁵ CABALLERO (2009) p. 340.

⁷⁶ FIORAVANTI (2001) pp. 163-164.

la evidente aplicación del *distinguishing* de los hechos del caso, cabría apreciar las propias limitaciones que el Tribunal Constitucional establece a esa “vinculatoriedad” al ponderar el principio *pro homine*⁷⁷ y el margen de apreciación nacional⁷⁸, esto último, para que los tribunales apliquen “según estimen conveniente” la jurisprudencia de la Corte IDH. Tal pauta, además, no diferiría de similares soluciones adoptadas, al respecto, por otros altos tribunales de la región, se trate de México –“siempre y cuando sea más favorable para la persona”⁷⁹–, Argentina –“imprescindible pauta de interpretación”⁸⁰–, Colombia –“criterio hermenéutico relevante”⁸¹– o Uruguay –“si bien está fuera de toda discusión que la Corte [IDH] es la intérprete última de la C[ADH] –naturalmente en el ámbito de sus competencias– tampoco puede desconocerse que la intérprete última de la Constitución (...) del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia”⁸².

Insistir en una perspectiva maximalista que presente al Tribunal Constitucional como el órgano que ya zanjó el asunto estableciendo un idéntico valor jurídico tanto para el tratado como para la doctrina que la interpreta, conllevaría a cuestionar la propia autoridad del Tribunal Constitucional. Esto, no tanto por el solo valor de doctrina constitucional⁸³ –no de precedente constitucional, art. VII⁸⁴ del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional– de tales criterios sobre la “vinculatoriedad”, sino más bien porque es del todo discutible que el Tribunal Constitucional sea el órgano competente⁸⁵ para tomar tal decisión. Máxime, si dicha jurisprudencia interamericana resultaría también imperativa –no solo orientativa– cuando el Perú no ha sido parte de un caso⁸⁶ y si tal grado de eficacia jurídica no le fue conferido ni en la CADH, ni en la Constitución Política. Dicho de otro modo, desde una perspectiva constitucional, no podría pregonarse una “vinculatoriedad” en el sentido de acatamiento obligatorio toda vez que, de haber discordancia material o

⁷⁷ STC 2730-2006-PA/TC, f. j. 15. Actualmente, el nuevo CPC añade lo que hasta hace poco era solo desarrollado por la jurisprudencia constitucional, esto es, la consideración del principio *pro homine*. Véase: Código Procesal Constitucional peruano de 2021 (vigente). Artículo VIII del Título Preliminar: *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 (Destacado añadido).

⁷⁸ STC 04617-2012-PA/TC, f. j. 14.

⁷⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Abril de 2014, tesis P.J. 21/2014. P. 204-205.

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA. Sentencia de 14 de junio de 2005. Expediente 1767. XXXVIII. Considerando N° 17.

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-500/14 de 16 de julio de 2014. Expediente D-9958, apartado 8.3.

⁸² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY. Caso 20/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 22 de febrero de 2013. Considerando III.a

⁸³ HAKANSSON (2009) p. 72.

⁸⁴ CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Perú. Art. VII del Título Preliminar: 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 (...).

⁸⁵ VIO (2018) pp. 212-213.

⁸⁶ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Art. 68.1: Los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

axiológica, prevalecería la norma constitucional directamente estatuida –la Constitución– frente a la norma constitucional adscripta de origen convencional⁸⁷ –la jurisprudencia interamericana, por ejemplo.

A lo anterior, se suma una importante aclaración: ni siquiera las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional sobre la “vinculatoriedad” se refieren a las opiniones consultivas. Y es que, aunque desde 2014 la Corte IDH haya intentado, sin contar con la competencia para ello⁸⁸, convertirlas en preceptivas al incluirlas como parámetro de convencionalidad⁸⁹, lo cierto es que no obligan⁹⁰. Estas, como reconoció la Corte IDH desde sus orígenes, “por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”⁹¹. Ello pues, en dicho ámbito, la Corte IDH solo “cumple una función asesora”⁹². En tal caso, “tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”⁹³. De allí que el juez Vio Grossi haya aseverado que la OC-24/17 no es vinculante ni para los Estados Parte ni para los otros miembros de la OEA, “por lo que no procede que ordene la adopción de alguna conducta (...). La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte [IDH] no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien convencer”⁹⁴. Pero es justo lo que no logra la OC-24/17: convencer.

En definitiva, ni la propia ponencia reclama la obligatoriedad de la OC-24/17, pero sí su “necesaria revisión”⁹⁵, cuestión que realiza la mayoría para, seguidamente, tomar distancia por las razones ya expuestas. No podría ser de otra manera si, además, consideramos las razonadas críticas que la OC-24/17 generó al pretender implantar una privativa visión de los derechos humanos, desdeñando su previa jurisprudencia procesal y utilizando injustificadamente instrumentos ajenos al caso⁹⁶. Si el activismo judicial resulta profundamente antidemocrático en sede constitucional, con más razón en sede internacional, donde ni siquiera existen los contrapesos institucionales previstos en el marco de un Estado de Derecho. En efecto, rebasando sus competencias (actos *ultra vires*⁹⁷) y apoyándose en una insostenible interpretación evolutiva⁹⁸, la Corte IDH concluyó que el art. 17 CADH, que “reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”, incluye en adelante la obligación internacional de garantizar el matrimonio para las uniones entre personas del mismo sexo. Con ello, trasladó un nuevo mandato a los Estados que, de no cumplirse, podría devenir en una responsabilidad internacional.

⁸⁷ CASTILLO (2019) pp. 39-40.

⁸⁸ VÍTOLO (2020) pp. 193-205.

⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-21/14, párr. 31; OC-22/16, párr. 26; OC-23/17, párr. 28; OC-24/17, párr. 223; OC-25/18, párr. 58.

⁹⁰ GUEVARA (2012) pp. 315-322.

⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-1/82, párr. 51; OC-2/82, párr. 32.

⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-3/83, párr. 32.

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-15/97, párr. 26.

⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-24/17. Voto parcialmente disidente de Vio, párrs. 10-12.

⁹⁵ STC 676-2020 (2020) p. 119.

⁹⁶ PAÚL (2019) pp. 209-212 y 217-225.

⁹⁷ VÍTOLO (2020) pp. 193-194.

⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-24/17. Voto parcialmente disidente de Vio, párrs. 93-96.

Si bien es viable alegar una razonable exégesis evolutiva de los tratados, ello no debe significar el desprecio por otros métodos interpretativos y, peor aún, la pretensión de hacer hablar al texto allí donde guarda silencio, donde deliberadamente excluye un supuesto o donde lo regula en sentido contrario. Ello sería tan grave como subvertir la noción de las palabras⁹⁹, pues conviene recordar que, en principio, los tratados son fruto de intensas negociaciones y acuerdos de buena fe entre los Estados, donde lo “no explicitado” suele ser en ocasiones condición para la suscripción del instrumento¹⁰⁰. Las palabras no significan lo que una minoría pretende, sino lo que socialmente se comprende por ella. Si bien es verdad que, con el tiempo, las nociones pueden ir cambiando, también es cierto que ello no queda a total discreción del intérprete, pues ha de someterse a razonables parámetros de aceptabilidad. Así, entre otros, querer colegir la interpretación evolutiva con el principio *pro homine* (art. 29.b CADH) para obtener como resultado una lectura “no restrictiva” –sino amplia– del art. 17 CADH, de modo tal que también queden comprendidas las uniones del mismo sexo¹⁰¹, supone una grave manipulación por parte de la Corte IDH. Si el art. 29.b CADH prevé que dicho tratado no pueda ser interpretado en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención”, para llegar a la conclusión bajo análisis, tendría que existir –previamente– un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento local o en otra convención ratificada.

Ello, sin embargo, no es así, y mal se hace en tergiversar ciertas nociones para lograr la creación de un nuevo derecho o la ampliación del contenido de la CADH, sin contar para ello con la discusión o aceptación por los Estados parte. Todo ello, conlleva –además– a restar credibilidad a la jurisdicción de la Corte IDH y a comprometer al propio SIDH, del cual ha sido pieza importante hasta la fecha¹⁰². Ciertamente, si ya desconcierta que el proceder de la Corte IDH eluda el procedimiento previsto en la CADH para reconocer nuevos derechos¹⁰³ o introducir enmiendas¹⁰⁴, genera aún más suspicacia que la conclusión obtenida sea solo sostenible desde una singular perspectiva evolutiva, no desde las consolidadas reglas de interpretación del art. 31 de la CVDT¹⁰⁵. Asimismo, que dicha conclusión sea la más radical entre las adoptadas, hasta la fecha, por comparables órganos de derecho

⁹⁹ NÚÑEZ (2009) pp. 512-514.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ (2014), p. 380; NÚÑEZ (2012) pp. 512-514.

¹⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-24/17, párr. 218.

¹⁰² Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Muñoz Díaz vs. España*. Voto particular de Myjer. Sec. única.

¹⁰³ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Art. 31: Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

¹⁰⁴ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Art. 76: 1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del secretario general, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención (...).

¹⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-24/17. Voto parcialmente disidente de Vio, párrs. 84-92.

internacional. En efecto, a diferencia de la Corte IDH, ni el TEDH¹⁰⁶ ni el TJUE¹⁰⁷ ni la Comisión de Venecia¹⁰⁸ han pretendido instaurar como obligación estatal la equiparación del matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo.

La Comisión de Venecia¹⁰⁹, p. e., al emitir en 2017 una opinión sobre el proyecto de enmienda del art. 30 de la Constitución de Georgia —que reserva el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer—, señaló que, si este no incluyese a las parejas del mismo sexo, al ser Georgia parte del sistema europeo de derechos humanos, debía al menos otorgarles alguna especie de cobertura legal. El TJUE, por su parte, si bien señaló en 2018 que, en el marco de la libertad de circulación y residencia previsto para los Estados miembros de la Unión Europea, debía permitirse la residencia en Rumanía a un ciudadano no comunitario casado en Bélgica con un nacional rumano del mismo sexo, también afirmó que tal reconocimiento era solo a efectos de no lesionar el derecho de residencia, toda vez que los Estados miembros gozan de libertad para contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo. Finalmente, en cuanto al TEDH, la propia ponencia reconoce —como es verdad¹¹⁰— que este órgano jurisdiccional, si bien deja el asunto a decisión de cada Estado, sin dejar de abogar por algún tipo de mecanismo que reconozca los vínculos formados entre las personas del mismo sexo, no les ordena regularlos como matrimonio¹¹¹. Pero incluso si lo hiciese o tal materia fuese parte de un consenso europeo —que no lo es—, ello no sería jurídicamente vinculante para los Estados fuera de dicha región. Así mal haría la Corte IDH en importar y trasplantar supuestos consensos de otros sistemas, desconociendo los propios en el sistema interamericano¹¹².

En tal caso, si atendiésemos a la argumentación de fondo, bien podría tratarse de otro tipo de figura jurídica. De allí que sea reprochable que los magistrados en minoría, tras citar al TEDH, presenten la equiparación al matrimonio como la única modalidad posible. En tal caso si bien existen soluciones jurídicas alternas a casi todas las demandas —patrimoniales o no— que suelen presentarse en este ámbito, también es verdad que, por vía parlamentaria, podría crearse algún tipo de regulación para las personas que, por las circunstancias que fueren, guarden algún tipo de convivencia, de modo tal que encuentren cobijo jurídico en aquellos aspectos no cubiertos por la legislación existente o, incluso, en los ya cubiertos por esta. Más, si así fuese, esta figura no tendría por qué estar restringida

¹⁰⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Schalk y Kopf v. Austria*, párrs. 58-63, 108; *Gas y Dubois v. Francia*, párr. 66; *Hämäläinen v. Finlandia*, párr. 96; *Oliari y otros v. Italia*, párr. 192-194; *Chapin y Charpentier v. Francia*, párr. 33-51; *Orlandi y otros v. Italia*, párr. 192.

¹⁰⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *Coman y otros v. Rumanía*, párrs. 37-45; *K.B. v National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, párr. 55; *V.M.A. v. stolichna obshtina, rayon “Pan-charevo”*, párr. 51-52.

¹⁰⁸ COMISIÓN DE VENECIA: *Georgia. Opinion on the draft revised constitution*, párrs. 59-63.

¹⁰⁹ La ‘Comisión Europea para la Democracia por el Derecho’, más conocida como ‘Comisión de Venecia’, es un órgano consultivo del Consejo de Europa que tiene por finalidad asesorar jurídicamente a los Estados miembro —u otros Estados participantes— en materias de democracia, derechos humanos y Estado de Derecho.

¹¹⁰ NANCLARES (2019) pp. 283-285.

¹¹¹ *STC 676-2020 (2020)* p. 114-116 (R&L).

¹¹² VALDIVIA (2019) p. 62.

solo a las uniones entre personas del mismo sexo, sino abierta a cualquiera que quisiera acceder a tales beneficios jurídicos¹¹³. Volveremos sobre este asunto.

V. UN LLAMADO AL ACTIVISMO JUDICIAL

Como se sabe, la ponencia postuló una nueva definición de matrimonio “como la unión fundada en el amor de pareja, el respeto y la solidaridad”¹¹⁴, acogiendo con ello la tesis revisionista centrada en el ámbito afectivo-sexual¹¹⁵, cuando estos –aunque deseables– escapan de la regulación jurídica¹¹⁶. Si el alegado “amor” –imposible de verificar– fuese el fundamento de la regulación matrimonial, aunque se pretendan negar las consecuencias que de ello derivan¹¹⁷, no cabría –por arbitraria, invasiva y discriminatoria– establecer como restricción que tal figura esté constreñida solo a dos personas. Ello nos obligaría a reflexionar sobre la regulación de la poligamia. Y aunque la ponencia –tratando de evitar esta posibilidad– aduzca que la poligamia no encuentra respaldo en el derecho local o internacional, lo cierto es que sí encuentra respaldo en el derecho comparado. Mientras la ponencia consideró pertinente buscar apoyo argumentativo en el derecho comparado mediante la experiencia de los poco más de treinta países que regulan de uno u otro modo las uniones entre personas del mismo sexo, al mismo tiempo, omitió el hecho de que más de cuarenta países en el mundo conciben la poligamia como fórmula matrimonial¹¹⁸.

Más allá de ello, lo importante a retener es que, de validarse la tesis revisionista, devendría en jurídicamente sustentable una venidera demanda que exija ampliar los beneficios matrimoniales a tres o más personas toda vez que el alegado “amor, respeto y solidaridad” sean el motivo de tal unión. Sin embargo, incluso de aceptarse dicho escenario, tal modificación no es de competencia del Tribunal Constitucional, un poder constituido, sino del poder constituyente, el pueblo, y/o de sus representantes, el parlamento. No sorprenden así las críticas por estarse “implantando en el Perú el matrimonio homosexual, pese a la Constitución”, en tanto, “pretendiendo hacer las veces de “legislador” (...) da una nueva definición de matrimonio”¹¹⁹. En efecto, hubiese bastado un voto más en favor de la minoría para que, excluyéndose al parlamento y a la propia ciudadanía, el Tribunal Constitucional hubiese impuesto en el país esta figura, sin deliberación pública, sin reforma constitucional y sin disponer con las competencias para ello, *ergo*, sobreponiéndose a la misma Constitución y usurpando, una vez más, al propio constituyente, según el art. 45 de la Constitución Política.

Prueba de ello se da cuando la minoría, abriéndose al análisis comparado, obvia la sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 2020¹²⁰ y prefiere como paradigma a se-

¹¹³ STC 676-2020 (2020) p. 8 (F); 111-112 (B).

¹¹⁴ STC 676-2020 (2020) p. 100 (R&L).

¹¹⁵ GIRGIS, GEORGE y ANDERSON (2012) p. 246.

¹¹⁶ D'AGOSTINO (1991) p. 136.

¹¹⁷ STC 676-2020 (2020) p. 128 (R&L).

¹¹⁸ CASILLAS (2014) sec. única.

¹¹⁹ STC 676-2020 (2020) p. 7 (F).

¹²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 7774-2019. FJ. 23-26, 32.

guir la cuestionada¹²¹ sentencia, reflejo de un activismo judicial¹²², de la Corte Constitucional ecuatoriana de 2019¹²³.

La primera sentencia, que aborda un caso análogo, respeta la decisión del legislador chileno –al que no le corresponde sustituir, según afirma– cuando prevé a la institución matrimonial solo como la unión entre un hombre y una mujer, no siendo equiparable con las uniones entre personas del mismo sexo y no habiendo discriminación alguna en ello. La segunda sentencia, en cambio, pese a la explícita reserva varón-mujer que el art. 67 de la Constitución ecuatoriana hace del matrimonio y, pese también, a la ya prevista unión civil para personas del mismo sexo de entonces, asevera que dicha lectura constitucional es restrictiva y discriminatoria. Por ello, hace uso del control de convencionalidad, la Opinión Consultiva (OC) 24/17 y una interpretación evolutiva para, en adelante, comprender como incorporadas en la regulación del matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo. Todo ello, prescindiendo de la imperativa reforma constitucional que, en tal caso, se requería. En resumidas cuentas, mientras la primera sentencia reafirmó en Chile un criterio ya establecido en 2011, por el cual el Tribunal Constitucional se reconoce incompetente “para modificar y regular las instituciones [*la matrimonial*] que contempla el ordenamiento jurídico (...)”¹²⁴, toda vez que dicha facultad es propia del legislador¹²⁵; la segunda sentencia consideró competente a la Corte Constitucional ecuatoriana para, según los criterios de justicia material de la mayoría de magistrados, sortear la necesaria reforma constitucional que el asunto ameritaba.

Otra muestra se avizora cuando se reprocha a la mayoría del Tribunal Constitucional que, ni siquiera, haya reconocido el “matrimonio igualitario de Ugarteche”, en tanto ello no obligaría al Estado a instaurarlo, sino solo a validar “un acto jurídico celebrado en el extranjero”¹²⁶. Sin embargo, el resultado sería idéntico, solo que de modo indirecto pues, seguidamente, casos análogos exigirían un mismo trato, siendo discriminatorio –aquí sí– desatender a sus reclamos. Además, se crearía un artificial supuesto de discriminación económica toda vez que sería plausible alegar que no todos pueden permitirse acudir al extranjero a contraer nupcias y retornar luego al país para iniciar su proceso de reconocimiento, siendo imperativo instaurar tal figura en el ordenamiento peruano.

Incluso si nos ubicásemos en el supuesto de que los valores que dieron sustento a la actual configuración matrimonial hubiesen variado, correspondería seguir el procedimiento acorde a Derecho previsto para una modificación de tal magnitud: la reforma constitucio-

¹²¹ MARCHECO (2020) p. 192 y ss.

¹²² ATIENZA (2013) sec. única.

¹²³ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia N° 11-18-CN/19. FJ. 127-128, 291-295; STC 676-2020 (2020) p. 90 (R&L); 59; 63 (E.).

¹²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 1881-2010. FJ. 9.

¹²⁵ Véase, p. e., la ley aprobada por el parlamento chileno en diciembre de 2021, en el sentido de permitir la realización de matrimonios entre las personas del mismo sexo.

¹²⁶ STC 676-2020 (2020) p. 127 (R&L); 65 (E.).

nal, según lo establecido en el art. 206¹²⁷ de la Constitución Política¹²⁸. Pero nunca una interpretación evolutiva en su reemplazo, más aún si con ella se pretende hacer decir a la norma algo contrario a lo que, realmente, dispone¹²⁹. Es decir, no bastaría tampoco una mera ley que, p. e., modifique el art. 234 del Código Civil pues, al tratarse el matrimonio de un instituto jurídico constitucionalmente garantizado, es preciso respetar su contenido esencial. Tal como afirmó en su momento el Tribunal Constitucional, “ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en este sentido, no puede equipararse a los propios del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido”¹³⁰. Si esto es así para el legislador, también –y, con mayor razón– para el juez constitucional.

La Constitución como tal, debemos recordarlo, tuvo entre sus propósitos originarios limitar el poder, no solo el de una mayoría desbocada o el de un gobernante arbitrario, sino también el de un juez activista¹³¹. Desconocer o evitar, por tanto, la necesidad de dicho recorrido, mediante una interpretación mutativa por adición, al no contarse con las mayorías parlamentarias –ni sociales– para lograr una reforma en tal sentido, supondría un expolio democrático difícil de aceptar. Ello pues a través de un fuerte activismo judicial que excede la propia noción de las denominadas sentencias “manipulativas”¹³², se replicarían más, determinadas nociones personales de justicia de los jueces de turno, que la noción de justicia expresada por el constituyente en la Norma Suprema. Así, coincidiendo con Peces-Barba¹³³, “una extraordinaria dimensión de este judicialismo patológico produce [...] una politización de la acción de los jueces sin legitimidad democrática”, lo cual ya “ha producido excesos, [e] (...) incluso modificaciones de las Constituciones por los propios tribunales constitucionales”. De allí que sea necesario mantener los controles sobre el Poder y tomar distancia de aquel ‘constitucionalismo líquido’¹³⁴ que aprecia el Derecho como “arcilla o plastilina en manos del intérprete, que puede hacerle decir lo que en cada momento estime oportuno”¹³⁵.

Además de antidemocrático, sería contrario al principio de corrección funcional¹³⁶ sustentado en la separación de poderes¹³⁷ (Art. 43¹³⁸ de la Constitución Política) en un Estado Constitucional de Derecho. Ciertamente, apoyándose en una particular perspectiva del “constitucionalismo de los derechos” o de un “rol tuitivo” hacedor, se intenta justificar

¹²⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Perú. Art. 206: Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum (...).

¹²⁸ STC 676-2020 (2020) p. 17-18 (S.).

¹²⁹ STC español N° 198/2012. Voto particular de Aragón, f. j. 2.

¹³⁰ STC 2868-2004-AA/TC, f. j. 13.

¹³¹ DUMET (2017) p. 239.

¹³² STC 0030-2005-PI/TC, f. j. 61.

¹³³ PECES-BARBA (2003) p. 485.

¹³⁴ VILLAVARDE (2018) p. 34 y ss.

¹³⁵ MARTÍNEZ y DE PABLO (2007) p. 13.

¹³⁶ STC 5854-2005-PA/TC, F. J. 12.

¹³⁷ HAKANSSON (2009) p. 65.

¹³⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Perú. Art. 43: La República del Perú es democrática (...). Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

un activismo aduciendo que “el juez(a) constitucional no puede contagiarse de la mora o el silencio de otros intérpretes vinculantes de la Constitución”, que el “Congreso [continúa] guardando silencio”¹³⁹ o que el “Estado peruano, simplemente, *ha decidido no decidir* sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo”¹⁴⁰. Pero, tales afirmaciones son manifiestamente falsas. Desde 1993, se han presentado al menos unos ocho proyectos de ley¹⁴¹ –sin contar con las dos iniciativas en trámite– para, de alguna manera, regular las uniones entre personas del mismo sexo, pero nunca han prosperado, sea por abandono legislativo o por frontal rechazo –constituyendo ambos un claro mensaje. *A minori ad maius*, si ni siquiera estas propuestas fueron acogidas, menos aún una que pretenda la equiparación plena con el matrimonio o que evite el foro parlamentario para lograr la causa por otras vías. No ha habido omisión o silencio, sino una respuesta determinante: No.

Cuestión distinta es que tal resultado no haya sido de agrado y se intente, mediante el litigio estratégico, ganar más una causa política que una concreta situación de presunto agravio¹⁴², tomando atajos que eviten la deliberación parlamentaria. Tal proceder horada las reglas de la participación democrática en la adopción de decisiones controvertidas de gran envergadura, donde, naturalmente, existen plurales posiciones –jurídicas, políticas, axiológicas, etc. –, que merecen ser dialogadas y puestas a prueba al interior de la sociedad, pero no impuestas. De allí que el ex magistrado constitucional Álvarez haya aseverado sobre la sentencia de primera instancia que, si las normas vigentes gozan de presunción de constitucionalidad hasta ser derogadas, entonces, “no correspondía a la referida jueza determinar cuándo una norma, como nuestro Código Civil, debe ser incumplida”, pues “debe ser un foro de representación democrática nacional –como el Poder Legislativo– el que decida, luego de una profunda deliberación, la incorporación de modificaciones a instituciones jurídicas tan fundamentales”¹⁴³.

Ahora bien, retomando lo referido a la regulación para las unidades de convivencia distintas al matrimonio o concubinato, el respeto por las diversas manifestaciones de la libertad no supone un inmediato correlato de relevancia social que haga meritoria su promoción por el Derecho mediante la previsión de determinadas consecuencias jurídicas¹⁴⁴. La unión estable entre un hombre y una mujer, según hemos visto, satisface con creces las razones socialmente provechosas por las cuales el Estado y la sociedad deben procurar su apoyo y protección. Mas, si valoramos positivo crear alguna figura jurídica adicional en respuesta a un legítimo interés por resguardar relaciones interpersonales de compromiso, solidaridad o apoyo mutuo, que permita sustanciar aspectos patrimoniales, prestacionales, entre otros, con base en el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, etc., no parece haber razón jurídica suficiente para restringir dicha regulación solo a las parejas del mismo

¹³⁹ STC 676-2020 (2020) pp. 56-59; 61; 65 (E.).

¹⁴⁰ STC 676-2020 (2020) p. 19 (R&L).

¹⁴¹ VALDIVIA (2019) pp. 52-53.

¹⁴² LA REPÚBLICA (2020): Ugarteche: “A mí no me importa en qué dirección fallen, lo que quiero es que fallen. Quiero que se hagan personas de bien (...) Si nos dan la razón, todos los peruanos seríamos iguales ante la ley. Se sienta un precedente que se puede aplicar en el resto del mundo”.

¹⁴³ ÁLVAREZ (2017) pp. 209-210.

¹⁴⁴ NANCLARES (2019) pp. 298-309.

sexo, pues ello supondría privilegiar relaciones de índole sexual en detrimento de otras en las que dicho factor no está presente, cuestión, por lo demás, arbitraria¹⁴⁵ y discriminatoria. Tampoco parece haber motivo para discriminar a quienes no quieran circunscribir sus fórmulas de convivencia solo a dos personas¹⁴⁶.

En efecto, no queda claro cuál sería el interés social y estatal por el que habría que reconocer jurídicamente a proyectos de vida en común de tipo sexualizado, en base al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, pero al mismo tiempo excluir a otros proyectos de vida en común no-sexualizados, sustentados también en una legítima opción personal manifestativa de tal libertad. Por coherencia, si debido a los alegados derechos o valores resulta exigible hoy prever algún tipo de cobertura jurídica para las uniones entre personas del mismo sexo, se debe otorgar también “reconocimiento y protección a toda forma de convivencia libre, voluntaria, comprometida y en régimen de igualdad que constituya el proyecto de vida en común y el marco de desarrollo personal de sus integrantes, con independencia de quiénes sean y de cuántos sean estos. Y ello porque se trataría de fórmulas de vida acordes a esos valores constitucionales, manifestativas del libre ejercicio de los derechos descritos y de suyo no incompatibles con un orden público familiar que también parece haber evolucionado”¹⁴⁷.

VI. CONCLUSIONES

En democracia, resulta azaroso dar por justas determinadas causas –por legítimas que fueran– y, seguidamente, querer eximir las del debate parlamentario y de los mecanismos pre-establecidos para la toma de decisiones en un Estado Constitucional de Derecho, incluida, por supuesto, la reforma constitucional. Además, comporta presentar como conclusión *a priori* lo que, justamente, está por discutirse y decidirse: la justicia de dicha causa. Esto, a no ser que, como ha sucedido en el Perú, ya se hayan discutido, archivado y/o abandonados proyectos de ley en tal sentido. Con todo, de cara a no horadar la institucionalidad de los *checks and balances*¹⁴⁸ y la democracia constitucional, es siempre mejor la vía deliberativa institucional en asuntos novedosos –cuando no ajenos– al techo axiológico constitucional, frente a aquella vía que –imponiéndose al resto– procura –o concede– atajos judiciales para ganar pretensiones de considerable envergadura que, de otra manera, no lograría. De esta manera, si una “interpretación, por evolutiva que sea, no puede considerarse sinónimo de reforma o cambio”¹⁴⁹, constituye una buena noticia que la mayoría del Tribunal Constitucional no haya condescendido a reformar la Constitución por vía interpretativa.

¹⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Burden v. Reino Unido*. Opinión disidente de Zupan i, sec. única.

¹⁴⁶ OLLERO (2013) pp. 76-78.

¹⁴⁷ NANCLARES (2019) pp. 308-309.

¹⁴⁸ STC 3760-2004-AA/TC, f. j. 23-24.

¹⁴⁹ STC español N° 198/2012. Voto particular de Ollero, f. j. 5.

Si atendemos a la supremacía –o, a la preferencia¹⁵⁰, protagonismo¹⁵¹ o primacía¹⁵²– que corresponde al Parlamento en el marco de un Estado Constitucional de Derecho¹⁵³, entonces, el juez es también es un actor que se ubica al interior de la compleja estructura institucional que asegura la distribución del poder político. La misión del juez constitucional consiste en velar por el cumplimiento de la Constitución Política –empezando por él mismo– en los términos previstos por el constituyente. No consiste, por tanto, en ganar batallas¹⁵⁴ o en ser un buscavidas jurídico tras la caza de “oportunidades”¹⁵⁵ históricas, ambos horizontes, más propicios –quizás– para un abogado de parte, pero no para un juez. Dicha misión, en suma, tampoco consiste en restringir la voluntad política de los ciudadanos¹⁵⁶ y, menos aún, en reemplazar al legislador en materias no incluidas en la Constitución Política. En todo Estado de Derecho deben respetarse siempre los mecanismos democráticos pre-establecidos. Esto pues, como señala uno de los jueces de la mayoría, tal y como está diseñada nuestra Constitución, pretender equiparar el matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo e 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”¹⁵⁷.

Dicho ello, quizás, la pregunta nuclear en este asunto resida en saber si existe o no una estructura sustancial en la figura matrimonial. Si respondemos afirmativamente, a continuación, habrá que presentar una justificación. Este trabajo lo ha hecho, considerando también supuestos de distinto cauce, pero análogos propósitos –la unión de hecho, por ejemplo–, y reconociendo que, finalmente, es heredero de la vasta historia y/o regulación civil, constitucional e internacional que refiere al matrimonio. Si respondemos negativamente, o arguyendo como nueva tesis una finalidad afectivo-sexual –solidaria, libre, voluntaria, igualitaria, entre otros–, valiosas todas ellas, por supuesto, pero desplazando y negando con ello, al fin de cuentas, una estructura inherente varón-mujer, entonces, paradójicamente, dicha postura incurriría en discriminación, toda vez que pregonararía beneficios cuasi o directamente matrimoniales solo para parejas conformadas entre personas del mismo sexo, excluyendo así y sin mayor fundamento a otros modelos de convivencia –sexuales o no– que, aunque quisieran, no encontrarían atención jurídica.

¹⁵⁰ BÖCKENFÖRDE (1993) p. 130.

¹⁵¹ GÓMEZ (2019) p. 74.

¹⁵² BUSTAMANTE (2018) p. 33.

¹⁵³ COMISIÓN DE VENECIA (2016), párr. 49.

¹⁵⁴ CARETAS (2020): Espinosa: “Se ha perdido una batalla, pero no se ha perdido la guerra. Creo que es cuestión de tiempo que encontremos el reconocimiento de casos como este a pesar del fallo del Tribunal Constitucional”. CARETAS, Espinoza: “Los Estados que han aceptado la competencia de la Corte no pueden poner trabas para la protección de los matrimonios igualitarios”.

¹⁵⁵ RPP (2020b): Ledesma: “el Tribunal ha perdido la gran oportunidad de afirmar el principio de igualdad que debe regir en nuestro país (...)”; EFE (2021): Ledesma: “(no) pasará a la historia cuando tuvo la oportunidad de afirmar el no trato discriminatorio por opción sexual”.

¹⁵⁶ HERNANDO (2019) p. 165.

¹⁵⁷ STC 676-2020 (2020) p. 18 (S.).

En suma, resulta de vital importancia el debate en el plano jurídico y, finalmente, en el de las ideas en estos asuntos. Quererlo evitar sustrayéndolo del espacio que le corresponde en un Estado Constitucional de Derecho, el parlamento, no solo merma –aún más– la salud de nuestra delicada estabilidad democrática e institucional, sino también desprolija a los propios ciudadanos de la genuina atribución de la que gozan para configurar política, jurídica y socialmente el espacio en el que han de vivir. Desdibujar el escenario presentando a quienes no comparten similares convicciones constitucionales como partícipes de un fundamentalismo anti-derechos, no contribuye al clima de respeto y buena fe necesarios para un diálogo en estas materias, más aún si aquellos calificativos provienen desde los propios magistrados en minoría. Pueden y deben encontrarse soluciones jurídicas de amplia acogida a aquellos legítimos intereses que buscan proteger a las distintas unidades de convivencia, pero para ello no es necesario ni propicio desfigurar la regulación matrimonial. El matrimonio nos favorece jurídica y socialmente a todos, su redefinición, no. Pese a ello, si se insistiese en redefinir la figura, deben al menos respetarse las reglas de juego propias de una democracia constitucional en un Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto (2017): “Opinión: Matrimonio homosexual en un registro civil”, *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 111: pp. 209-210.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2013): “Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo”, *ElUniverso.com*. Disponible en: <https://bly/39akTDE>. Fecha de consulta: 9/2/2021.
- BARRERO ORTEGA, Abraham (2016): “¿Quién debe dirimir las cuestiones socialmente controvertidas? A propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, vol. 13, N° 26, sección 1.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst (1993): *Escritos sobre derechos fundamentales* (Baden, Nomos).
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2018): “El Estado de Derecho: Problemas, perspectivas, contenido y modelos”, *Vox Juris*, vol. 36, N° 2: pp. 21-36.
- CABALLERO OCHOA, José (2009): *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España* (México D.F., Porrúa).
- CARETAS (2020): “Espinoza: ‘Los Estados que han aceptado la competencia de la Corte no pueden poner trabas para la protección de los matrimonios igualitarios’”, Disponible en: <https://bit.ly/3iqjgEP>. Fecha de consulta: 9/2/2021.
- CASILLAS, Daniel (2014): “Estos son los 47 países donde es legal la poligamia”, Disponible en: <https://bit.ly/2LZF2DE>. Fecha de consulta: 9/2/2021.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2019): “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 17, N° 2: pp. 15-52.
- CHINKIN, Christine (1989): “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, N° 4: pp. 850-866.

- COMISIÓN DE VENECIA, “Criterios de Verificación del Estado de Derecho (CDL-AD (2016)007rev), adoptados en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016)”, Estrasburgo, 2016.
- COMISIÓN DE VENECIA, “Georgia. Opinion on the draft revised constitution (Opinion 876/2017 - CDL-AD (2017)013), adopted on the 111th plenary session (16-17 June 2017)”, Estrasburgo, 2017.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1998): “Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional. Pleno-1993 (Diario de Debates)” (Lima, tomo I, Congreso de la República del Perú).
- D’AGOSTINO, Francesco (1991): *Elementos para una filosofía de la familia* (Madrid, Rialp).
- DELGADO, David (2017): “Obergefell contra Hodges: La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista de Derecho Político*, N° 99: pp. 325-356.
- DUMET, David (2017): “Caso Ugarteche vs. RENIEC”, *Gaceta Constitucional*, tomo 110: pp. 237-242.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón (2017): “El matrimonio y las uniones homosexuales ante el principio de no discriminación (aporía jurídica española)”, en *La familia: naturaleza y régimen jurídico en el siglo XXI* (Chiclayo, USAT) pp. 75-100.
- E.F.E. (2021): “Presidenta del TC: Perú afronta ‘ejercicio perverso de la actividad política’”, Disponible en: <https://bit.ly/39cKFXJ>. Fecha de consulta: 9/2/2021.
- FIORAVANTI, Maurizio (2001): *Constitución: de la antigüedad a nuestros días* (Madrid, Trotta).
- GALLAGHER, Delia (2020): “El Vaticano aclara los comentarios que hizo el papa sobre las uniones civiles entre homosexuales”, Disponible en: <https://cnn.it/3pp4PUe>. Fecha de consulta: 8/2/2021.
- GARCÍA DAMBORENEA, Ricardo (2011): “Diccionario de falacias”, Disponible en: <https://bit.ly/3706QPi>. Fecha de consulta: 8/2/2021.
- GARGARELLA, Roberto (2013): “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, en *Human Rights: Theoretical possibilities and practical challenges*, Universidad de Yale. Disponible en: <https://bit.ly/2S6sD3j>. Fecha de consulta: 20/4/2020.
- GIRGIS, Sherif; GEORGE, Robert; ANDERSON, Ryan (2012): “What is Marriage?”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 34, N° 1: pp. 245-287.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel (2019): “La obsolescencia de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 115: pp. 47-79.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Maricela (2019): “Matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿un derecho fundamental o una tergiversación de derechos?”, en TELLO, Juan y ZUTA, Erika (coords.), *¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo* (Lima, Themis) pp. 109-134.
- GUEVARA, Augusto (2012): *Los dictámenes consultivos de la corte interamericana de derechos humanos. Interpretación constitucional y Convencional* (Barcelona, J. M. Bosch).

- HAKANSSON-NIETO, Carlos (2009): “Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación”, *Dikaion*, vol. 23, N° 18: pp. 55-77.
- HERNANDO NIETO, Eduardo, “Equiparación del matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo: una crítica”, en TELLO, Juan y ZUTA, Erika (coords.), *¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo* (Lima, Themis) pp. 157-174.
- LA REPÚBLICA (2020): “Oscar Ugarteche: “Doscientos años después de la independencia, el país se está desintegrando”, Disponible en: <https://bit.ly/3hXD6ai>. Fecha de consulta: 9/2/2021.
- LANGFORD, Malcolm (2017): “Same-sex marriage in polarized times: revisiting *Joslin v New Zealand* (HRC)”, en BREMS, Eva y DESMET, Ellen (edits.), *Integrated Human Rights in Practice. Rewriting Human Rights Decisions* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing) pp. 119-144.
- MARCHECO ACUÑA, Benjamín (2020): “El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 119: pp. 185-206.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos y DE PABLO, Pedro (2007): *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo* (Madrid, Rialp).
- MARTÍNEZ ESTAY, José (2014): “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y su desarrollo”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, N° 1: pp. 365-396.
- NANCLARES VALLE, Javier, “El matrimonio y la familia ante la reforma del Derecho Civil peruano”, en TELLO, Juan y ZUTA, Erika (coords.), *¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo* (Lima, Themis) pp. 283-318.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2009): “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 32: pp. 487-529.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en ACOSTA, Paola y NÚÑEZ, Manuel (edits.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales* (México D.F., UNAM).
- OLLERO TASSARA, Andrés (2013): “No discriminación y nuevos derechos. Las relaciones homosexuales ante el Tribunal Constitucional”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, vol. 90: pp. 259-312.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro (2018): “Cuatro extendidos desaciertos de la Corte Interamericana que se observan en su Opinión Consultiva N° 24”, *Anuario de Derecho Público 2018*: pp. 203-226.
- PECES-BARBA, Gregorio (2003): “Parlamento, libertad civil y democracia”, en FUENTES, Eduardo y MARTÍN, José (edits.), *De las cortes históricas a los parlamentos democráticos: Castilla y León, s. XII-XXI* (Madrid, Dykinson) pp. 475-487.

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex (2005): “Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio. Artículo 4”, en GUTIÉRREZ, Walter (dir.), *La Constitución comentada* (Lima, Gaceta Jurídica, tomo I) pp. 347-391.
- RPP (2020a): “Ledesma: ‘En ningún extremo del artículo 4 de la Constitución dice que el matrimonio debe ser entre hombre y mujer’”, Disponible en: <https://bit.ly/3naiInO>. Fecha de consulta: 8 de febrero de 2021.
- RPP (2020b): “Ledesma: ‘TC ha perdido la gran oportunidad de afirmar el principio de igualdad que debe regir en el país’”, Disponible en <https://bit.ly/3993xqu>. Fecha de consulta: 9/02/2021.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2011): “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 2 N° 1: pp. 20-42.
- SHAW, Malcolm (2008): *International Law* (UK, CUP, 6ª ed.).
- SHAW, Malcolm (2017): *International Law* (UK, CUP, 8ª ed.).
- UGARTE MOSTAJO, Daniel (2014): *La garantía institucional del matrimonio en la Constitución de 1993. La heterosexualidad como rasgo esencial de la institución matrimonial* (Lima, Palestra).
- VALDIVIA AGUILAR, Trilce, “Rule of Love: ¿Es el reconocimiento legal de las uniones entre personas del mismo sexo una obligación del Estado Peruano en materia de Derechos Humanos?”, en TELLO, Juan y ZUTA, Erika (coords.), *¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo* (Lima, Themis) pp. 51-85.
- VALDIVIESO LÓPEZ, Erika y ACOSTA YPARRAGUIRRE, Eduardo, “La univocidad jurídica y carácter excluyente del matrimonio”, en TELLO, Juan y ZUTA, Erika (coords.), *¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo* (Lima, Themis) pp. 205-250.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio (2018) “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI”, *Revista da AJURIS*, vol. 45, N° 144: pp. 529-556.
- VIO GROSSI, Eduardo (2018): “La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 2, N° 2: pp. 200-214.
- VÍTOLO, Alfredo (2020) “El valor de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de las OC-21/14 y 23/17”, *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, N° 1: pp. 187-217.

NORMAS Y OTROS INSTRUMENTOS CITADOS

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESPAÑA (29/12/1978).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERÚ (30/12/1993).
- CÓDIGO CIVIL PERUANO (25/7/1984).
- CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ (31/5/2004).
- ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (26/6/1945).
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (16/12/1966).

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (23/5/1969).

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22/11/1969).

JURISPRUDENCIA CITADA

ARGENTINA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Sentencia de 14 de junio de 2005. Expediente 1767. XXXVIII.

Canadá

EGAN v. CANADA (1995), 2 S.C.R. 513

MIRON v. TRUDEL (1995), 2 S.C.R. 418

COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-500/14 de 16 de julio de 2014. Expediente D-9958.

ESPAÑA

STC 119/2001

STC 198/2012

ESTADOS UNIDOS

OBBERGFELL v. HODGE, 576 U.S. 644 (2015)

MÉXICO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Abril de 2014, tesis P.J. 21/2014.

PERÚ

STC 0014-2002-AI/TC

STC 0217-2002-HC/TC

STC 0261-2003-AA/TC

STC 2868-2004-AA/TC

STC 3760-2004-AA/TC

STC 4587-2004-AA/TC

STC 0025-2005-PI/TC

STC 0030-2005-PI/TC

STC 3605-2005-AA/TC

STC 5854-2005-PA/TC

STC 2730-2006-PA/TC

STC 0014-2007-PI/TC

STC 2317-2010-PA/TC

STC 4293-2012-PA/TC

STC 4617-2012-PA/TC

STC 676-2020-PA/TC

URUGUAY:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Caso 20/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 22 de febrero de 2013

CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH

“OTROS TRATADOS” OBJETO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE (1982): OC-1/82, Serie A N° 1.

EL EFECTO DE LAS RESERVAS SOBRE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1982): OC-2/82, Serie A N° 2.

RESTRICCIONES A LA PENA DE MUERTE (1983): OC-3/83, Serie A N° 3.

INFORMES DE LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997): OC-15/97, Serie A N° 15.

DERECHOS Y GARANTIAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACION Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCION INTERNACIONAL (2014): OC-21/14, Serie A N° 21.

TITULARIDAD DE DERECHOS DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2016): OC-22/16, Serie A N° 22.

MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS (2017): OC-23/17, Serie A N° 23.

IDENTIDAD DE GENERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION A PAREJAS DEL MISMO SEXO. OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACION CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GENERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VINCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (2017): OC-24/17, Serie A N° 24.

LA INSTITUCION DEL ASILO Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION (2018): OC-25/18, Serie A N° 25.

CORTE EUROPEA DE DD.HH.:

BURDEN v. REINO UNIDO (2008). N° 13378/05, 24 de abril de 2008.

MUÑOZ DÍAZ vs. ESPAÑA (2009). N° 49151/07, 8 de diciembre de 2009.

SCHALK Y KOPF v. AUSTRIA (2010). N° 30141/04, 24 de junio de 2010.

GAS Y DUBOIS v. FRANCIA (2012). N° 25951/07, 15 de marzo de 2012.

HÄMÄLÄINEN v. FINLANDIA (2014). N° 37359/09, 16 de julio de 2014.

OLIARI Y OTROS v. ITALIA (2015). N° 18766/11 36030/11, 21 de julio de 2015.

CHAPIN Y CHARPENTIER v. FRANCIA (2016). N° 40183/07, 9 de junio de 2016.

ORLANDI Y OTROS v. ITALIA (2017). N° 26431/12 26742/12 44057/12 60088/12, 14 de diciembre de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

K.B. v NATIONAL HEALTH SERVICE PENSIONS AGENCY AND SECRETARY OF STATE FOR HEALTH, Sentencia de 7 de enero de 2004. Asunto C-117/01.

COMAN Y OTROS v. RUMANIA, Sentencia de 5 de junio de 2017. Asunto C-673/16.

V.M.A. v. STOLICHNA OBSHTINA, RAYON “PANCHAREVO”, Sentencia de 14 de diciembre de 2021. Asunto C-490/20.