

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL  
PERÚ**  
**FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y  
Constitucionalismo en América Latina

La importancia de la aplicación del control judicial de  
constitucionalidad para el reconocimiento del matrimonio  
igualitario en el Perú

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en  
Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina

**Autora:**

*Katherine Lisseth Ortiz Cornejo*

**Asesor:**

*José Enrique Sotomayor Trelles*

**Lima, 2023**

## Informe de Similitud

Yo, JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del trabajo académico titulado “**La importancia de la aplicación del control judicial de constitucionalidad para el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú**”, de la autora KATHERINE LISSETH ORTIZ CORNEJO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 25%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05/12/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 22 de febrero del 2024

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: SOTOMAYOR TRELLES, JOSÉ ENRIQUE	
DNI: 45486817	Firma: 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0002-1155-0249">https://orcid.org/0000-0002-1155-0249</a>	

## **RESUMEN**

Como bien es sabido, la población LGBTIQ+ ha sido histórica y estructuralmente discriminada en nuestro país. Por tal motivo, la presente investigación surgió como respuesta a las recientes sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú (casos Óscar Ugarteche, Andree Martinot y Susel Paredes) y la falta de deliberación parlamentaria sobre dicha materia. Razón por la cual, se tiene como objetivo respaldar la teoría de que el Tribunal Constitucional se encuentra facultado para realizar un control fuerte de constitucionalidad —mas aún si se encuentra frente a una población en especial situación de vulnerabilidad—, el cual permita el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú.

De ahí que, a través del presente trabajo académico, se propone realizar un análisis de las diferentes estrategias jurídicas empleadas por las Cortes Constitucionales del derecho comparado (Estados Unidos, Colombia y Ecuador), respecto del reconocimiento del matrimonio igualitario. Así como, un estudio que contraste las sentencias emitidas por el Poder Judicial —en primera instancia— y el Tribunal Constitucional, correspondiente a la referida materia. Finalmente, se expondrán cada uno de los argumentos por los cuales, la autora considera que no resulta aplicable la tesis waldroniana —contraria al control judicial o *judicial review*— en el caso peruano.

### **Palabras clave**

*Matrimonio igualitario, control judicial, justicia constitucional dialógica, tribunal constitucional peruano, jurisprudencia comparada*

## **ABSTRACT**

As is well known, the LGBTIQ+ population has been historically and structurally discriminated against in our country. For this reason, this investigation arose in response to the recent rulings issued by the Constitutional Court on the recognition of equal marriage in Peru (Óscar Ugarteche, Andree Martinot and Susel Paredes cases) and the lack of parliamentary deliberation on said matter. For this reason, the objective is to support the theory that the Constitutional Court is empowered to carry out a strong control of constitutionality—even more so if it is faced with a population in a particularly vulnerable situation— which allows the recognition of the equal marriage in Peru.

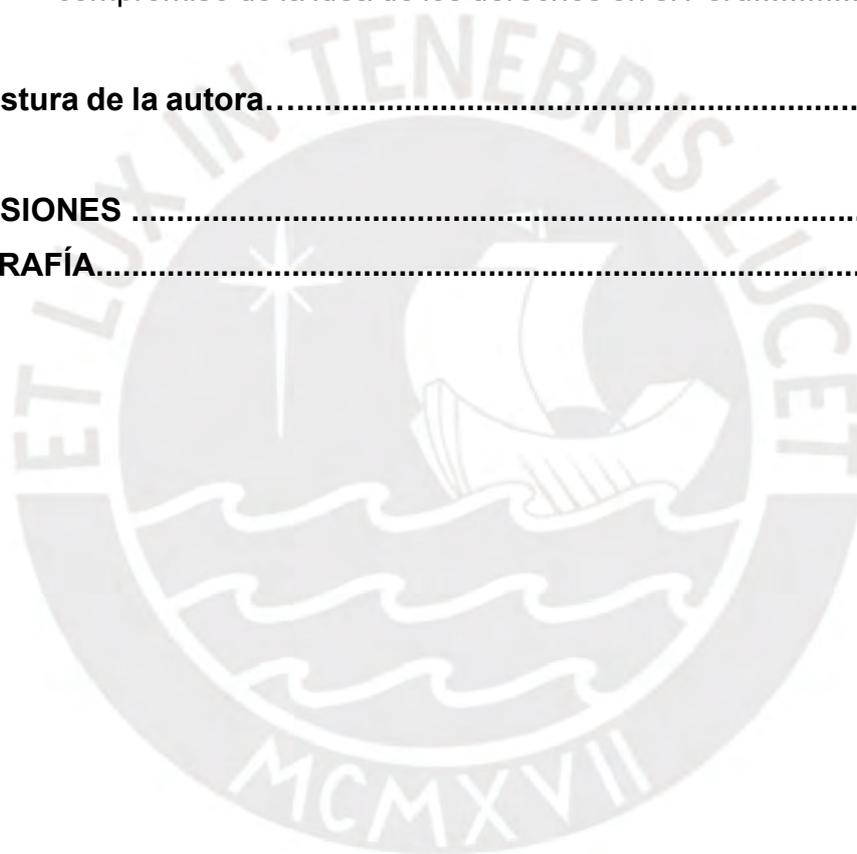
Hence, through this academic work, it is proposed to carry out an analysis of the different legal strategies used by the Constitutional Courts of comparative law (United States, Colombia and Ecuador), regarding the recognition of equal marriage. As well as, a study that contrasts the sentences issued by the Judiciary—in the first instance—and the Constitutional Court, corresponding to the aforementioned matter. Finally, each of the arguments will be presented for which the author considers that the Waldronian thesis—contrary to judicial review—is not applicable in the Peruvian case.

### **Keywords**

*Equal marriage, judicial review, dialogical constitutional justice, peruvian constitutional court, comparative jurisprudence*

<b>TABLA DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>2</b>
<b>1. Marco Teórico.....</b>	<b>4</b>
<b>2. La justicia dialógica y el control fuerte de constitucionalidad: estrategias judiciales utilizadas por países de Latinoamérica y EE. UU. para reconocer el matrimonio igualitario.....</b>	<b>6</b>
2.1 El matrimonio igualitario según la Corte Suprema de Estados Unidos.....	7
2.1.1 ¿Cuál fue la estrategia que utilizó la Corte Suprema Norteamericana para reconocer el matrimonio igualitario?.....	9
2.2 El matrimonio igualitario según la Corte Constitucional Colombia....	11
2.2.1 ¿Cuál fue la estrategia de la Corte Constitucional Colombiana para reconocer el matrimonio igualitario?.....	13
2.3 El matrimonio igualitario según la Corte Constitucional Ecuatoriana.....	16
2.3.1 ¿Cuál fue la estrategia de la Corte Constitucional de Ecuador para reconocer el matrimonio igualitario?.....	18
<b>3. El control judicial fuerte como medio de legitimación para el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú.....</b>	<b>22</b>
3.1 Poder Judicial: análisis de las sentencias emitidas en primera instancia a favor del matrimonio igualitario.....	23
a. Caso Ugarteche y Aroche vs. RENIEC – Séptimo Juzgado Constitucional de Lima.....	24
b. Caso Paredes Aljovín vs. RENIEC – Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima.....	27
c. Caso Martinot y Urbina vs. RENIEC – Sexto Juzgado Constitucional de Lima.....	29

d. Caso Coronado y Picco vs. RENIEC – Cuarto Juzgado Constitucional de Lima.....	30
3.2 Tribunal Constitucional: sentencias declaradas improcedentes sobre el matrimonio igualitario.....	34
a. Sobre la existencia de un parlamento que funcione correctamente en el Perú.....	37
b. Sobre la existencia de instituciones judiciales que funcionen correctamente en el Perú.....	43
c. Sobre la existencia de una discusión de buena fe que refleje el compromiso de la idea de los derechos en el Perú.....	47
<b>4. Postura de la autora.....</b>	<b>50</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>52</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>54</b>



## TABLA DE ABREVIATURAS

<b>CIDH</b>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<b>CC</b>	Código Civil Peruano de 1984
<b>Corte IDH</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>CP</b>	Constitución Política del Perú de 1993
<b>DOMA</b>	Ley de Defensa del Matrimonio
<b>EE. UU</b>	Estados Unidos
<b>LOGIDC</b>	Ley orgánica de gestión de la identidad y datos civiles
<b>Población LGBTIQ+</b>	Personas lesbianas, gays, bisexuales, trans, intersex y queer
<b>PL</b>	Proyecto de Ley
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>NCPCConst</b>	Nuevo Código Procesal Constitucional
<b>NNA</b>	Niñas, niños y adolescentes
<b>RENIEC</b>	Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
<b>SUNEDU</b>	Superintendencia Nacional de Educación Superior

## INTRODUCCIÓN

Los juzgados constitucionales de primera instancia lo hicieron otra vez. El 19 de julio de 2023, el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima ordenó al Reniec, la inscripción del matrimonio celebrado en la ciudad de Rosario - Argentina entre la ciudadana peruana Mónica Coronado y la ciudadana argentina Irina Picco. Al respecto, podemos señalar que, la referida sentencia se une a la lista de resoluciones emitidas en primera instancia del Poder Judicial, que reconoce el matrimonio igualitario en el Perú.

Sin embargo, no todo lo que brilla es oro. Al igual que sucedió con fallos anteriores, el pasado 16 de agosto del presente año, el referido juzgado constitucional concedió al Reniec el recurso de apelación contra la sentencia que declaró fundada la demanda de amparo. En ese sentido, debemos advertir que el panorama que se le avecina al presente proceso no resulta para nada alentador, dado que, todo indica que seguirá el mismo camino que los casos de Ugarteche Galarza, Martinot Serván y Paredes Piqué: una sentencia declarada improcedente por el Tribunal Constitucional.

Lo señalado anteriormente no pretende desmotivar al lector/a respecto de la justicia constitucional peruana y la protección de grupos en situación de vulnerabilidad, todo lo contrario. Este trabajo académico tiene como objetivo evidenciar que en un contexto político y jurídico como el nuestro, son las/os juezas/jueces constitucionales quienes se encuentran legitimadas/os para reconocer el matrimonio igualitario, y no, el Parlamento, como ha mencionado el Tribunal Constitucional en sus sentencias reiteradamente.

Para alcanzar dicho objetivo, este trabajo expondrá los avances jurisprudenciales y estrategias judiciales empleadas por las Cortes Constitucionales de Estados Unidos, Colombia y Ecuador, que reconocieron el matrimonio igualitario. Asimismo, se analizará la jurisprudencia constitucional interna, desde un enfoque crítico. Para ello, se hará uso de determinada doctrina jurídica, las cuales tendrán como foco de estudio los siguientes temas: el control

judicial de los jueces, el activismo judicial dialógico, las técnicas de argumentación razonable, la democracia deliberativa, entre otros.

De la mano con lo señalado, cabe precisar que la presente investigación constará de tres secciones. La primera de ellas está abocada al desarrollo del marco teórico, el cual está compuesto por cuatro conceptos claves que acompañarán al lector/a a lo largo de la presente investigación. Entre ellos tenemos a la justicia monológica, la justicia dialógica, el control fuerte de constitucionalidad y el control débil de constitucionalidad. Por otro lado, la sección dos estará orientada a analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana y la de algunos países de Latinoamérica, los cuales emplearon diversas estrategias judiciales y técnicas de argumentación jurídica para reconocer el matrimonio igualitario en su jurisdicción.

De ahí que, luego de haber realizado un análisis casuístico desde el derecho comparado sobre la presente materia, la sección tres tendrá como objetivo: i) contrastar las estrategias judiciales y técnicas argumentativas empleadas por los juzgados constitucionales en su jurisprudencia, con aquellas resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional respecto de los mismos procesos judiciales; ii) advertir que, a diferencia de lo señalado por Jeremy Waldron sobre el control judicial, en contextos como el peruano, se requiere del *judicial review* para el reconocimiento de derechos de una población en situación de vulnerabilidad; y, iii) establecer qué modelo del derecho comparado y estrategias judiciales debería de seguir el órgano constitucional de cierre para reconocer el matrimonio igualitario en el Perú.

Finalmente, cabe indicar que la presente investigación cuenta con algunas limitaciones de estudio, dentro de las cuales se encuentra, el uso de jurisprudencia regional; toda vez que, únicamente se analizará la jurisprudencia comparada de países como Estados Unidos, Colombia y Ecuador. Otra limitación resulta ser la restricción respecto del análisis jurisprudencial de los órganos constitucionales peruanos, puesto que, se prescinde de elaborar un estudio profundo respecto de la rama de la filosofía jurídica y las técnicas de la argumentación jurídica.

## Sección 1: MARCO TEÓRICO

Previo al análisis que se realizará en el presente artículo, resulta esencial conceptualizar cada una de las estrategias judiciales que adoptaron las cortes constitucionales de Estados Unidos, Colombia, Ecuador y Perú, en relación al debate sobre el matrimonio igualitario. Dentro de estas estrategias judiciales tenemos las siguientes: *i) la justicia monológica; ii) la justicia dialógica; iii) el control fuerte de constitucionalidad; y, iv) el control débil de constitucionalidad.*

### a) La justicia monológica o modelo agonal

Este modelo de justicia está compuesto por aquellas decisiones judiciales de carácter impositivo; es decir que, en lugar de propiciar el diálogo, la cooperación entre las diferentes entidades estatales, actores sociales, el aprendizaje y la ayuda mutua, las cortes judiciales detentan la última palabra e imponen arbitrariamente sus propias percepciones en los diversos casos que resuelven (Gargarella, 2013; Sosa, p. 439). El argumento bajo el cual subyace esta noción de justicia es el esquema de frenos y contrapesos, el cual obstaculiza el diálogo institucional sobre cuestiones de interés colectivo.

### b) Justicia dialógica

Por su parte, la ***justicia dialógica*** establece una coordinación entre las entidades estatales comprometidas con abordar determinada problemática institucional, de esta manera, favorece la participación de la ciudadanía y de diferentes actores públicos; ya que, brinda espacios de deliberación democrática, a través del debate público, mínima intervención judicial, potencia el involucramiento de actores políticos, entre otros (Gargarella, 2014; Rodríguez y Rodríguez, 2010, pp. 52 - 57)

De acuerdo con Sosa (2017), la justicia dialógica puede verse reflejada, por lo menos, en las siguientes tres acciones: i) la visibilización de una problemática en la agenda pública; ii) con la inclusión de actores en la deliberación del caso; y, iii) a través de la publicidad de las audiencias (p. 446-450).

### c) Control judicial fuerte

Ante un control judicial fuerte de constitucionalidad, los tribunales se encuentran legitimados para negarse a aplicar una ley en un caso en concreto, modificar la repercusión que tenga una norma sobre el reconocimiento de determinados derechos y/o eliminar un precepto normativo del ordenamiento jurídico (Waldron, 2018, p. 62). Este tipo de control judicial es duramente criticado por Tushnet, quien refiere que todos debemos participar en la deliberación de acciones políticas, pues ninguna rama del poder puede arrogarse supremacía sobre las otras (2013, p. 109).

### d) Control judicial débil

A diferencia del control judicial fuerte, la forma débil del *judicial review* evalúa la legislación sobre derechos individuales, mas no la rechaza o la expulsa del ordenamiento jurídico (Waldron, 2018, p. 63). Para autores como Tushnet (2013), este control permite una deliberación razonada sobre interpretaciones constitucionales. Por el contrario, Gargarella (2014) afirma que este tipo de *judicial review* entra tensión con un sistema deliberativo, vinculado con las demandas de la sociedad (p. 109; p. 3).

ESTRATEGIAS O MECANISMOS JUDICIALES DE CONTROL CONSTITUCIONAL			
Justicia monológica	Control fuerte	Justicia dialógica	Control débil
Decisiones judiciales impositivas, sin mediar un diálogo institucional.	Los tribunales constitucionales están facultados para inaplicar y expulsar una norma del ordenamiento jurídico.	Decisiones judiciales que toman en consideración la participación institucional y de la sociedad civil.	Los tribunales constitucionales no se encuentran facultados para inaplicar o rechazar una norma del ordenamiento jurídico.
Ambos mecanismos pueden coexistir en una misma decisión judicial.			

Fuente: *Elaboración propia.*

## **Sección 2: La justicia dialógica y el control fuerte de constitucionalidad: estrategias judiciales utilizadas por países de Latinoamérica y EE.UU para reconocer el matrimonio igualitario**

A diferencia de lo que sucede en el Perú, en otros países de Latinoamérica y del mundo, el matrimonio igualitario ha encontrado un reconocimiento por intermedio de diferentes vías. Dentro de las cuales se encuentran las iniciativas judiciales —en su mayoría presididas por las altas cortes constitucionales— y las iniciativas legislativas, que surgen a partir de alguna reforma constitucional planteada por el poder constituyente derivado, y/o sujetos legitimados.

Esta sección tiene como primer propósito describir tres casos, en los cuales los tribunales constitucionales de cierre, de países como Estados Unidos, Colombia y Ecuador, han decidido tutelar las uniones homoafectivas y dotarlas del mismo valor constitucional como aquellas constituidas por parejas heterosexuales.

Asimismo, se tendrá como finalidad analizar las estrategias activistas empleadas por dichas cortes para reconocer el matrimonio igualitario; vale decir, si las decisiones adoptadas se dieron en el marco de un control judicial fuerte y/o un activismo judicial monológico o dialógico, con respeto al principio democrático. Para el desarrollo de este punto, será necesario plantear la postura de determinados autores y autoras, tales como: Manuel Atienza, Roberto Gargarella, Elena Alvites, Juan Manuel Sosa y Jorge Roa.

Finalmente, este apartado analizará la argumentación jurídica empleada por las cortes constitucionales para reconocer el matrimonio igualitario en sus jurisdicciones. Este análisis se hará principalmente en el caso de Ecuador; pues como se verá más adelante, la postura adoptada por la Corte Constitucional Ecuatoriana presenta algunos matices que requieren una determinada observación. En ese sentido, será imperativo traer a colación lo desarrollado por autores y autoras como: Robert Alexy, Marcial Rubio y Noemí Ancí.

## 2.1 El matrimonio igualitario según la Corte Suprema de Estados Unidos.

Previo a remitirnos al caso *Obergefell y otros vs. Hodges*, resulta imperativo traer a colación la Ley de Defensa del Matrimonio (en adelante DOMA), norma que fue suscrita por el presidente Bill Clinton en el año 1996, que estableció la definición del matrimonio y, que dispuso como requisito *sine qua non* de esta institución jurídica a la heterosexualidad<sup>1</sup>.

<b>BILL OF RIGHTS</b>	<b>Ley de Defensa del Matrimonio (Ley DOMA)</b>
<b>14va Enmienda.</b> “Ningún Estado deberá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a alguna persona dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.”	<b>Título 3º.</b> “El <b>matrimonio</b> es un <b>contrato</b> solemne por el cual <b>un hombre y una mujer se unen</b> con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente” (subrayado propio).

Fuente: *Elaboración propia.*

Como bien se advierte, no fue *The Bill of Rights* de 1689 o la Constitución de los Estados Unidos, el documento que reguló el matrimonio en norteamérica, sino mas bien, fue la Ley DOMA, la única norma que estableció el concepto y requisitos para contraer matrimonio en los Estados Unidos. Frente a tal hecho, los diferentes colectivos LGBTIQ+ y parejas del mismo sexo, interpusieron diversas demandas; advirtiendo que, desde un análisis del caso *Lovin v. Virginia*, el matrimonio es un derecho fundamental de la persona y, por tanto, elegir con quién casarse forma parte de su libertad y autonomía<sup>2</sup>.

Sobre la base de lo señalado, el 26 de junio del año 2015, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció en toda la nación norteamericana el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo. Al respecto, cabe señalar que, si bien ya se habían reconocido tales uniones en determinados estados americanos — Massachussets (2003), Connecticut (2008), Vermont (2009), Nueva York (2011),

<sup>1</sup> En este link se ubica el contenido de la Ley DOMA de 1996. <https://www.hrw.org/es/news/2015/06/30/ee-uu-la-corte-suprema-ratifica-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo>

<sup>2</sup> En este link se puede encontrar el contenido de la sentencia *Lovin v. Virginia*. Recuperado de: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/#tab-opinion-1946731>

California (2013)<sup>3</sup>, entre otros—, en los estados de Ohio, Michigan y Tennessee, aún este tipo de uniones se encontraba prohibida.

Es así que, ante la renuencia de estos estados en reconocer el matrimonio igualitario, catorce parejas conformadas por personas del mismo sexo —entre ellas personas viudas, que alegan el reconocimiento de sus derechos patrimoniales—, interpusieron una demanda ante la Corte Suprema, con el objetivo de que se reconozca su unión matrimonial; pues se estaba vulnerando la décimocuarta enmienda de la Constitución Americana, la cual reconoce *the equal protection clause* o la cláusula de protección igualitaria.

De esta manera, por una mayoría de votos, la Corte Suprema autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo y reconoció aquellos matrimonios celebrados previamente en diversos estados. La decisión de la Corte se dió en el marco de lo establecido en la decimocuarta enmienda; vale decir, respecto de los derechos de debido proceso, libertad, autonomía e igualdad ante la ley.

Al respecto, la Corte dispuso como principales argumentos los siguientes: i) la defensa de la autonomía individual forma parte del derecho a la libertad, en ese sentido, la elección de con quién contraer matrimonio forma parte de la esfera privada de la persona; ii) el matrimonio es un derecho fundamental que se transforma con el pasar del tiempo, y que por tanto, su único requisito es que sea voluntario y que la pareja haga vida en común; y, iii) reconoce que el matrimonio brinda protección jurídica y estabilidad a los niña/os de padres/madres homosexuales; dado que, evita que crezcan en un ambiente de sufrimiento o estigmatización<sup>4</sup>.

En consecuencia, la Corte sostuvo que los estados que conforman la federación no deberían preferir las uniones entre parejas heterosexuales por sobre aquellas

---

<sup>3</sup> Algunas de las sentencias que reconocieron el matrimonio igualitario en los precitados estados, son las siguientes: *Goodridge v. Department of Public Health*; *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*; y, *Carey Goldberg*.

<sup>4</sup> Al no ser una decisión unánime, los jueces Roberts, Scalia, Thomas y Alito emitieron sus votos disidentes, los cuales pueden resumirse de la siguiente manera: i) los jueces mencionados no discreparon sobre el fondo de la sentencia, sino debido a la estrategia empleada por los jueces en mayoría, dado que, consideraron que la decisión contravino las funciones legislativas que ostenta el parlamento; y, ii) consideraron que la sentencia es un *putsch judicial*, pues atenta contra los pilares básicos de la democracia.

relaciones entre personas del mismo sexo, puesto que dicho acto sería inconstitucional.

### **2.1.1 ¿Cuál fue la estrategia que utilizó la Corte Suprema Norteamericana para reconocer el matrimonio igualitario?**

Sobre la base de lo expuesto, advertimos que la Corte Norteamericana puso en práctica —en los términos de Sosa— un control fuerte de constitucionalidad, específicamente por dos motivos evidentes. En primer lugar, la decisión adoptada por la Corte puso fin a un debate que había sido excluido en diferentes estados americanos; como fue el caso de Ohio, Michigan y Tennessee, en donde estaba prohibido el matrimonio igualitario, hasta antes de la sentencia *Obergefell y otros vs. Hodges*.

Sobre el particular, debemos resaltar que, desde el año 2003 diversos estados americanos reconocieron progresivamente el matrimonio igualitario en sus jurisdicciones. Por ejemplo, tenemos el caso de *Goodridge v. Department of Public Health*, que fue resuelto por el Tribunal de *Massachusetts*, en donde se empleó como argumento jurídico el método holístico teleológico del matrimonio (Sandel, 2012, p. 291-292). Toda vez que, la jueza Marshall sostuvo que la finalidad del matrimonio no era la procreación, sino más bien, hacer vida común y auxiliarse mutuamente (2012, p. 292).

La referida sentencia resulta sumamente relevante para lo que se suscitó posteriormente en el caso en cuestión; puesto que, el Tribunal Supremo de *Massachusetts* también utiliza una estrategia dialógica para reconocer dichas uniones. Esta estrategia se basó en otorgarle un plazo de 180 días al parlamento, con la finalidad de que realice una reforma legal respecto de la interpretación de la Ley General N° 207° del Estado de *Massachusetts*, que reconocía el matrimonio desde un enfoque heteronormativo.

Lo señalado, nos permite advertir que, efectivamente en determinados estados americanos, la población LGBTIQ+ era relegada en el reconocimiento de sus derechos fundamentales y vista como una “minoría discreta”, término establecido

por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, ante los prejuicios y estereotipos sociales, que padece una minoría; y que por tanto, requiere de una tutela judicial más intensa (Castro, 2015, p. 54).

Con base en lo expuesto, advertimos que el caso *Obergefell y otros vs. Hodges* permitió visibilizar un debate que si bien había tenido un tratamiento previo en diferentes estados, había sido relegado en otros durante muchos años. Esto, a pesar de las demandas de los diversos colectivos de derechos humanos, quienes alegaban que contraer matrimonio era imperativo para que se les reconocan diferentes derechos patrimoniales (CIDH, 2015, párr. 230).

En relación al segundo mecanismos de control judicial fuerte, se observa que la Corte Suprema —en el referido caso—, ante el déficit de deliberación pública sobre el presente tema; y, ante la ausencia de una democracia deliberativa, decidió reconocer el matrimonio igualitario en Estados Unidos. De acuerdo con Sosa y Roa, el control judicial resulta ser necesario cuando estamos en un contexto social y político en donde no existe un funcionamiento adecuado del parlamento, pues no se tiene presente en la deliberación a los y las ciudadano/as involucrado/as en las diferentes políticas públicas (2019, p. 447-448; 2019, p. 85). Asimismo, según Alvites, la decisión efectuada por la Corte Norteamericana denota que las reivindicaciones de los derechos de determinados grupos se inician casi siempre en procesos políticos, y que luego, pueden ser complementados por la legislación y la judicatura (2015).

Lo previamente señalado fue visibilizado por el Tribunal Supremo de *Connecticut*, en el caso *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, en donde el Tribunal afirmó que las personas homosexuales constituyen una minoría infra representada tanto en el plano nacional como estatal. Asimismo, sostuvo que ninguna persona homosexual había ocupado algún cargo en las cortes federales de apelaciones o del Senado, y que además, únicamente dos personas abiertamente homosexuales habrían estado en la Casa de Representantes (Castro, 2015, p. 55).

En efecto, tenemos que el reconocimiento del matrimonio igualitario en Estados Unidos, bajo los términos de Gargarella y Bergallo (2014), evidenció un control judicial fuerte; toda vez que, bajo una interpretación de la decimocuarta enmienda de *The Bill Of Rights*, sostuvo que reconocer el matrimonio igualitario, es una forma de alcanzar la igualdad para las parejas homosexuales.

Pese a los votos disidentes, concuerdo con la decisión y argumentación jurídica adoptada en mayoría por la Corte, ya que, como hemos podido observar, los jueces constitucionales actuaron dentro del marco de sus competencias; pues ante la ausencia de un parlamento que legisle sobre la materia y que no involucra en el debate público a la población que será beneficiada o afectada por determinadas normas, resulta imperativo que existe un control judicial, para se pueda efectuar alguna solución jurídica, sobre todo, en aquellos debates contramayoritarios, los cuales merecen especial atención y tutela.

## 2.2 El matrimonio igualitario según la Corte Constitucional Colombiana.

Para contextualizar el caso del matrimonio igualitario en Colombia, resulta imperativo advertir que, en dicho estado, —como en algunos países de latinoamérica— la institución jurídica del matrimonio se encuentra tutelada y definida en su Carta Política y Código Civil, respectivamente. De acuerdo con el artículo 42º de la Constitución Colombiana y el artículo 113º de su Código Civil, el matrimonio es la unión entre un varón y una mujer. Esto significa que el Estado Colombiano reconoce a la heterosexualidad como un requisito fundamental para contraer matrimonio.

CONSTITUCIÓN COLOMBIANA	CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO
<p><b>Artículo 42º.</b> “La <i>familia</i> es el núcleo fundamental de la sociedad. <b>Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (...)</b>” (subrayado propio).</p>	<p><b>Artículo 113º.</b> “El <i>matrimonio</i> es un <b>contrato</b> solemne por el cual <b>un hombre y una mujer se unen</b> con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente” (subrayado propio).</p>

**Fuente:** SU 14/16. *Elaboración propia.*

Dicho ello, debemos iniciar comentado que en Colombia existieron tres etapas que conllevaron a que se reconozca el matrimonio igualitario. La primera de ellas, data del año 2007, en donde la Corte Colombiana —a través de diferentes sentencias—, reconoció una serie de derechos fundamentales a las parejas del mismo sexo. Por ejemplo, el derecho a la seguridad social<sup>5</sup>; el derecho a la pensión<sup>6</sup>; el derecho a la porción conyugal<sup>7</sup>, entre otros. Sin embargo, hasta ese momento, únicamente, se había reconocido la unión de hecho entre personas del mismo sexo<sup>8</sup>, mas no, el matrimonio igualitario.

Es así que, ante la ausencia del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y el activismo de diversos colectivos de derechos humanos, en el año 2011, mediante la Sentencia C-577, la Corte Constitucional Colombiana advierte que existe un déficit de protección de la población LGBTIQ+; dado que, las parejas del mismo sexo merecen ser tuteladas al igual que las parejas heterosexuales. Caso contrario estaríamos ante un acto de discriminación y vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, la Corte sostuvo que el artículo 42° de la Constitución, no prohíbe el matrimonio igualitario.

No obstante, la Corte Colombiana advirtió que en este caso, es el Parlamento el encargado de adoptar una decisión; puesto que, es parte de sus competencias como foro democrático. Por tal motivo, la Corte exhortó al Congreso que para antes del 20 de junio de 2013, legisle respecto del matrimonio igualitario en Colombia.

Ante la omisión del Parlamento de legislar sobre el matrimonio igualitario, en el año 2016, a través de la SU 14/16, la Corte Colombiana reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo, señalando que todavía en el Estado Colombiano existían personas sujetas a condiciones desigualdad, en este caso, las parejas homosexuales. Asimismo, advirtió que si bien la sentencia del año 2011 tuvo

---

<sup>5</sup> Sentencia T-349/06.

<sup>6</sup> Sentencia T-1241/08.

<sup>7</sup> Sentencia C-283/11.

<sup>8</sup> Sentencia T-717/11.

como finalidad respetar el principio de separación de poderes, esto no supone que bajo un concepto de democracia mayoritaria, se excluya a una población en situación de vulnerabilidad.

De ahí que, la Corte Colombiana fundamentó su decisión en lo siguiente: i) el artículo 42º de la Constitución no establece una prohibición respecto de las uniones homosexuales; y, ii) la existencia de un déficit de protección de la población LGBTIQ+, lo cual conllevó a la vulneración de sus derechos a la igualdad y no discriminación y libre desarrollo de la personalidad, de conformidad con la jurisprudencia interna e internacional.

Por tal motivo, la Corte refiere que al haberse archivado 18 proyectos de ley sobre la materia y, al no haber cumplido el Parlamento con lo exhortado desde hace 5 años, la Corte Constitucional Colombiana resulta ser competente para reconocer el matrimonio igualitario.

### **2.2.1 ¿Cuál fue la estrategia de la Corte Constitucional Colombiana para reconocer el matrimonio igualitario?**

En concordancia con lo señalado, advertimos que en la Sentencia C-577 del año 2011, la Corte Colombiana exhortó al Congreso de la República —que de conformidad con el principio democrático— a expedir la legislación correspondiente para que las parejas homoafectivas puedan contraer matrimonio, y de esa manera, constituir una familia en Colombia. En ese sentido, la Corte Constitucional sostuvo que si para el 20 de junio de 2013, el Parlamento no habría realizado reforma alguna, las parejas homoafectivas deberán ir directamente ante un juez o notario a formalizar su vínculo conyugal.

El actuar de la Corte en el año 2011, evidenció que a pesar de la existencia de un déficit de protección legal para las parejas o uniones homosexuales, el principio democrático mayoritario era un bastión de deliberación fundamental para legitimar aquellos acuerdos o decisiones, que se suscitan en el marco del reconocimiento de determinadas normas o derechos. Por tal motivo, el legislador

colombiano debía ser el encargado de subsanar la omisión legislativa respecto del matrimonio igualitario en Colombia.

Como bien se expuso en el apartado anterior, a pesar de lo dispuesto por la Corte Colombiana para hacer efectivo el respeto por el principio y valor democrático, el Parlamento Colombiano omitió realizar una reforma para que se reconozca el matrimonio igualitario. Por esa razón, luego de 5 años de ausencia legislativa y 18 proyectos de ley archivados<sup>9</sup>, la Corte Constitucional Colombiana a través de la SU 14/16, asume una actuación activa para la defensa de los derechos fundamentales de la población LGBTIQ+ (Atienza, 2013, p. 7).

Con base en lo señalado, podemos advertir que la actuación de la Corte Constitucional se apartó de un modelo fuerte de control constitucional o activismo monológico (Sosa, 2019, p. 440). Por el contrario, la actuación de la Corte Colombiana reflejó una actuación de activismo dialógico; dado que, por medio del Congreso, buscó una cooperación política y de diálogo (Gargarella y Bergallo, 2014, p. 14), para erradicar el déficit de protección de derechos fundamentales que afectaba a la población LGTBIQ+, desde hace muchos años en Colombia.

Al respecto, Gargarella (2013) afirma que en los casos de minorías desaventajadas, estas no se ven representadas en el Parlamento, toda vez que, carecen de un acceso efectivo con sus representantes políticos. Por tal motivo, el autor advierte que en estos casos, el control constitucional de los jueces se torna imprescindible para la recuperación de esta población en la vida política (p. 25).

Lo mencionado guarda relación con el contexto social y político que vivía la población LGBTIQ+ en Colombia, antes de la emisión de la sentencia SU 14/16; puesto que, como se mencionó previamente, en cinco años el Congreso de la

---

<sup>9</sup> En el presente link se puede evidenciar la ausencia del legislador de emitir leyes que tutelen los derechos de la población LGBTIQ+ en Colombia. Recuperado de: [https://elpais.com/internacional/2013/04/25/actualidad/1366844938\\_113081.html](https://elpais.com/internacional/2013/04/25/actualidad/1366844938_113081.html)

República archivó 18 iniciativas legislativas que proponían legalizar el matrimonio igualitario.

Por ende, la actuación dialógica de la Corte consagró una función política a favor de la defensa de los derechos de la población LGBTIQ+. Toda vez que, producto de la ausencia de un legislativo deliberativo y desvinculado de la sociedad, abandonó la idea de someter a una democracia mayoritaria los derechos de dicha población. Lo advertido resulta relevante pues, según Nino (1997), la democracia mayoritaria no es una solución a las diferentes problemáticas sociales; dado que, no participan de este debate todos/todas los/las involucrado/as en el conflicto social (p.167).

Frente a esto, concordamos con lo referido por la Corte, en lo que atinente a la concepción de que la democracia no es una actividad que necesariamente deba legitimarse por medio de la deliberación. Pues, no siempre el Parlamento funciona como un órgano deliberativo que recoge la plena participación de todos los sectores de la sociedad —como es el caso de Colombia—; ya que, muchos grupos no poseen una representación proporcional en el Congreso, lo cual hace que las decisiones que se adopten, no puedan ser consideradas como imparciales.

Al respecto, Jorge Roa afirma que en este tipo de casos es necesario el control de constitucionalidad de los jueces; dado que, existe un desprestigio por parte de la sociedad en contra del Parlamento Colombiano (2019, p. 85). Esto se ha podido observar en la falta de cumplimiento y desconexión de la ciudadanía con el Parlamento, respecto de lo exhortado por la Corte en el año 2011.

En ese sentido, observamos que el Estado Colombiano no contaba con un poder legislativo que funcione correctamente; por tanto, resultaba imperativo el ejercicio del control de constitucionalidad realizado por la Corte para reconocer el matrimonio igualitario. Esto con la finalidad de evitar una vulneración masiva de derechos fundamentales de un grupo en situación de vulnerabilidad.

Por otro lado, en relación con la argumentación jurídica que realiza la Corte para reconocer el matrimonio igualitario, consideramos que esta fue adecuada, pues para superar lo establecido en el artículo 42° de la Constitución Colombiana, brinda dos argumentos: el primero de ellos vinculado con el modelo de la democracia propio de un Estado Constitucional de Derecho; y, el segundo, relacionado con el sentido del artículo 42° de la Carta Política.

Es así que, para dar un respuesta a la presente problemática, la Corte refiere que el poder constituyente derivado se encuentra limitado por parámetros mínimos no negociables, como es el caso del principio de igualdad. Además, respecto del segundo punto, la Corte Colombia sostuvo que el artículo 42° de la Constitución es una laguna axiológica, pues a partir de una interpretación literal de la norma, no se advierte que esta consagre alguna prohibición respecto de las uniones homoafectivas (Ancí, 2019. p. 144).

Por todo lo señalado, el mecanismo de control judicial fuerte utilizado por la Corte Constitucional fue totalmente razonable, pues: i) existió un bloqueo del legislativo al no aprobar los 18 proyectos de ley sobre la materia; ii) no se emitió legislación alguna para superar el déficit de protección de la población LGBTIQ+ en Colombia —planteado por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 del año 2011—; y, iii) se prescindió de un debate que cuente con la participación de la población afectada.

En suma, era indispensable un reconocimiento de dicho tipo de uniones a través de la vía judicial. Prolongar aún más el reconocimiento habría sido una grave afectación a los derechos fundamentales de la población LGBTIQ+.

### **2.3 El matrimonio igualitario según la Corte Constitucional Ecuatoriana.**

Para efectos del siguiente apartado, se realizará un descripción de la sentencia 010-18-CN/19. No obstante, se debe partir evidenciando que los tres textos normativos que regulan el matrimonio en el Estado ecuatoriano, reconocen que la institución jurídica del matrimonio se encuentra configurada por la unión entre un varón y una mujer.

CONSTITUCIÓN ECUATORIANA	CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO	LOGIDC
<b>Artículo 67.2º.</b> “(...) <i>El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento</i> (...)” (subrayado propio).	<b>Artículo 81º.</b> “ <i>El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente</i> ” (subrayado propio).	<b>Artículo 52º.</b> “ <i>El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación</i> ”.

**Fuente: Sentencia Nº 10-18-CN. Elaboración propia.**

Advertido ello, corresponde en las siguientes líneas exponer los argumentos jurídicos utilizados por la Corte Ecuatoriana para reconocer el matrimonio igualitario. Al respecto, cabe señalar que con fecha 07 de agosto de 2017, una pareja homoafectiva interpuso una acción de protección contra la Dirección General de Registro Civil de Ecuador, ante la negativa de reconocer su contrato matrimonial. Frente a tal hecho, la titular de la Unidad Judicial Civil plantea una consulta a la Corte, respecto de la constitucionalidad de los artículos 81º del Código Civil y 52º de la LOGIDC.

De ahí que, la Corte Ecuatoriana para declarar la inconstitucionalidad de los artículos 81º del Código Civil y 52º de la LOGIDC, hace uso de la técnica de ponderación, mediante la cual afirma que se encuentran en conflicto: (i) el principio de deferencia al legislador y la democracia deliberativa; y, (ii) el principio de igualdad formal e igualdad material.

Sobre el punto (i), la Corte refiere que a partir de una interpretación literal e intencionalista del artículo 67.2º de la Constitución, así como a fines o valores subyacentes<sup>10</sup> a dicha prohibición, el legislador prohíbe las uniones entre parejas. Mientras que, respecto del punto (ii), la Corte advierte que desde una interpretación teleológica y valorativa del artículo 67.2º de la Carta Política Ecuatoriana; el valor de la laicidad; el principio de autonomía de la persona; la protección familiar; y el principio de igualdad y no discriminación, resulta imperativo el reconocimiento del matrimonio igualitario. Asimismo, la Corte

<sup>10</sup> En la sentencia se advierte como valores o fines subyacentes a la prohibición del matrimonio igualitario: a la procreación como finalidad del matrimonio; a la ruptura del modelo tradicional de familia; y, a la homosexualidad como enfermedad psiquiátrica (p. 9).

señala que el precitado artículo no establece de manera expresa una prohibición, sino únicamente los requisitos que existen para contraer matrimonio.

Luego de analizar ambos principios, sus valores y fines subyacentes, la Corte advierte que para efectos del presente caso, prima el principio de protección familiar y libre desarrollo de la personalidad, por sobre la afectación que podría causarse al principio de deferencia al legislador y valor de la democracia.

En conclusión, la Corte Ecuatoriana resuelve declarar la inconstitucionalidad sustantiva de los artículos 81° del Código Civil y 52° de la LOGIDC, y exhorta a la Asamblea Nacional la modificación de ambos artículos.

### **2.3.1 ¿Cuál fue la estrategia de la Corte Constitucional de Ecuador para reconocer el matrimonio igualitario?**

En los párrafos siguientes, se procederá a explicar la estrategia empleada por la Corte Ecuatoriana en la sentencia N° 010-18-CN/19, que a diferencia de la sentencia 011-18-CN/19<sup>11</sup>, se enmarca dentro de una estrategia dialógica y de control judicial débil, pero con ciertos matices argumentativos.

Como se ha señalado en el epígrafe anterior, la Corte Ecuatoriana declaró la inconstitucionalidad de los artículos 81° del Código Civil y 52° de la LOGIDC, los cuales regulaban los requisitos formales para contraer matrimonio. Al respecto, se puede iniciar advirtiendo que la actuación de la Corte supuso un control judicial fuerte de constitucionalidad (2014) —según sostiene Gargarella—, esto pues, la Corte Ecuatoriana decidió modificar el impacto de una ley, para que se ajuste a los derechos de un colectivo en particular; vale decir, de la población LGBTIQ+.

---

<sup>11</sup> En esta sentencia la Corte Ecuatoriana a través de un activismo monológico, **omite exhortar** a la Asamblea Nacional del Ecuador, a que realice una reforma del artículo 67° de la Constitución. Cabe resaltar que, la argumentación de la sentencia N° 010-18-CN/19, se sostuvo en que la OC 24/17 de la Corte IDH era vinculante para el Estado y de rango superior en el sistema jurídico; por lo que, el artículo 67 de la Constitución debería ser interpretado de conformidad con dicha OC.

Asimismo, la sentencia reflejó un diálogo y cooperación política institucional entre el Parlamento y la Corte Constitucional y, además, un control judicial débil; debido a que, esta última estima que la labor de la Asamblea Nacional Ecuatoriana es de vital importancia para que se reconozcan derechos a la población LGBTIQ+. Toda vez que, será la Asamblea la encargada de examinar de forma integral la Constitución, para que se puedan adoptar las reformas pertinentes para la tutela de los derechos de las parejas homoafectivas.

Así también, la justicia dialógica empleada por la Corte Constitucional Ecuatoriana se vió reflejada producto de una ausencia de garantías constitucionales para las minorías políticas, como lo es el caso de la población LGBTIQ+. De acuerdo con Jorge Roa (2019), si nos encontramos frente a una omisión por parte de los miembros de la ciudadanía, de hacer frente a las problemáticas sociales que padece un determinado colectivo, esta será una señal para que las cortes puedan tener injerencia en la toma de decisiones respecto de un caso en concreto (p. 85).

Ahora bien, en atención a la argumentación jurídica que realiza la Corte sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario, debemos precisar que, su decisión se sustentó en el denominado test de proporcionalidad. A través del cual, la Corte sostuvo que el principio de deferencia al constituyente y el principio de igualdad y no discriminación se encontraban en contraposición.

Sobre el particular, coincidimos con lo señalado por Ancí (2019), pues de acuerdo con lo planteado por la Corte Ecuatoriana, se puede advertir que el principio de deferencia al constituyente no se encuentra respaldado por un contenido normativo de relevancia constitucional. Por tal motivo, no tendría sentido realizar una estrategia argumentativa ponderativa para dar respuesta a la problemática (p.144).

Al respecto, se ha podido advertir que la Corte Constitucional de Ecuador contradice su accionar dialógico, pues dentro de uno de sus fundamentos, afirma que, las leyes consagradas en los artículos 81º del Código Civil y 52º de la LOGIDC, a pesar de ser discriminatorias, son producto de una democracia

mayoritaria y de una deliberación sustantiva; y que por tanto, era necesario la elaboración de un test de proporcionalidad.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, conviene resaltar que las democracias mayoritarias, no reflejan el valor epistémico de lo que significa *per se* vivir en democracia. Según advierte Nino (1997), para lograr el cumplimiento del fin epistémico de la democracia será sumamente relevante la participación de los/las involucrado/as en las diferentes decisiones políticas que adopte el parlamento (p.168).

Por tal motivo, considero que la argumentación que plantea la Corte para reconocer el matrimonio igualitario, no debió efectuarse a través de una tesis conflictivista de derechos, como lo es el test de ponderación (Alexy, 2017), sino mas bien, debió analizar el contenido protegido del principio-derecho a la igualdad y no discriminación y, a partir de ello, realizar una interpretación del artículo 67° de la Constitución Ecuatoriana.

Por otro lado, conviene resaltar que la Corte Ecuatoriana sostuvo que ni el artículo 81° del Código Civil y 52° de la LOGIDC son normas prohibitivas; por lo que, no resultaba posible afirmar que las parejas homosexuales no pueden contraer matrimonio en Ecuador. De ahí que, la solución a la presente laguna axiológica debió haber sido a través del método de integración; vale decir, por medio de principios (Rubio, 2015, p. 278), y no, a través de la ponderación y la declaración de inconstitucionalidad de dichos artículos.

Desde nuestra perspectiva, no era necesario acudir a una estrategia ponderativa para dar solución al problema, sino a los principios generales del derecho (2015, p. 278); puesto que, a partir de la noción de democracia constitucional, resultaba posible advertir que existen diferentes valores y principios, como el principio-derecho de igualdad y no discriminación, el cual subyace y permea un ordenamiento jurídico.

Antes de esbozar las conclusiones parciales del presente apartado, en el siguiente cuadro se consignará un breve resumen de lo expuesto en esta

sección, con la finalidad de esquematizar de forma más clara la información desarrollada previamente.

ESTADO	SENTENCIA	AÑO	MÉTODO ACTIVISTA	MÉTODO ARGUMENTATIVO
Estados Unidos	<i>Obergefell y otros vs. Hodges.</i>	2015	Control judicial fuerte	Interpretación de los derechos de igualdad ante la ley, debido proceso y libertad, contenidos en la decimocuarta enmienda de <i>The Bill of Rights</i>
Colombia	Sentencia C-577	2011	Dialógico	Exhortó al Parlamento a que legisle sobre la materia.
	SU 14/16	2016	Control judicial fuerte	Contenido protegido del derecho a la igualdad y no discriminación
Ecuador	010-18-CN/19	2019	Dialógico / Control judicial débil	Test de ponderación

**Fuente:** *Elaboración propia.*

A lo largo de esta sección hemos podido denotar que si bien las tres cortes constitucionales pusieron en práctica el *judicial review* para reconocer el matrimonio igualitario en sus determinadas jurisdicciones, los niveles de este control judicial y las técnicas argumentativas que utilizaron fueron distintas. Por ejemplo, Estados Unidos reconoció el matrimonio igualitario a partir de un análisis de la decimocuarta enmienda, específicamente, respecto del derecho a la igualdad ante la ley y la libertad.

Mientras que, Colombia afirmó la existencia de un déficit de protección familiar de las parejas homosexuales, alegando la vulneración y el contenido de los derechos a la igualdad y no discriminación y, al derecho a libre desarrollo de la personalidad. En lo atinente a Ecuador, se evidenciaron ciertas carencias argumentativas en el reconocimiento del matrimonio igualitario; toda vez que, los jueces hicieron uso de una tesis conflictivista, en lugar de partir por el contenido protegido del principio-derecho a la igualdad y no discriminación.

Por otro lado, es posible rescatar que tanto en el caso de Estados Unidos como en el caso de Colombia, se pudo evidenciar la ausencia de una democracia

deliberativa o proporcional, en donde los grupos en situación de vulnerabilidad, como lo es la población LGBTIQ+, encuentren un espacio para discutir las políticas públicas o leyes que los/las impactará.

Finalmente, de conformidad con lo mencionado, considero que el rol que cumplieron las/os juezas/jueces constitucionales en los tres casos, tuvo un impacto positivo en sus jurisdicciones; puesto que, ante los bloqueos legislativos y la ausencia de participación política de diversos grupos sociales, se evidenció que el control de constitucionalidad judicial, resulta ser una solución adecuada, ante la problemática existente entre una democracia política basada en una mayoría y una democracia constitucional que busca tutelar los derechos fundamentales de los individuos y grupos sociales.

### **Sección 3: El control judicial fuerte como medio de legitimación para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú**

Hasta la fecha, el Perú es uno de los pocos estados en Latinoamérica que no ha reconocido ni por vía judicial, ni parlamentaria el matrimonio igualitario. Si bien se esperaría que después de la emisión de la sentencia del caso *Azul Rojas Marín vs Perú* del año 2020—, la cual reconoció que las personas LGBTIQ+ en el Perú han sido históricamente discriminadas (párr. 48)—, las instituciones públicas garanticen de manera efectiva los derechos de las personas LGBTIQ+, en la práctica no se ha evidenciado tal hecho.

En ese sentido, hemos podido observar que, la búsqueda por el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú data de 1993<sup>12</sup>. Desde ese año en adelante, se presentaron diversos proyectos de ley sobre el reconocimiento de la unión civil y el matrimonio igualitario<sup>13</sup>. Sin embargo, se ha podido evidenciar que estas iniciativas legislativas, no tomaron en consideración la participación política del grupo involucrado, y tampoco llegaron a ser debatidas ante el pleno (2017).

---

<sup>12</sup> En 1993, el congresista Julio Castro Gómez del partido Izquierda Democrática, propuso por primera vez el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú.

<sup>13</sup> Cabe señalar que, si bien el presente texto no tiene como finalidad desarrollar cuál de las dos instituciones colisiona o no con el principio-derecho de igualdad y no discriminación por orientación sexual, creemos que el matrimonio igualitario resulta ser la institución más favorable para la población LGBTIQ+.

Lo expuesto, nos lleva a señalar que, en contextos como el latinoamericano — según precisa Jorge Roa—, resulta imprescindible el *judicial review* o control judicial de constitucionalidad; dado que, como hemos podido observar, estamos frente a un bloqueo parlamentario y ante una desconexión del Congreso con la ciudadanía (2019, p. 85).

Por todo lo expuesto, este apartado tiene como finalidad evidenciar la importancia del control judicial de constitucionalidad en el Perú, para el reconocimiento del matrimonio igualitario. Para ello, en un primer momento, analizaremos los argumentos jurídicos y el tipo de estrategia judicial empleada por los juzgados constitucionales de primera instancia (Poder Judicial); y finalmente, analizaremos la argumentación jurídica y la estrategia judicial empleada por el Tribunal Constitucional en sus pronunciamientos respecto de la presente materia.

### **3.1 Poder Judicial: análisis de las sentencias emitidas en primera instancia a favor del matrimonio igualitario**

En esta sección analizaremos cada una de las sentencias sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú, que fueron declaradas fundadas en primera instancia por el Poder Judicial y que de manera posterior, fueron declaradas improcedentes por el Tribunal Constitucional. Entre ellas encontramos el caso de Óscar Ugarteche, Susel Paredes y Andréé Martinot. No obstante, para fines de este apartado, también comentaremos el caso de Mónica Coronado, el cual actualmente se encuentra en estado de apelación ante el Poder Judicial.

Si bien, por un lado, estos cuatro casos tienen en común haber celebrado su matrimonio en el extranjero y, que Reniec haya declarado infundada la solicitud de inscripción de su acta matrimonial; por otro lado, se diferencian respecto de la argumentación jurídica y el tipo de control judicial ejercido por el/la juez/a constitucional de primera instancia. A continuación procederemos a detallar los precitados casos.

**a. Caso Ugarteche y Aroche vs. RENIEC - Séptimo Juzgado Constitucional de Lima.**

Con fecha 21 de diciembre de 2016, mediante Resolución N° 13<sup>14</sup>, el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima decidió declarar fundada la demanda de amparo interpuesta por el señor Óscar Ugarteche contra Reniec, en el marco del reconocimiento de su matrimonio celebrado en Ciudad de México con el señor Fidel Aroche.

De un análisis de la precitada resolución, se pueden evidenciar cuatro argumentos jurídicos que emplea el juzgado constitucional para declarar fundada la demanda: i) el principio de la supremacía de la Constitución; ii) los métodos de interpretación jurídica; iii) el control de convencionalidad; y, iv) el análisis del artículo 234° del Código Civil Peruano. En las siguientes líneas, pasaremos a analizar cada uno de ellos.

Sobre el primer argumento, el juzgado en su sentencia refiere que, si bien el artículo 4° de la CP precisa que la forma del matrimonio está regulada por ley; es decir, mediante el artículo 234° del CC, dicha regulación resulta ser contraria a los fines que tutela la carta política. Por ejemplo, el derecho de igualdad y no discriminación, la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad. Además, el juzgado afirma que bajo el principio de la supremacía de la Constitución, la Carta Magna prevalece por sobre cualquier dispositivo legal.

En lo atinente a los métodos de interpretación jurídica, el juzgado realiza una interpretación evolutiva de la familia y del matrimonio, de acuerdo con la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional, la misma que señala que las familias se encuentran a la merced de los nuevos contextos sociales. Además, el juzgado emplea una interpretación del corpus iuris internacional, haciendo uso de diversos tratados de derechos humanos, opiniones consultivas y jurisprudencia del sistema universal e interamericano de derechos humanos.

---

<sup>14</sup> Recaída en el expediente N° 22863-2012-0-1801-JR-CI-08.

Así también, el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima afirmó que para que se reconozcan este tipo de uniones no se requiere de una modificación formal del texto constitucional, sino mas bien, de un uso adecuado de la interpretación jurídica, específicamente de la interpretación evolutiva.

Por último, para consolidar su argumentación, el juzgado sostuvo que el artículo 234° del CC, data del año 1984, motivo por el cual, en su momento, no se cuestionó la ausencia del reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú, como sucede hoy en día.

Con base en lo expuesto, advertimos que la sentencia en primera instancia reflejó un modelo de control judicial fuerte de constitucionalidad, si bien no expulsó o inaplicó la normativa en mención, lo que sí hizo fue interpretar de forma evolutiva el artículo 234° del Código Civil Peruano, desde los propios parámetros constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, según se advierte de la sentencia, el juzgado reconoció que la interpretación que hace sobre dicho precepto normativo, no obliga a que se realice una reforma constitucional del artículo 4° de la Carta Política; dado que, bajo una interpretación desde la evolución social, la Constitución debe ser un reflejo vivo de los nuevos contextos sociales (Décimo Séptimo fundamento).

De acuerdo con lo señalado, observamos que no existió ningún mecanismo dialógico que nos permita evidenciar algún tipo de coordinación entre las diferentes instituciones públicas. Sin embargo, consideramos que para efectos de nuestro contexto político, jurídico y social, ello no resulta ser fundamental, pues como se explicará en el siguiente apartado el Parlamento desde hace más de 20 años, ha tenido la posibilidad de reconocer a las uniones entre parejas homoafectivas, pero hasta la fecha no lo ha hecho.

Por otro lado, consideramos que la sentencia refleja una argumentación jurídica razonable desde la teoría del derecho, el derecho constitucional y el derecho

internacional de los derechos humanos, esto sobre la base de los siguientes fundamentos:

- En primer lugar, si bien el juzgado no estableció expresamente que el artículo 234° del CC no es una norma prohibitiva, de una lectura del fundamento décimo noveno, se puede evidenciar que la norma señalada resulta ser una laguna axiológica; puesto que, el código sustantivo data del año 1984, contexto en el cual no se consideraba como relevante al matrimonio igualitario, a diferencia de lo que sucede hoy en día en diversos estados.
- En segundo lugar, debemos reconocer que a través de su sentencia, el juzgado plasma apropiadamente diferentes métodos de interpretación; tales como: la interpretación evolutiva, sistemática, desde la unidad de la constitución y de concordancia práctica. Los mismo que fueron necesarios para sostener que el reconocimiento del matrimonio igualitario se condice con la tutela de los derechos fundamentales de la dignidad de la persona, el derecho a la igualdad y no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad.
- En cuanto a la interpretación del corpus iuris internacional, advertimos que el juzgado hace un uso adecuado de los diferentes tratados, jurisprudencia y principios del sistema de protección de derechos humanos, como el principio pro homine (artículo 29° de la Convención Americana).

Por lo expuesto, convenimos en señalar que la sentencia evidencia el uso correcto del control judicial fuerte, pues en el Perú hasta la actualidad existe un bloque parlamentario, que omite el reconocimiento de derechos de población en situación de vulnerabilidad. Así también, observamos que si bien en gran medida la argumentación jurídica propuesta por el séptimo juzgado constitucional resulta ser adecuada, esta prescindió en definir y abordar el principio de democracia constitucional, para que el pronunciamiento sea del todo razonable.

## **b. Caso Paredes y Aljovín vs. RENIEC - Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima.**

El día 22 de marzo de 2019, mediante Resolución N° 08<sup>15</sup>, el décimo primer juzgado Constitucional de Lima declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Susel Paredes y Gracia Aljovín contra el RENIEC, en el proceso de reconocimiento de su matrimonio celebrado en Estados Unidos.

La sentencia del juzgado constitucional se sustentó tanto en el control de constitucionalidad como en el control de convencionalidad. Respecto del primero, el juzgado estableció como argumento que la Constitución Política (en adelante CP) no advierte los requisitos para contraer matrimonio (fundamento 32 y 35), hecho que refleja que el juzgado pone en práctica el principio de supremacía de la Constitución, reconocido en el artículo 51° del texto constitucional.

Asimismo, en relación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano y a la Opinión Consultiva 24/17, el juzgado afirmó que bajo el método de interpretación evolutiva, la familia ha ido cambiando con el paso del tiempo, hecho que no ha requerido de ninguna modificación o reforma del texto constitucional; ya que, estos tipos de familia se coligen con las diversas interpretaciones jurídicas que se han dado en el marco del derecho interno e internacional (fundamento 33).

En esa línea, el juzgado estableció que de acuerdo con los tratados internacionales, la jurisprudencia de la Corte IDH y la OC 24/17, el matrimonio igualitario se encuentra amparado por los estándares del control de convencionalidad (fundamento 54).

Sobre la base de lo señalado, advertimos que la sentencia en primera instancia evidenció un control fuerte de constitucionalidad, toda vez que, el juzgado hizo

---

<sup>15</sup> Recaída en el expediente N° 10776-2017.

uso del método de interpretación evolutiva para reconocer el matrimonio de las demandantes, sin ningún tipo de reforma o modificación del texto constitucional.

Por otro lado, en lo atinente a los argumentos utilizados por el juzgado constitucional, consideramos que estos no resultan del todo razonables; debido a que, de manera reiterativa estos se enfocan en poner en práctica el control de convencionalidad, haciendo uso de la OC 24/17. Ello, sin tomar en consideración otros tipos de argumentos, tales como, aquellos vinculados con el contenido protegido de los derechos invocados, el principio de democracia constitucional o la teoría del derecho.

En virtud de lo esbozado por Atienza (2019), creemos que la argumentación jurídica utilizada en este caso, es una manifestación de la corriente del neoconstitucionalismo, pues el pronunciamiento del juzgado ha prescindido en analizar las fuentes que revisten el sistema jurídico peruano —como por ejemplo, el principio de democracia constitucional, la jurisprudencia interna que desarrolla el contenido protegido de los derechos invocados, entre otros—, haciendo uso en mayor medida del derecho internacional de los derechos humanos.

Lo advertido se ve reflejado también en el fundamento 55 de la precitada sentencia, dado que, el juzgado afirma que las normas nacionales que regulan el matrimonio, se dieron en un contexto pre constitucional y pre convencional; por tanto, deben ser derogadas tácitamente. Esta afirmación si bien puede ser favorable para la tutela de los derechos de la población LGBTQ+, se sustenta en una argumentación poco razonable.

Como bien es sabido, la propia Constitución establece los mecanismos de reforma constitucional en su artículo 206º, por lo que, si bien los diversos tribunales internacionales pueden ir abriendo sus estándares de protección de derechos a través de su jurisprudencia y opiniones consultivas, esto no significa que dichos pronunciamientos deroguen de manera automática normas posteriores, mas aún si, *per se*, las opiniones consultivas no son vinculantes.

**c. Caso Martinot y Urbina vs. RENIEC - Sexto Juzgado Constitucional de Lima.**

Con fecha 01 de agosto de 2019, mediante Resolución N° 17, el sexto juzgado constitucional de Lima declaró fundada en parte la demanda interpuesta por los señores Martinot y Urbina contra el RENIEC, en el marco del reconocimiento de su matrimonio celebrado en Estados Unidos. Si bien el juzgado ordenó al RENIEC la inscripción de su matrimonio, este declaró improcedente la inaplicación del artículo 234° del CC en el caso en concreto.

Respecto de los argumentos bajo los cuales el juzgado constitucional reconoció el matrimonio igualitario, podemos mencionar los siguientes: i) el método de interpretación sistemática; ii) el uso del control de convencionalidad; y, iii) el análisis de constitucionalidad del artículo 234° del CC.

En relación con el primer argumento, el juzgado establece que el artículo 234° del CC debe ser interpretado de forma sistemática con el artículo 4° de la CP, el cual no restringe el matrimonio igualitario; por tal motivo, el juzgado afirma que es imperativo interpretar el sistema jurídico como un todo, hecho que se condice con el principio interpretativo de unidad de la constitución desarrollado por el Tribunal Constitucional en el caso Lizana Puelles<sup>16</sup>.

Asimismo, afirma que la interpretación del artículo 234° del texto sustantivo debe garantizar principios y derechos fundamentales, tales como, el derecho a la igualdad y no discriminación<sup>17</sup>, los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como, diversos tratados internacionales<sup>18</sup>.

Bajo esa misma línea de análisis, el juzgado constitucional afirma que el artículo 234° del código sustantivo no es una norma prohibitiva en sí misma, sino que,

---

<sup>16</sup> Fundamento octavo de la parte considerativa de la resolución n° 17.

<sup>17</sup> Conviene señalar que este tipo de interpretación se condice con el principio de interpretación de concordancia práctica, desarrollado por el Tribunal Constitucional mediante expediente n° 5854-2005-PA/TC.

<sup>18</sup> Ídem.

esta posee una omisión que debe de ser interpretada en virtud de la protección de los derechos humanos de la población LGBTIQ+<sup>19</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, creemos que al igual que las otras sentencias, esta evidencia un control fuerte de constitucionalidad; sin embargo, a diferencia de las anteriores, esta pone en práctica la interpretación sistemática, la interpretación de la unidad de la constitución y de concordancia práctica. Toda vez que, afirma que el artículo 234° del texto sustantivo debe ser analizado a la luz de los diversos principios y normas, establecidas en el texto constitucional, un ejemplo de ello es el principio de igualdad y no discriminación.

Asimismo, advertimos que si bien el juzgado no realiza mención al principio de democracia constitucional, este afirma correctamente —al igual que lo hizo el séptimo juzgado constitucional en el caso Ugarteche— que el artículo 234° no resulta ser una norma prohibitiva, sino que, en el contexto en el cual se reguló el matrimonio en el Perú, no se tuvieron en cuenta lastimosamente otro tipo de uniones, como lo es el matrimonio igualitario.

#### **d. Caso Coronado y Picco vs. RENIEC - Cuarto Juzgado Constitucional de Lima.**

El día 18 de junio de 2023, a través de la Resolución N° 10, el cuarto juzgado constitucional de Lima declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por la ciudadana Mónica Coronado contra el RENIEC, en el marco del reconocimiento de su matrimonio celebrado en Argentina con la señora Irina Picco. En virtud de ello, el juzgado ordenó a la respectiva entidad, la inscripción de su matrimonio, e inaplicó el artículo 234° del CC en el caso en concreto.

La argumentación jurídica sobre la cual se sostuvo la referida resolución, se centró en cinco aspectos: i) el reconocimiento del matrimonio igualitario y su vinculación con los principios de igualdad y no discriminación, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad; ii) el artículo 4° de la Constitución no establece

---

<sup>19</sup> Ídem.

los requisitos para contraer matrimonio; iii) el artículo 234° del CC resulta ser discriminatorio para las parejas LGBTIQ+.

Al respecto, advertimos que la sentencia establece correctamente que, el principio-derecho de igualdad y no discriminación, así como, el derecho al libre desarrollo de la personalidad resultan de vital importancia para la regulación del matrimonio igualitario en el Perú, los mismos que han sido reconocidos en diferentes tratados internacionales de derechos humanos, así como, en la OC 24/17.

Por otro lado, respecto del artículo 4° de la Constitución, el juzgado afirma que este no regula los requisitos del matrimonio, y que por tanto, no puede realizarse una interpretación indirecta del artículo 5° del mismo texto normativo; toda vez que, el matrimonio y la unión de hecho no tienen la misma ratio legis; vale decir, son instituciones jurídicas diferentes (fundamento 51).

Así también, establece que la negación del matrimonio igualitario en el Perú pone evidencia un estado de cosas inconstitucional, pues a la fecha existen tres pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han declarado improcedente la demanda, pese al desarrollo constitucional y convencional sobre la materia (fundamento 58). Este pronunciamiento del juzgado de primera instancia resulta ser acertado, toda vez que, —como se explicará posteriormente— erróneamente el TC podría llegar afirmar en una nueva sentencia, que existe una doctrina jurisprudencial sobre la materia, hecho que atentaría gravemente contra los derechos de la población LGBTIQ+.

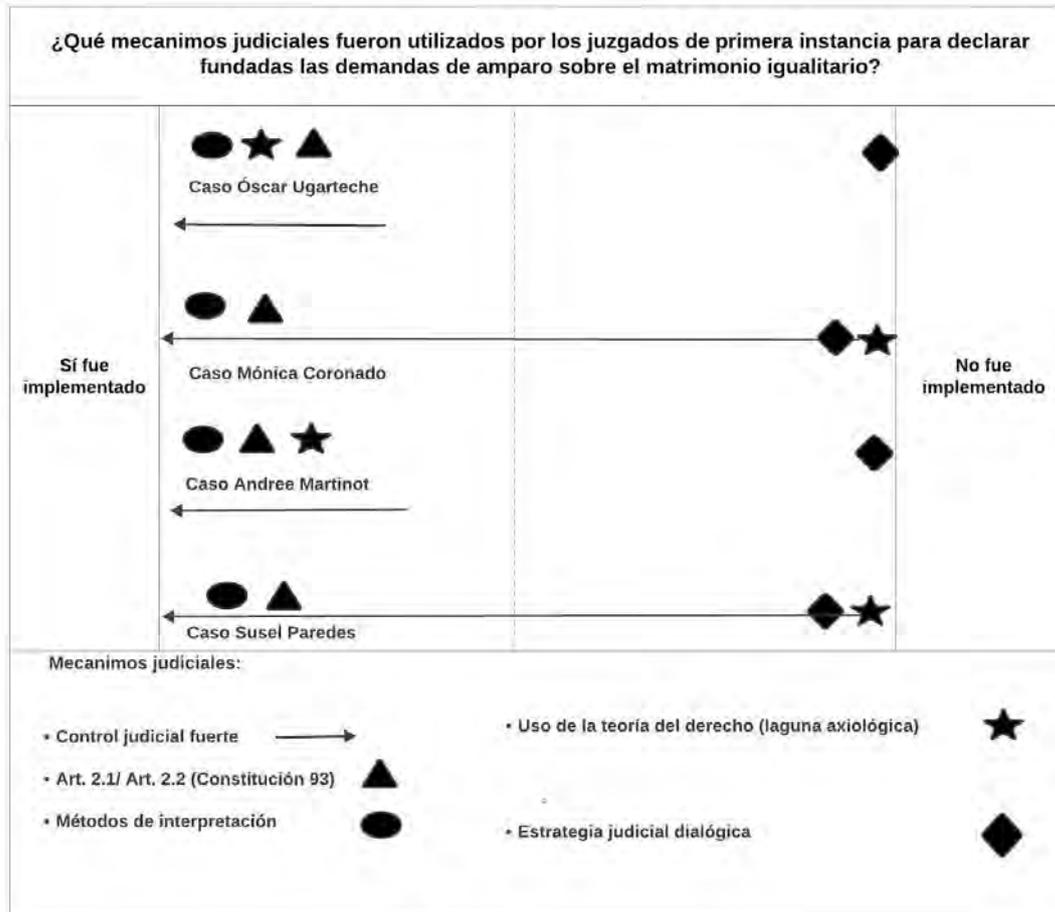
De ahí que, si bien coincidimos con lo señalado por el juzgado hasta el momento, en las líneas siguientes describiremos porque nos apartamos de su argumentación. De acuerdo con el juzgado constitucional, el artículo 234° del CC es una norma discriminatoria, pues únicamente establece que las personas heterosexuales pueden contraer matrimonio. En ese sentido, establece que el precitado artículo contiene una norma prohibitiva, y por tanto, decide inaplicarla en el caso en concreto.

El actuar del juzgado constitucional pone sobre la mesa el control judicial fuerte o súper fuerte de constitucionalidad, pues decide inaplicar el artículo 234° del texto sustantivo para un determinado caso; vale decir que, de conformidad con su potestad de administrar justicia y con base en el artículo 138° de la Constitución, realiza control difuso.

A nuestro juicio, si bien nos encontramos de acuerdo con que se haya declarado fundada la demanda, disentimos respecto de que el juzgado constitucional haya declarado inconstitucional el artículo 234° del código sustantivo. Esto, debido a que, según el Tribunal Constitucional en el caso Arancibia Pando (Expediente N° EXP W 0141-2002-AA/TC, fundamento 4), la declaración de inconstitucionalidad es de última ratio; es decir, únicamente deberá aplicarse cuando no exista forma de interpretar determinada norma conforme al ordenamiento constitucional.

En consecuencia, consideramos que la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 234° del CC, no fue razonable; puesto que, como hemos visto en los casos anteriores, a través de los diferentes métodos de interpretación jurídica resultaba posible señalar que, el artículo en cuestión no contienen una norma prohibitiva, sino que, omite legislar un supuesto de hecho, que en un determinado periodo de tiempo no fue tomado en consideración por el legislador.

A continuación se presentará un gráfico que resume las estrategias utilizadas por los magistrados en los casos expuestos. Cabe señalar que, para la elaboración del presente cuadro se utilizó como referencia los gráficos elaborados por el jurista López Medina en su libro “Cómo se construyen los derechos” (2016).



**Fuente: Elaboración propia**

Sobre la base de lo señalado en esta sección, evidenciamos que a diferencia de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional respecto del reconocimiento del matrimonio igualitario, el Poder Judicial, a través de los juzgados constitucionales de primera instancia, asertivamente declara fundada las demandas de amparo sobre dicha materia. Para ello, como hemos podido observar, hace uso de diversas estrategias argumentativas, entre ellas, la interpretación evolutiva, del corpus iuris internacional, así como, el desarrollo del contenido protegido del derecho de igualdad y no discriminación.

Si bien los juzgados constitucionales desarrollan más de una estrategia argumentativa para declarar fundada la demanda, como hemos indicado previamente, algunas de ellas no resultan ser del todo razonables de conformidad con las técnicas de la argumentación jurídica.

### 3.2 Tribunal Constitucional: sentencias declaradas improcedentes sobre el matrimonio igualitario

Desde el año 2020, el Tribunal Constitucional ha elaborado una línea jurisprudencial respecto del reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú. Este patrón de desarrollo decisional<sup>20</sup> surgió con la sentencia de Óscar Ugarteche Galarza (2020)<sup>21</sup> y, posteriormente, se fueron incorporando las sentencias de Andree Martinot (2022)<sup>22</sup> y Susel Paredes (2022)<sup>23</sup>.

En estos tres casos el TC no emitió un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sino que, desestimó la demanda de amparo en virtud de determinados argumentos y causales de improcedencia, reguladas en la Ley N° 28237<sup>24</sup> (Código Procesal Constitucional del año 2004) y la Ley N° 31307<sup>25</sup> (NCPConst).

En los siguiente párrafos, expondremos los argumentos formulados por los magistrados del Tribunal Constitucional (periodo del 2014 al 2022) —Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ferrero Costa<sup>26</sup>—, que desestimaron las referidas demandas.

Sobre el particular, resulta relevante señalar que las tres sentencias en cuestión fueron desestimadas por los mismos argumentos y causales de improcedencia, de conformidad con los precitados textos adjetivos. El cuadro a continuación resume de manera específica, los fundamentos de los magistrados en sus sentencias:

---

<sup>20</sup> Este concepto fue desarrollado por López Medina (2009), en su libro "El derecho de los jueces", en el cual, sostiene que una línea jurisprudencial constituye una estrategia para plantear soluciones a un problema jurídico determinado (p. 141).

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional (2020). Expediente N° 01739-2018-PA/TC.

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional (2022). Expediente N° 02743-2021-PA/TC.

<sup>23</sup> Tribunal Constitucional (2022). Expediente N° 02653-2021-PA/TC.

<sup>24</sup> La precitada Ley fue utilizada en el caso de Óscar Ugarteche, antes de que entrara en vigencia el NCPConst.

<sup>25</sup> El TC empleó la Ley N° 31307 para resolver los casos de Andree Martinot y Susel Paredes.

<sup>26</sup> Cabe destacar que, este grupo de magistrados declaró improcedente las tres demandas de amparo sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú.

Expediente	Causales de improcedencia de la demanda	Argumentos que apoyaron la decisión
Exp. N.º 01739-2018-PA/TC (Caso Óscar Ugarteche) <sup>27</sup>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Los hechos y el petitorio no están referidos de manera directa al contenido protegido del derecho invocado (artículo 7.1 NCPConst)<sup>28</sup>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Los tratados sobre derechos humanos no regulan el matrimonio entre personas del mismo sexo.</li> <li>La Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH no resulta ser vinculante para el Estado Peruano<sup>30</sup>.</li> <li>El reconocimiento del matrimonio igualitario se debe realizar a través de una reforma constitucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 206º de la CP<sup>31</sup>.</li> </ul>
Exp. N.º 02743-2021-PA/TC (Caso Andree Martinot)	<ul style="list-style-type: none"> <li>La parte demandante no agotó la vía previa (artículo 7.4 NCPConst)<sup>29</sup>.</li> </ul>	
Exp. N.º 02653-2021-PA/TC (Caso Susel Paredes)		

**Fuente:** *Elaboración propia.*

Como se puede apreciar, los magistrados del TC emplearon dos causales de improcedencia para desestimar la demanda: la inexistencia del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo y, que la vía igualmente satisfactoria era el proceso contencioso administrativo. Ello, de la mano con los tres argumentos vinculados con el fondo de la controversia, es decir que, los tratados internacionales tutelan únicamente el matrimonio heterosexual; las opiniones consultivas no resultan ser vinculantes para los Estados Parte y, que el reconocimiento del matrimonio igualitario debe realizarse mediante una reforma parcial de la CP.

En virtud de ello, cabe señalar que, esta investigación no tiene como objetivo realizar una crítica sobre los argumentos de forma y de fondo elaborados por el

<sup>27</sup> Al respecto, debemos advertir que, además de las causales advertidas, el caso de Óscar Ugarteche también fue declarado improcedente debido al vencimiento del plazo de la demanda.

<sup>28</sup> Exp. N.º 01739-2018-PA/TC, p. 2; Exp. N.º 02743-2021-PA/TC, p. 14; Exp. N.º 02653-2021-PA/TC, p. 11.

<sup>29</sup> Exp. N.º 01739-2018-PA/TC, p. 9; Exp. N.º 02743-2021-PA/TC, p. 17; Exp. N.º 02653-2021-PA/TC, p. 16.

<sup>30</sup> Como se consigna en el caso Óscar Ugarteche (p. 7); en el fundamento 19 del caso de Martinot y, en el fundamento 16 del caso de Susel Paredes.

<sup>31</sup> Este argumento fue citado en el voto singular del magistrado Sardón en el caso de Ugarteche Galarza (p. 17). Asimismo, los magistrados consignaron dicho argumento en el fundamento 22 del caso de Martinot y, en el fundamento 23 del caso de Paredes Piqué.

TC. No obstante, para el desarrollo de la presente sección resulta esencial advertir dichos argumentos, mas aún, aquel que hace referencia a que el procedimiento de reforma constitucional es el indicado para el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú.

Dicho ello, en los apartados posteriores procederemos a explicar que, de acuerdo con determinada doctrina jurídica y casuística nacional, la vía de la reforma constitucional —tantas veces alegada por el TC— no sería efectiva para reconocer el matrimonio igualitario en el Perú. Toda vez que, lo que se requiere actualmente para tutelar los derechos de las parejas de la población LGBTIQ+, es la existencia de un *judicial review* o control judicial sobre la presente materia.

Previo a establecer los argumentos sobre la necesidad de un control judicial fuerte respecto del matrimonio igualitario en el Perú, resulta necesario abordar la teoría del constitucionalismo popular. Al respecto, debemos precisar que, para autores como Waldron (2018) Tushnet (2013) y Kramer (2004), las Constituciones obligan a todos los poderes del estado y a la/os ciudadana/os a participar en la agenda política; además, afirman que estos actores tienen la misma capacidad de interpretar las leyes que los tribunales constitucionales.

En términos generales, se puede apreciar que, la corriente del constitucionalismo popular entra en divergencia con el denominado *judicial review* o control judicial; puesto que, la teoría del constitucionalismo popular —propuesta norteamericana— tiene como finalidad limitar la supremacía y el ejercicio jurisdiccional (Niembro, 2013, p. 193-194). Por tal motivo, el hecho de que los jueces constitucionales se arroguen únicamente la facultad de interpretar las normas, denota cierto tipo de elitismo judicial (p. 195).

Ahora bien, luego de haber enmarcado el debate entre el constitucionalismo popular y el control judicial de la legislación, analizaremos si los criterios propuestos por el jurista y filósofo político neozelandés, Jeremy Waldron, —quien advierte que el control judicial fuerte que asumen los jueces constitucionales sobre la legislación de un Estado, resulta ser incompatible con

una sociedad democrática— deberían ser aplicados o no en un país latinoamericano como es el caso del Perú.

Basándose en la sentencia del caso *Goodridge vs. Department of Public Health* (2003) de la Corte Suprema de Massachusetts, la cual reconoció por primera vez el matrimonio igualitario en Estados Unidos, Waldron afirma que el control judicial de la legislación es una intromisión a los derechos que ostentan los legisladores; es decir, la judicatura no considera los principios de representación e igualdad política y, además, distrae a la/os ciudadana/os de los problemas reales que enfrenta la sociedad (2018, p. 55 y 60).

Por tal motivo, el referido jurista sostiene que una sociedad deberá resolver sus casos centrales (*core case*) recurriendo a la vía legislativa; esto es, aplicando un control judicial débil, en donde el Parlamento sea el encargado de resolver las patologías especiales —palabras de Waldron— (2018, p. 67). Esto de acuerdo con los argumentos que desarrollaremos a continuación (2018, p. 68):

- La existencia de instituciones democráticas que funcionen correctamente, junto a un legislativo representativo elegido mediante sufragio universal de adultos.
- Instituciones judiciales que funcionen adecuadamente, establecidas sobre bases no-representativas para escuchar demandas individuales, resolver disputas y mantener el *rule of law*.
- Una sociedad comprometida con sus autoridades y con los derechos individuales y de las minorías.

**a. Sobre la existencia de un parlamento que funcione correctamente en el Perú**

De acuerdo con la tesis waldroniana —término acuñado por el jurista colombiano Jorge Roa—, un parlamento que funcione adecuadamente debería reflejar ciertas características en su actuación, entre ellas: una deliberación sobre asuntos públicos que resalten los intereses y opiniones de la ciudadanía; igualdad política; y finalmente, equidad en la representación (2018, p. 71).

Sin embargo, ¿qué sucede en el caso peruano? Según advierte Landa (2008), existe una crisis de legitimidad del Parlamento, que perdura desde hace años atrás y tiene una clara respuesta en la desaprobación de la sociedad actualmente<sup>32</sup>. Este hecho ha dado lugar, por ejemplo: i) al surgimiento de liderazgos políticos personales, mas no institucionales; ii) a una deficiente calidad legislativa; y, iii) a una falta de equidad en la representación (p. 42-43). Siendo los dos últimos puntos, los cuales analizaremos a continuación.

Respecto a la **ausencia de una óptima calidad legislativa**, el jurista peruano afirma que, el Congreso de la República no promulga leyes que beneficien a la ciudadanía y menos a grupos en especial situación de vulnerabilidad. Lo que según Dixon (2007), evidencia “puntos ciegos de perspectiva” o “*blind spots of perspective*” del Poder Político. En otras palabras, este hecho denota una falta de inclusión y de capacidad de respuesta por parte del parlamento peruano, ante el impacto que tienen determinadas leyes en grupos que reclaman por sus derechos (p. 402).

Además, advierte que, el Congreso posterga sus decisiones sobre temas altamente relevantes, los cuales requieren de una opinión pública y de una actuación oportuna por parte del legislativo (p. 31). Sobre el particular podemos señalar algunos ejemplos:

- La promulgación de la Ley N° 31498 - Ley que impulsa la calidad de los materiales y recursos educativos en el Perú, la cual afecta el enfoque de género y educación sexual en instituciones educativas<sup>33</sup>.
- La adopción de la Ley N° 31689 - Ley que modifica diversos artículos del Decreto Legislativo N° 1350, la cual criminaliza la migración y afecta derechos fundamentales de las personas extranjeras<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Esto actualmente se ve reflejado en la encuesta del Instituto de Estudios Peruano de febrero de 2023, en la cual se evidenció que el parlamento tiene un rechazo del 77% de desaprobación de parte de la población. <https://data.larepublica.pe/encuesta-lep-peru-aprobacion-desaprobacion-presidencia-congreso-de-la-republica-ejecutivo-legislativo/febrero-2023-1/>

<sup>33</sup> Noticia recuperada de: <https://elcomercio.pe/lima/congreso-aprueba-ley-que-afecta-el-enfoque-de-genero-y-educacion-sexual-en-colegios-video-minedu-rmmn-noticia/>

<sup>34</sup> Esto de conformidad ha sostenido la Defensoría del Pueblo en su nota de prensa de fecha 16 de febrero de 2023. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-presentara-accion-de-inconstitucionalidad-contra-la-ley-que-modifica-decreto-legislativo-de-migraciones/>

- La implementación de la Ley N° 31520 - Ley que modifica la composición y funciones de la SUNEDU, la misma que incumple la obligación del Estado Peruano de garantizar el derecho a una educación universitaria de calidad<sup>35</sup>.

Si bien existen otras leyes adoptadas por el Congreso, que han representado un retroceso en la tutela de derechos fundamentales<sup>36</sup>, las precitadas normas evidencian perfectamente la desconexión que existe entre el parlamento y la protección de diversos sectores de la población; como es el caso de la/os NNA, las personas migrantes y la/os jóvenes universitarios.

Ahora bien, para efectos de analizar el tema materia investigación —el reconocimiento del matrimonio igualitario— debemos señalar que desde el año 1993 hasta la actualidad (como se aprecia en el siguiente cuadro), tenemos alrededor de quince iniciativas legislativas relacionadas con el reconocimiento de la unión civil, el matrimonio igualitario, así como de otros regímenes de cooperación patrimonial entre personas del mismo sexo<sup>37</sup>.

Fecha	Proyecto de Ley	Autor(a) principal/es	Grupo parlamentario	Detalle
1993	—	Julio Castro Gómez	Izquierda democrática	Reconocimiento a las parejas del mismo sexo de los derechos que surgen al contraer matrimonio.
2003	09371-CR	Martha Moyano	Agrupación Independiente Sí Cumple	Reconocimiento de uniones civiles entre parejas del mismo sexo.
2003	8077-CR	Martha Moyano	Agrupación Independiente Sí Cumple	Registro Civil: De uniones de hecho.
2009	3814-CR	Carlos Bruce	Concertación Parlamentaria	Patrimonio compartido.

<sup>35</sup> Al respecto, podemos señalar que, la Defensoría del Pueblo interpuso una demanda de inconstitucionalidad sobre la referida norma, pues esta incumple con brindar una educación universitaria de calidad en el Perú, de acuerdo con los estándares internos e internacionales. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-presenta-demanda-de-inconstitucionalidad-contra-ley-que-modifica-composicion-de-la-sunedu/>

<sup>36</sup> Por ejemplo, la Ley N° 31012 - Ley de Protección Policial, que habilitó a los oficiales de policía a ejercer un uso arbitrario de la fuerza en contexto de protestas sociales.

<sup>37</sup> Cabe destacar que, para efectos de este trabajo no se discutirá si debe ser el matrimonio igualitario o la unión civil, la institución que se reconozca en nuestro ordenamiento jurídico.

2010	4181-CR	José Vargas	APRA	Reconocimiento de uniones civiles no matrimonial para parejas del mismo sexo.
2011	00108-CR	Carlos Bruce	Concertación Parlamentaria	Patrimonio compartido.
2012	01393-CR	Carlos Bruce	Concertación Parlamentaria	Patrimonio compartido.
2013	2647-CR	Carlos Bruce	Concertación Parlamentaria	Reconocimiento de uniones civiles no matrimonial para parejas del mismo sexo.
2013-2014	04495-CR	Ruben Condori Gladys Soto (etc).	Nacionalista Gana Perú	Creación de un Régimen de Cooperación Patrimonial entre dos personas, a fin de garantizar sus derechos constitucionales de igualdad, libertad y asociación de toda persona.
2016	718-CR	Carlos Bruce y Alberto de Belaunde	Peruanos por el Cambio	Reconocimiento de la unión civil entre parejas del mismo sexo.
2017	961-CR	Indira Huilca y Marisa Glave	Nuevo Perú	Reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú.
2021	525-CR	Ruth Luque	Juntos por el Perú	Reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú.
2022	2803-CR	Alejandro Caveró	Avanza País	Reconocimiento de uniones civiles entre parejas del mismo sexo.
2022	5584-CR	Martha Moyano	Fuerza Popular	Reconocimiento de uniones civiles no matrimonial para parejas del mismo sexo.
2023	05819-CR	Susel Paredes	Juntos por el Perú	Reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú.

**Fuente:** *Elaboración propia*

En virtud de lo expuesto, debemos señalar que la mayoría de iniciativas legislativas consignadas en el gráfico anterior, han sido archivadas y desaprobadas mediante dictamen por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Parlamento, entre ellas se encuentran el PL 718-CR, 961-CR y 2803-CR<sup>38</sup>. Lo cual denota una limitación por parte del Congreso, respecto del tipo de deliberación legislativa que este viene realizando. En palabras de

<sup>38</sup> De acuerdo con: <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/dictamen-negativo-sobre-union-civil-fue-rechazado-por-la-comision-de-justicia/>

Rosalind Dixon, estaríamos frente a un “punto ciego de aplicación” o un “*blind spots of application*” del Poder Político (2007, p. 402).

Cabe resaltar que, a partir de una revisión de la página web del Congreso de la República<sup>39</sup>, se ha podido apreciar que ninguno de los proyectos de ley señalados previamente fueron aprobados por la Comisión de Justicia para un debate público ante el Pleno. Este hecho trae a relucir lo que hemos venido mencionando hasta el momento, la desconexión del parlamento respecto de temas urgentes para un sector de la sociedad y el evidente bloque parlamentario respecto de un debate público que debería reflejar una adecuada actuación deliberativa.

Por otro lado, en atención a la problemática sobre **la falta de equidad en la representación parlamentaria nacional**, podemos advertir de manera general que, la conformación del parlamento no es proporcional al número de grupos sociales que conforman el país, lo cual tiene como consecuencia un fraccionamiento en la representación partidaria (Tuesta, 2000). Por ejemplo, actualmente se puede apreciar que los pueblos indígenas no cuentan con un número equitativo de representantes en el Congreso de la República. Este aspecto ha sido evidenciado a través de la iniciativa legislativa elaborada por AISEP, en el año 2019<sup>40</sup>.

Con base en lo advertido hasta el momento, podemos apreciar que una característica en común entre ambos aspectos desarrollados —la ausencia de una óptima calidad legislativa y la falta de equidad de representación en el parlamento—, resulta ser la carencia de una democracia deliberativa. Toda vez que, el actual parlamento se sostiene bajo una concepción mayoritaria de la democracia; es decir, no dota de agencia a aquellos grupos que serán impactados con las decisiones que de ellos emanan. Esto último, se ha visto reflejado en los más de diez proyectos de ley sobre la unión civil y matrimonio

---

<sup>39</sup> Página web del Congreso de la República: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal/#/expediente/search>

<sup>40</sup> Santos, G. (marzo 27, 2022). Los retos de los pueblos indígenas para tener sus propios representantes en el Congreso.

igualitario que se quedaron en la etapa de comisión y no pasaron a debate público.

Al respecto, cabe destacar que el accionar del parlamento atenta contra el valor epistémico de la democracia; vale decir, contra aquella democracia deliberativa que resulta ser un valor importante y, que requiere —necesariamente— la participación de todos los sectores de la sociedad en las decisiones públicas (Nino, 1997).

En virtud de lo establecido, se puede apreciar que el Congreso de la República no funciona correctamente, esto, debido a la desconexión de las necesidades que demanda la sociedad, a la existencia de actos de corrupción producto de intereses particulares; así como, a la limitada experiencia jurídica de ciertos grupos políticos, que restringe el reconocimiento de derechos de determinadas poblaciones en condición de vulnerabilidad. Esto último, de acuerdo con Dixon vendría a ser un punto ciego de alojamiento o *“blind spots of accomodation”* del Poder Político (2007, p. 402).

Además, se ha podido evidenciar la existencia de un bloqueo parlamentario sobre temas altamente controversiales, producto de la ausencia de una representación plena de todos los sectores sociales en el legislativo.

Para culminar con este primer aspecto de la tesis waldroniana, consideramos necesario señalar que, muchas de las leyes aprobadas por el parlamento refuerzan la segregación contra diversos sectores de la sociedad civil, específicamente, contra poblaciones en situación de vulnerabilidad. Es por ello que, en países como el nuestro se requiere de un control judicial fuerte que pueda resguardar los derechos de aquellos grupos que han sido históricamente relegados. Como señala Chemerinsky (2003), los derechos de las minorías no deberían depender de una mayoría política que no los representa (p. 683).

**b. Sobre la existencia de instituciones judiciales que funcionen correctamente en el Perú**

El jurista Jeremy Waldron en su texto “Contra el gobierno de los jueces” propone cinco argumentos, bajo los cuales reconoce cuando estamos frente a instituciones judiciales que funcionan correctamente. Estos argumentos se fundamentan en la premisa de que las/os jueces no deberían llevar a cabo un control de constitucionalidad, basándose en los siguientes supuestos:



**Fuente:** *Contra el gobierno de los jueces (Jeremy Waldron).*  
**Elaboración Propia.**

- **Las/os juezas/jueces no deben aplicar una ley contraria a la Constitución Política**

De acuerdo con Waldron (2018), las/os juezas/ces no se encuentran facultadas/os para inaplicar o invalidar una ley que atenta contra el texto constitucional. En ese sentido, el autor refiere que si bien pueden existir desacuerdos en la sociedad producto de la indeterminación y/o ambigüedad de diversas normativas, los tribunales no son el órgano o institución encargado para decidir sobre tales debates (p. 72).

Como respuesta al referido argumento, Jorge Roa (2019) resalta que las/os juezas/ces tienen la atribución de aplicar o invalidar una ley contraria a la Constitución; toda vez que, los tribunales deben garantizar lo que señala el texto constitucional (p. 71).

Dicho ello, debemos señalar que compartimos lo manifestado por Roa, pues a la luz del artículo 138° de nuestra Carta Política, se establece que ante la incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, las/los juezas/jueces deberán preferir la primera. En ese sentido, bajo una interpretación literal de dicha norma, advertimos que las/los juezas/jueces están facultadas/os para inaplicar o invalidar una ley contraria a la Constitución Política; es decir, realizar control difuso.

Consideramos que, a diferencia de otras regiones en el mundo, hay que prestar atención de manera particular a nuestro contexto político, jurídico y social. Puesto que, ante estos denominados puntos ciegos de perspectiva del Poder Político, específicamente, del parlamento, las/los juezas/ces deben buscar tutelar los derechos fundamentales de las personas y, principalmente, de aquellas poblaciones en situación de vulnerabilidad.

Al respecto, podemos traer a colación el caso de la señora Ana Estrada, quien sufre de una enfermedad degenerativa y buscaba el reconocimiento de su derecho fundamental a la muerte en condiciones de dignidad. Este caso presentaba una particular complejidad, pues el artículo 112° del Código Penal reconoce el delito de homicidio piadoso.

No obstante a ello, en el año 2021, el Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima realizó control difuso e inaplicó el precitado artículo al caso en concreto, pues atentaba contra sus derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad y vida digna. Tal decisión fue relevante, dado que, a diferencia de la legislación comparada de nuestra región<sup>41</sup>, la cual reconoce el derecho a una muerte digna, el Parlamento Peruano no registra una ley sobre la materia.

---

<sup>41</sup> En Colombia se despenalizó la eutanasia mediante la Sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional Colombiana.

Lo expuesto evidencia que para contextos jurídicos y políticos como el peruano, se considerará una óptima actuación de las instituciones judiciales, el velar por la protección de los derechos fundamentales de personas o comunidades, frente a leyes o normativas evidentemente inconstitucionales.

- **La teoría del precompromiso y la Constitución Política**

De acuerdo con lo señalado por Waldron (2018), ante desacuerdos sociales sobre los valores que reconoce la Carta Política, será únicamente la institución deliberativa; vale decir, el Congreso, el que cambie o actualice el precompromiso (p. 72).

Por su parte, Roa sostiene que las/los juezas/ces se encuentran facultadas/os para garantizar la aplicación de la Constitución —la cual reúne los valores públicos que rigen la sociedad—, por tanto, son los tribunales quienes deberán evitar que las leyes emitidas por el parlamento, se aparten de los valores que reconoce el referido texto normativo (2019, p. 72).

Sobre la base de lo manifestado, podemos señalar la sentencia del Tribunal Constitucional del año 2018<sup>42</sup>, que versa sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo contra el artículo 12° del Decreto Legislativo 1129. En la cual, el TC sostuvo que el carácter secreto de la información respecto del ámbito de Seguridad y Defensa Nacional era inconstitucional, pues atentaba contra el derecho de acceso a la información pública, consagrado en el artículo 2.5° de la Constitución Política.

El referido pronunciamiento del TC evidencia el correcto funcionamiento de la administración de justicia, dado que, reconoce el valor de la transparencia y el principio de publicidad que sostiene el Estado Derecho. En consecuencia, podemos señalar que en casos como el descrito, el *judicial review* es fundamental para asegurar la protección de los valores sociales, que muchas veces son vejados por el Congreso de la República.

---

<sup>42</sup>Tribunal Constitucional (2018). Expediente N° 00005-2013-PI/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00005-2013-AI.pdf>

Cabe señalar que, el precitado ejemplo se encuentra vinculado con el tercer argumento que propone Waldron; es decir, aquel relacionado con la **reforma constitucional como respuesta al control de constitucionalidad de las leyes**.

- **Elementos participativos del proceso de control constitucional**

Respecto de este argumento, Waldron afirma que no resulta posible equiparar los diferentes mecanismos de participación de las/os ciudadanas/os en los procesos políticos o controversias judiciales, lo cual significa que las/os ciudadanas/os no respetan el principio de igualdad política (2018, p. 72). Producto de ello, Roa (2019) sostiene que el proceso de revisión judicial de las leyes es una forma de participación ciudadana, pues a través de este, se busca resolver las controversias con base en desacuerdos de la sociedad (p. 76).

En el caso peruano consideramos de vital importancia los elementos participativos de la ciudadanía en el control constitucional; puesto que, son herramientas para que las/os ciudadanas/os puedan expresar su voluntad respecto de decisiones judiciales o sobre asuntos públicos. Esta herramienta se encuentra revista de protección a través del derecho a la libertad de expresión que ostentan las/os ciudadanos. Por ejemplo, podemos señalar la figura del *amicus curiae* o la participación en audiencias públicas ante el legislativo o cortes constitucionales.

Al respecto, debemos advertir que estas herramientas participativas son altamente relevantes pues dotan de agencia a todas las personas y poblaciones en situación de vulnerabilidad. De ahí que, el artículo V del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional reconoce la figura del *amicus curiae*, a través de la cual las/os ciudadanas/os o personas jurídicas pueden expresar por escrito o de forma verbal su opinión jurídica sobre una determinada material.

En ese sentido podemos traer a colación el *amicus curiae* presentado por la Defensoría del Pueblo —entidad pública encargada de la defensa de la persona y comunidades en especial situación de vulnerabilidad—<sup>43</sup>, ante el Tribunal

---

<sup>43</sup> Artículo 161º de la Constitución Política del Perú.

Constitucional a favor del Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) el presente año. El mismo que tuvo una vital trascendencia en la decisión del TC, pues reafirmó la postura del Estado Peruano para que garantice la distribución gratuita de la AOE y, de esa manera, se tutelen derechos fundamentales<sup>44</sup>.

Con base en lo advertido, consideramos que las figuras participativas de las personas naturales o jurídicas en los procesos constitucionales o políticos son importantes, pues permiten conocer sus opiniones jurídicas sobre una materia, mas aún en aquellos casos, donde pueden ser afectadas/os por alguna ley o sentencia judicial.

Finalmente, para culminar con este segundo punto conviene precisar que los argumentos emitidos por Waldron respecto del funcionamiento de las cortes constitucionales, no tiene sustento en nuestro actual contexto social, jurídico y político. Puesto que, nuestra sociedad —en determinados casos— requiere de un control judicial fuerte que pueda invalidar una norma por ser inconstitucional y/o reconocer un derecho a una determinada población que ha sido desatendida por nuestras instituciones políticas. Lo que denota el valor del *judicial review* para el sistema democrático.

***c. Sobre la existencia de una sociedad comprometida con los derechos individuales y de las minorías en el Perú***

Una sociedad estará comprometida con el respeto de los derechos humanos de las/os individuos y aquellos grupos en especial situación de vulnerabilidad, cuando la mayoría ciudadana y las autoridades compartan una conciencia que promueva no sola la tutela de los derechos fundamentales, sino también, que propicie deliberaciones de buena fe sobre la materia, así como, la adopción de cuerpos normativos que reconozcan sus derechos (Waldron, 2018, p. 74-75).

Lamentablemente, el Estado Peruano no es una sociedad completamente comprometida con los derechos humanos de las poblaciones en especial

---

<sup>44</sup> Defensoría del Pueblo (28 de febrero, 2023). Defensoría del Pueblo sustentó posición institucional ante TC a favor de la AOE. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-sustento-posicion-institucional-ante-tc-a-favor-de-la-anticoncepcion-oral-de-emergencia-aoe/>

situación de vulnerabilidad. De acuerdo con lo señalado en los párrafos anteriores, advertimos que el Parlamento —el cual debería representar a la ciudadanía—, no promueve debates necesarios y leyes que reconozcan las demandas de cierto sector de la sociedad.

Por ejemplo, este el caso de la población LGBTIQ+ y los pueblos indígenas. Quienes desde hace varios años han demandado por el reconocimiento de su derecho a contraer matrimonio<sup>45</sup> y su derecho a la participación política proporcional en el parlamento, respectivamente.

Sobre la población LGBTIQ+, podemos señalar que en marzo del año 2020 y febrero del año 2023, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable al Estado Peruano por los casos de Azul Rojas Marín y Olivera Fuentes<sup>46</sup>. Los cuales versan sobre la tutela de los derechos de igualdad y no discriminación, así como, el derecho a la libertad personal, entre otros, de integrantes de la población LGBTIQ+ en el Perú.

Además, cabe destacar que en tales sentencias la Corte IDH sostuvo que las personas LGBTIQ+ en el Perú, son víctimas de discriminación estructural e histórica, producto de la violencia de sus derechos fundamentales tanto por parte del sector público como privado<sup>47</sup>.

Al respecto, debemos señalar que la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos elaborada por Ipsos en el año 2022, advirtió que de un total de 3312 peruanas/os entrevistadas/os, el 71% de estas/os consideraba que las personas homosexuales, bisexuales y transexuales sufren de discriminación en el Perú<sup>48</sup>.

---

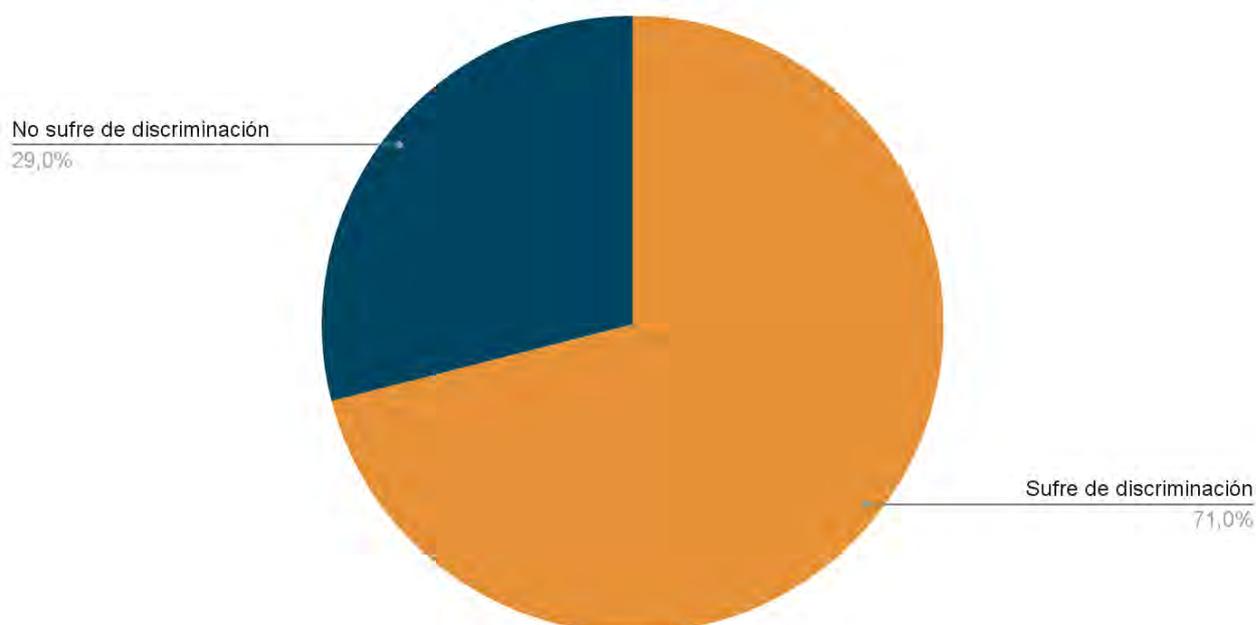
<sup>45</sup> En 1993, el congresista Julio Castro Gómez del partido Izquierda Democrática, propuso por primera vez el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú.

<sup>46</sup> Fundamentos 47 y 90 de las respectivas sentencias, las cuales fueron emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>47</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Caso Azul Rojas Marín Vs. Perú. [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_402\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf)

<sup>48</sup> Ipsos (2022). Día del Orgullo 2022. Informe con las principales mediciones sobre las actitudes de los peruanos hacia las personas LGBTIQ+. [https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2022-06/D%C3%ADa%20del%20orgullo%202022\\_V7\\_0.pdf](https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2022-06/D%C3%ADa%20del%20orgullo%202022_V7_0.pdf)

## II Encuesta Nacional de Derechos Humanos sobre la Población LGBTQ+ 2022 (Ipsos)



**Fuente:** *II Encuesta Nacional de Derechos Humanos sobre la Población LGBTQ+ en el Perú (Ipsos, 2022).*

**Elaboración propia.**

Por tanto, con base en lo señalado, concluimos que la sociedad peruana y sus autoridades no se encuentran completamente comprometidas con la protección y garantía de los derechos fundamentales de la población LGBTQ+.

#### **Sección 4: Postura de la autora**

En primer lugar, debemos señalar que la autora del presente artículo, presentó con fecha 14 de noviembre de 2023 una solicitud de acceso a la información pública al Tribunal Constitucional, oportunidad en la que requirió el listado de sus sentencias respecto del reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú.

De ahí que, mediante Informe N° 039-2023-MGS el Tribunal Constitucional dio respuesta a la solicitud de acceso a la información pública indicando que, estos fueron los procesos constitucionales sobre la referida materia:

- Expediente N° 00139-2013-AA: Caso P.E.M.M
- Expediente N° 01739-2018-AA: Caso Óscar Ugarteche Galarza
- Expediente N° 02743-2021-AA: Caso Andree Alonso Martinot Serván
- Expediente N° 02653-2021-AA: Caso Susel Paredes Piqué

Al respecto, debemos indicar que el análisis jurisprudencial de la presente investigación se sustentó en los tres últimos casos citados y no, respecto del Expediente N° 00139-2013-AA, dado que este no tiene como petitorio el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, sino el reconocimiento del derecho a la identidad.

Resuelta la aclaración, advertimos que el Tribunal Constitucional Peruano cuenta con una marcada línea jurisprudencial sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario. Con base en lo desarrollado en la segunda sección de este artículo, observamos que el TC decidió declarar improcedente las tres demandas de amparo, pues nuestra Carta Política y Código Civil únicamente reconocen el matrimonio entre parejas heterosexuales (entre otros argumentos de carácter procesal).

Desde nuestra perspectiva, el Tribunal Constitucional se encontraba obligado a emitir un pronunciamiento sobre el fondo de las controversia y, con ello, a declarar fundadas las demanda de amparo. Si bien es cierto, el presente trabajo no versa sobre las razones jurídicas que debe aplicar el TC para reconocer el matrimonio igualitario, bajo un desarrollo jurisprudencial a nivel interno y

convencional, así como, el uso de diversas técnicas de interpretación jurídica, resultaba posible reconocer las uniones homoafectivas en el Perú.

Ahora bien, en virtud de la jurisprudencia desarrollada por el derecho comparado en nuestra región y en EE.UU sobre la materia, observamos que dichas Cortes Constitucionales pusieron en práctica diversas técnicas judiciales y argumentativas para reconocer el matrimonio igualitario dentro de su jurisdicción. En ese sentido, en este apartado explicaremos qué técnica judicial debió ser aplicada por el TC en los casos expuestos previamente.

A nuestro juicio, el órgano de cierre en el Perú debió aplicar la técnica del **control judicial fuerte**, como lo hicieron las Cortes Constitucionales de los Estados de Colombia y Estados Unidos; esto es, no esperar a que el Parlamento legisle sobre la materia —cosa que hizo Colombia, pero que el Parlamento no cumplió, pues ya tenemos una línea jurisprudencial y diversos casos en el Poder Judicial que demandan el reconocimiento del matrimonio igualitario.

De ahí que, consideramos que en estos casos el TC debió actuar de oficio, en atención al bloqueo parlamentario existente en nuestro contexto político. Si bien el caso peruano posee ciertos matices a diferencia de los otros Estados, creemos que resultaba fundamental que el TC exponga que desde el año 1993 hasta la actualidad, han existido más de quince proyectos de ley sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario, uniones civiles y regímenes de cooperación patrimonial entre personas del mismo sexo y, sobre la base de ello, refleje la necesidad de ejercer un *judicial review* o un control judicial.

Finalmente, referir que los argumentos de Jeremy Waldron no deben ser usados para inaplicar el control judicial en nuestro contexto, pues como se ha evidenciado en la sección 3, el Perú no cuenta con un Parlamento que funcione correctamente, que posea una real representación y legitimidad social y, tampoco, cuenta con una sociedad e instituciones comprometidas plenamente con la defensa de los derechos individuales y de las poblaciones en situación de vulnerabilidad.

## CONCLUSIONES

Tras el análisis efectuado en la presente investigación, resulta posible concluir que, el Tribunal Constitucional Peruano debe aplicar un control fuerte de constitucionalidad para el reconocimiento del matrimonio entre parejas homoafectivas.

Como bien se ha señalado, no es posible alegar que este tipo de decisiones se dejen a manos del Congreso de la República, toda vez que, esta institución carece de legitimidad, no posee una representación de las diversas poblaciones históricamente discriminadas y tampoco pone en debate determinadas iniciativas legislativas respecto de grupos en especial situación de vulnerabilidad.

Es por ello que, a la luz de la línea jurisprudencial del TC sobre la respectiva materia, resulta imperativo mirar las decisiones judiciales emitidas en el derecho comparado —específicamente— Estados Unidos y Colombia. Los cuales adoptaron diversas estrategias jurídicas para tutelar las uniones homoafectivas, entre ellas, tenemos principalmente: el activismo constitucional dialógico y el control fuerte de constitucionalidad.

En virtud de ello, se puede advertir que en contextos jurídicos y políticos como el nuestro, la tesis waldroniana —que se postula como adversaria del control constitucional o *judicial review*— pierde sentido, pues le resta eficacia a la defensa y garantía de los derechos humanos de las/os individuos y las poblaciones en situación de vulnerabilidad.

Evidentemente, la teoría del control judicial o *judicial review* no se encuentra exenta de críticas, pues en determinados casos los tribunales constitucionales pueden aplicar un control fuerte de constitucionalidad debido a injerencias meramente políticas y personalísimas, mas no, con base en la legalidad. Por tal motivo, es indispensable que las/os magistradas/os que ocupen dicha labor sean seleccionadas/os bajo procesos meritocráticos y con arreglo al enfoque de género.

Finalmente, corresponde indicar que el aporte propuesto en este trabajo estuvo dirigido a sostener que, de todos los modelos de control judicial, en el caso peruano, resulta aplicable el control fuerte de constitucionalidad, dada la ausencia de una verdadera democracia deliberativa y proporcional en el Parlamento.



## BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (2017). Teoría de la argumentación jurídica. Lima: Palestra Editores.

Alvites, E. (2015). Matrimonio igualitario en EE.UU: Caso Obergefell y otros v. Hodges, Director, Ohio Department of Health y otros. Enfoque derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2015/11/02/matrimonio-igualitario-en-ee-uu-caso-obergefell-y-otros-v-hodges-director-ohio-departament-of-health-y-otros/>

Ancí, N. (2019). Reconocimiento del matrimonio igualitario por cortes constitucionales que se enfrentan a la Constitución: ¿límites al activismo judicial? (Eds.), ¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. Editorial jurídica Themis.

Atienza, M. (2013). "Siete tesis sobre el activismo judicial". Universidad de Alicante. <https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938>

Castro, K. (2015). El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América. Pensamiento Constitucional N° 20, 2015, pp. 47-64. ISSN 1027-6769.

Chemersinsky, E. (2003). In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism. University of Illinois law review. [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty_scholarship)

Dixon, R. (2007). Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 5(3), 391-418.

Gargarella, R. (2013). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. 14.

[https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/20.500.13098/10615/RATJ\\_V14N2\\_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/20.500.13098/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Gargarella, R. y Bergallo, P. (2014). Presentación. En R. Gargarella (Compilador), *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, 9-13. Buenos Aires: Siglo XXI.

Landa, A. (2008). Desafíos y perspectivas para la representatividad parlamentaria en el contexto de la sociedad global. *Asociación Derecho & Sociedad*.

Niembro, R. (2013). Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía*, 38: 191-224.

Nino, C. (1997). *La Constitución de la Democracia Deliberativa* (capítulo 5). Barcelona: Gedisa.

Roa, J. (2019). Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá. *Revista de Derecho del Estado*, 44. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6144/7900>

Rodríguez, C. & Rodríguez, D. (2010). Justicia desplazada. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Uniandes. [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_185.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf)

Rubio, C. (2009). *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*. Fondo Editorial PUCP.

Sandel, M. (2012). *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*. Traducción de Juan Pedro Campos Gómez. España: De Bolsillo.

Sosa, J. M. (2019). Justicia constitucional dialógica: Algunos mecanismos o estrategias que favorecen la legitimación democrática de los tribunales

constitucionales.

CICAJ.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/169815/Sosa%20Sacio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Tushnet, M. (2013). *Constitutionalismo y Judicial Review*. Palestra.  
<https://app.vlex.com/#vid/judicial-review-796349985>

Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI Editora Iberoamericana.

### **Jurisprudencia internacional**

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia SU-214-16.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>

Corte Suprema de los Estados Unidos (2015). *Caso Obergerfell v. Hodges*. 26 de junio de 2015.

Corte Constitucional de Ecuador (2019). Caso N° 10-18-CN. 12 de junio de 2019.  
[http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/4a2e4469-9d31-4ec9-b7d1-cd9c6022d2cc/0010-18-cn-19\\_sen.pdf?quest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/4a2e4469-9d31-4ec9-b7d1-cd9c6022d2cc/0010-18-cn-19_sen.pdf?quest=true)

### **Informes temáticos de derechos humanos**

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). Informe Temático: *Violencia contra las personas LGBTI*.

<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>