

¡Que locura enamorarme de ti! El reconocimiento del derecho de amar como derecho fundamental

✍ FÉLIX ENRIQUE RAMÍREZ SÁNCHEZ*

“No sé de qué están hechas las almas pero la mía y la suya son una sola”

(ANNA TODD. After. Amor Infinito)

Sumario

I. A manera de introducción. **II.** La relación existente entre el derecho y el amor. **III.** Reconocimiento del derecho al amor en los distintos ordenamientos constitucionales latinoamericanos. **IV.** El derecho al amor como derecho fundamental en el sistema constitucional peruano. 4.1. El proceso penal seguido contra Sebastián de Peña y María Astete de Castillo por el delito de doble adulterio (1917): El derecho de amar y la infidelidad. 4.2. Exp. No. 875-2000-PA/TC (Caso Maribel Alina Carranza Rodríguez): No son sancionables disciplinariamente las relaciones extramatrimoniales. 4.3. Exp. No. 1184-2001-PA/TC (Caso Jhons Humberto Arroyo Amao): El derecho al amor no discrimina. 4.4. Exp. N° 2868-2004-PA/TC (Caso José Antonio Álvarez Rojas): El derecho al amor en el marco de las relaciones homosexuales. 4.5. Exp. N° 1575-2007-PHC/TC (Caso Marisol Elizabeth Venturo Rios): El derecho al amor de los internos y la exigencia de las visitas íntimas. 4.6. Exp. N°3485-2012-AA/TC (Caso Keith Carlos Enrique Mamani Ticona y Lid Beatriz Gonzales Guerra): El derecho al amor de los funcionarios públicos y la relación con el derecho a la intimidad. 4.7. El informe técnico No. 773-2013-SERVIR/GPGSC: ¿Puede sancionarse a dos personas por mantener una relación sentimental laborando en una misma entidad estatal? **V.** A modo de reflexión.

* Master por la Universidad de Jaén (España) en la especialidad de Género. Juez Civil del Módulo Básico de Justicia de la Esperanza (La Libertad). Miembro Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

I. A manera de introducción

Empiezo a escribir estas líneas en una noche de aquellas en las que el pensamiento se entrelaza con el corazón; acompañado de una copa de vino, cuya denominación de origen es “*Amarone della Valpolicella*”, elaborado –según los catadores– en uno de los valles de Verona, Italia, lugar donde se desarrolló una de las más grandes historias de amor, la de Romeo y Julieta, escrita por William Shakespeare.

Es en este escenario que siento que toma sentido lo afirmado por Dante Alighieri: “*el vino siembra poesía en los corazones*”, pues me permite inspirarme en esta travesía de escribir y abordar el estudio del sentimiento humano más puro como es “el amor”, pero desde la óptica del Estado democrático y del derecho constitucional - propio del siglo XXI, -el cual reposa en la idea central del respeto de la persona humana y su dignidad. En ese sentido iniciaré por explicar la relación umbilical existente entre el Derecho y el Amor, para luego analizar ciertos sucesos en los que se ha visto irracionalmente privada o limitada su expresión, ya sea por el accionar del Estado o por los particulares, pero a pesar de dichas situaciones limitativas impuestas legalmente, el ser humano a expresado su amor libremente, constituyendo dichos episodios de rebeldía como actos de locura o suicidio personal-, lo que ha conllevado en gran medida a que los afectados en nombre del amor judicialicen dichos conflictos, exigiendo tutela al garante de los derechos fundamentales: El Juez, quién ha dado respuesta, amparando en algunos casos y en otros no las pretensiones de protección solicitada.

A partir del contexto descrito, surge -como es innato para todo escritor- la necesidad de asignarle un nombre al presente artículo que encierre el sentido del mismo; razón por la cual me permito tomar prestado la nominación de la canción interpretada por primera vez en el año 1986 por el salsero Eddy Santiago: *¡Que locura enamorarme de ti!*¹, pues creo que

¹ Dicha canción es interpretada actualmente en versiones distintas a la original, como es la realizada por el tenor lírico Manuel Arvelaiz (ver <https://www.youtube.com/watch?v=HozILhaZ2u4>), o el cantante Patricio Arellano (ver <https://www.youtube.com/watch?v=Tb51St2iYqU>), como Gomba Jahbari (<https://www.youtube.com/watch?v=lyanC53ODqI>), entre otros

ella describe precisamente los actos de locura que significa materializar las expresiones de amor en un panorama donde el sistema imperante impone limitaciones a la misma y que trajo consecuencias sombrías para los actores de dichas relaciones sentimentales; quienes exigen una protección por parte del Derecho y, en especial, por el derecho constitucional, que reconocen actualmente que dichas expresiones de amor, constituyen expresiones que pueden ser objeto de tutela constitucional.

II. La relación existente entre el derecho y el amor

Nadie puede negar que el amor es una vivencia que ronda la existencia de los seres humanos, constituyendo esa fuerza irresistible que surge a partir de la atracción entre dos personas y gira como elemento de felicidad y desarrollo personal. El hombre siempre está ligado al amor, por ser parte de su naturaleza misma, para demostrarlo de manera periférica es suficiente dar una mirada histórica a la época antigua, específicamente a Grecia y Roma, que fueron las culturas más resaltables de aquel período de desarrollo de la humanidad; quienes incluso personificaron al amor bajo forma de dioses, como son: Eros, Afrodita, Cupido y Venus, considerándoles Dioses del Amor, lo que demuestra la importancia que tenía dicho sentimiento en aquella época.

251

La importancia del amor en la vida de las personas se ha visto reflejado en las líneas de este estudio, ya que es analizado por diversas disciplinas, como son la sociología, filosofía o la psicología; como también por el derecho mismo, en la medida que sus expresiones se materializan a través de comportamientos humanos, los cuales han sido objeto muchas veces de regulaciones por parte del Estado y en otros casos, han merecido pronunciamientos judiciales al respeto, pese a existir un vacío normativo sobre dichos comportamientos. El derecho nunca fue ajeno al amor, por el contrario siempre lo afrontó.

En el plano académico se han germinado estudios al respecto – derecho de amar-, pues distintos juristas lo abordan, desde el marco de las libertades y derechos de las personas. A modo de ejemplo tenemos el libro titulado “*Libertad de Amar*”, cuyo autor es el maestro Luis Jiménez de Asúa, el cual tuvo seis ediciones -siendo la última la del año **1946**, y entre sus páginas ratifica la existencia de la libertad de amar como un derecho

amplio, pero reconociendo a su vez que su desenvolvimiento se realiza en un contexto de limitaciones previstas por el orden legal, como ocurrió en la existente Rusia de la década de los 30, así reproducimos lo expuesto por el citado autor:

La libertad de amar significa que los Estados no tienen para qué mezclarse en los sentimientos y emociones espirituales de los humanos. La amistad entre las personas del mismo sexo o de naturaleza heterosexual tiende entre los individuos lazos que a menudo son eternos, crea deberes que se cumplen sin coacciones legales y es fontana de abnegados episodios. El Estado no regula las amistades ni prescribe la perfección de un contrato para que dos hombres [entiéndase personas] se sientan unidos por simpatía recíproca.

En la literatura jurídica moderna tenemos la obra “**Derecho de amor**”, escrita por el profesor emérito de la Universidad de Roma “Sapienza”, Stefano Rodotà, obra traducida al español por José Manuel Revuelta y editada en el año **2019** por la editorial española Trotta. En ella se analiza con mucha agudeza el derecho de amar, e inicia con una reflexión a partir de la inquietud planteada por él mismo: *¿Si el derecho y el amor son compatibles o están enfrentados?*, en esa línea, analizó históricamente dicha relación, e indicó que tradicionalmente el derecho ha encasillado al amor en un único parámetro legítimo del matrimonio, institución que ha sido vigilada por el Estado, y reconocida como única forma válida y concedida a ciertos grupos de personas, desconociendo otras formas de expresión de amor, como la misma convivencia e incluso las convivencias que se dan entre personas del mismo sexo, las cuales se sustentan en la autodeterminación de las personas que la conforman y en la búsqueda del desarrollo personal, afirmando que el amor necesita amplio reconocimiento jurídico y criticó ciertas decisiones jurisdiccionales que la desconocen, y reflexionó que el derecho debe acercarse más al amor, abandonando toda pretensión de dominio sobre él y transformarse técnicamente en un discurso abierto, capaz de captar y aceptar la contingencia, la variabilidad y hasta la irracionalidad de la misma. Lo cierto es que reconoce en dicho libro al derecho de amor como un derecho fundamental y justifica su existencia, afirmando lo siguiente:

Se trata de una cuestión muy abierta [en referencia a la relación de pareja] a la que se intenta dar una respuesta, no ligada a ninguna preferencia ética, aunque tampoco indiferente al marco de los principios en cuyo seno debe instalarse el derecho de amor. Esta es la razón de la constante y, en definitiva, obligada insistencia en la igualdad y en la libertad, en la solidaridad y en la dignidad, que concurren unidas para definir el alcance de la autodeterminación y que reclaman la necesidad del respeto recíproco como componente del derecho de amor, haciendo de esta manera emerger con claridad su obvio carácter relacional².

Por otro lado, se ha demostrado históricamente en el ámbito del derecho vivo (jurisprudencial) que se vienen germinando sucesos y conflictos que surgieron y surgen en el marco de las expresiones de lo que ahora conocemos como el derecho de amar, y que incluso han sido resueltos en el plano judicial, mediante pronunciamientos jurisdiccionales que demuestran claramente la relación existente entre el derecho (Themis) y el amor (Eros), la cual no siempre fue perfecta, como en antaño, donde se dio una conflictividad entre ambos y -por qué no decirlo- de tiranía por parte del derecho, que encerró al amor o sus expresiones, en ciertos parámetros morales o de fe, subordinándolo e incluso limitándolo o prohibiéndolo, actos de sometimiento que mantienen vestigios hasta la actualidad; sin embargo también se dieron y vienen dándose algunas decisiones judiciales que han reconocido el derecho de amor como un derecho fundamental, haciéndolo incluso prevalecer. Sólo a manera de referencia, en la historia del Perú, observamos que en la época del Virreinato, en el siglo XVII, donde ni remotamente se hablaba de derechos humanos o derechos fundamentales, se generó un caso judicial -que pareciera haber sido extraído de una obra literaria escrita por Gabriel García Márquez³-, ocurrido en la ciudad

² Se precisa que existen muchos trabajos a nivel de la doctrina que abordan el tema del derecho de amar, el cual es muy amplio, que por cuestión de espacio no los desarrollamos, sólo a manera de cita tenemos: i) el trabajo del profesor Legaz Lacambra titulado “El Derecho y el amor”. Edit. Bosch, Barcelona, 1976; ii) el artículo de Gregorio Peces-Barba Martínez “El Derecho y el amar: sus modelos de relación”; iii) o el artículo de Emiliano Gareca “Eros y Temis: el amor ante el derecho”, entre otros.

³ Gabriel García Márquez describía en su novela “*El amor en los tiempos del cólera*”, un amor intenso, el cual no se perturbaba por el tiempo y por el contrario describía un amor para la vida, incluso en la senectud y hasta la muerte, ello

de Cajamarca, proceso iniciado el 20 de diciembre de año 1782, y cuyo demandante, don Ciriaco de Urtecho, quien era un hombre libre, de edad avanzada, desafió al sistema legal e incluso al social imperante en aquel entonces -donde aún existía la esclavitud- y *exigió* judicialmente la libertad de su musa, Dionisia Masferrer, una esclava a quién amaba desde antaño y con quién se había casado hace bastante tiempo. Pretendió con aquel proceso judicial, que el amo y dueño de la libertad de su amada, don Juan de Dios Cáceres, le otorgue la libertad tan ansiada -a través de la pérdida del derecho de patronato y dominio que ejercía el demandado, que en esa época se conocía como el derecho de propiedad sobre un esclavo-, para vivir los últimos días de su vida con ella. El conflicto se centró en el valor de la esclava, y el órgano jurisdiccional determinó que el pago ofrecido por Ciriaco era un pago justo, por ende, ordenó que el demandado y dueño de la esclava, otorgue la escritura de libertad correspondiente. Esta es una historia de lucha por un derecho tan humano que reviste gran intensidad: el amor; que fuera recogida por Fernando de Trazegnies Granda, que reprodujo textualmente dicho proceso judicial, tal y como se encuentra en el expediente mismo, dando forma a su obra titulada ***“Ciriaco de Urtecho: Litigantes por Amor”***, inmortalizando así esta historia de amor y su relación con el derecho en el Perú de aquellos años⁴.

personificado en la vida de su personaje Florentino Ariza, quién promete y espera más de medio siglo a su amada Fermina Daza, para estar juntos. Así transcribimos un extracto de la parte final de la obra que describe este amor intenso : *“Había vivido justo lo bastante para darse cuenta de que el amor era el amor en cualquier tiempo y en cualquier parte, pero tanto más denso cuando más cerca de la muerte”*

⁴ Alfredo Bullard, comentó la obra de Ciriaco de Urtecho: litigante por amor, refiriéndose a la importancia que tenía el proceso judicial de aquel entonces, señalando lo siguiente: *“Sorprende, también, que un país en el que nos quejamos que los derechos no valen nada, se encuentre una historia de más de 200 años atrás en que se desafían los prejuicios de base sobre los que se ha construido una sociedad. Ciriaco lucha por lo que hoy llamaríamos derechos humanos cuando nadie hablaba de ellos. No tiene el beneficio de declaraciones universales o tratados internacionales. Ni siquiera tiene una Constitución que invocar ni un Tribunal Constitucional al cual acudir. No hay una ONG que financie su aventura legal ni redes sociales para armar una campaña. Desafía al derecho usando el mismo derecho y el amor hacia su mujer”*. Ver Alfredo Bullard *“Perú: litigante por amor”* en [http:// www.americaeconomia.com/analisis-opinion/peru-litigante-por-amor](http://www.americaeconomia.com/analisis-opinion/peru-litigante-por-amor)

Una primera conclusión a la que podemos arribar en este momento, es que el amor es un fenómeno humano, universal, atemporal y muchas veces ha tenido repercusiones jurídicas, cuya manifestación se ha dado en todas las culturas y en todas las épocas, por tanto, siempre estuvo ligado al derecho, con quien entabla una relación recíproca e indisoluble⁵, siendo que históricamente pasamos de una relación inquisidora del derecho sobre dichas manifestaciones, a una relación actual y moderna, donde el derecho complementa al amor, reconociendo y garantizando sus manifestaciones por ser parte del núcleo duro de la *dignidad humana*, tal es así que actualmente el amor viene siendo reconocido a nivel de los distintos sistemas jurídicos modernos, como un derecho fundamental y como expresión clara de la dignidad humana, ello a partir de la visión humanista del derecho que surge luego de la segunda post guerra, y genera decisiones jurisdiccionales que lo reconocen como tal y le otorgan categoría constitucional, jerarquía que permite, como consecuencia de ello, darle una connotación distinta a las instituciones jurídicas existentes relacionadas al amor, como son el matrimonio, el divorcio, la familia, entre otros.

Actualmente, en nuestro país, poco o nada se ha desarrollado desde una perspectiva jurídico-académica sobre el derecho de amar, pese a existir algunos indicadores jurisprudenciales que demostraba su reconocimiento y existencia como derecho fundamental a nivel constitucional; es por ello que las páginas sub siguientes pretende hacer partícipes a los lectores, de ciertas reflexiones sobre los misterios del amor y sus implicancias legales, así como demostrar palmariamente que ya existe un reconocimiento a nivel jurisprudencial de la libertad de amor como derecho, asignándola una categoría privilegiada como es el de ser considerado un derecho

⁵ Autores como Lutero o el mismo Carl Schmit propugnaban desde el punto de vista filosófico, que existía una radical separación entre el Derecho y el amor, afirmando que son totalmente excluyentes; afirmación que resultaba más alejado de la realidad misma ya que el hombre o mujer son una unidad biopsíquica que entablan relaciones afectivas y cuyas manifestaciones de dicha afectividad, están ligadas con el derecho por regular relaciones humanas; por tanto dicha posición ortodoxa de los citados autores resultan como lo afirma Gregorio Peces Barba Martínez una posición insostenible “tanto por no ajustarse a la realidad como por contener gérmenes éticos-negativos”. Ver PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, “*El Derecho y el amor: sus modelos de relación*” en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; España; 1982; pág. 69.

constitucional y fundamental que ostente toda persona humana; por lo que sin más preámbulos pasamos a desarrollar el estudio de este derecho fundamental y su reconocimiento en los sistemas democráticos y constitucionales de Latinoamérica y dentro de ellos, el nuestro, claro ésta de una manera muy focalizada, ya que es casi imposible a través de estas líneas abarcar toda la complejidad que emerge de esta relación inusitada y natural entre el Derecho y el amor.

III. Reconocimiento del derecho al amor en los distintos ordenamientos constitucionales latinoamericanos

Como anteriormente referimos, en la antigüedad existía una asimetría muy marcada entre el derecho y el amor mismo, donde este último se encontraba incluso negado por el derecho, tal es así que los legisladores imponían categorías jurídicas que se alejaban de la realidad y de la vida misma, era una especie de miopía jurídica, como por ejemplo el reconocimiento del “matrimonio arreglado”, que consolidaba una práctica social que –como lo describe Stefano Rodotta⁶– garantizaba intereses diversos en los que el amor no tenía cabida, y muchos menos importaban los sentimientos o la autodeterminación de las personas (quienes eran obligados a contraer matrimonio), reduciendo aquello a una dimensión estrictamente patrimonial y de reconocimiento social. Dicha contradicción entre amor y derecho todavía subsiste en algunos pasajes del mundo; como lo sucedido en Israel en el año 2011 –ya que según el Comité de Naciones Unidas– que dispuso a través del Ministerio del Interior que si un trabajador extranjero se involucra en una relación amorosa o romántica con un connacional, se le negaría su visa de trabajo, ello materializa la imposición de impedimento a dichos migrantes a enamorarse, pues impone una sanción en caso se manifieste dicha relación amorosa, restringiéndoles a ser meros objetos de trabajo. Estas categorías jurídicas alejan al derecho de la realidad y de la propia vivencia de las personas a interrelacionarse afectivamente en su ámbito social, transformándose incluso en un factor de conflicto continuó ya que ello niega la vida misma.

⁶ Ver RODOTÁ, Stefano. “*Derecho de amor*” (*Diritto d’amore*). Edit. Trotta; Madrid, España; pág. 28.

Sin embargo, en el mundo occidental y en especial los países de América Latina, han venido experimentando cambios trascendentales después de la segunda guerra mundial, sobre todo en lo que al derecho consiste, transformándose de un derecho rígido a un derecho más antropocéntrico, en la medida que el derecho mismo se ha inclinado a reconocer el predominio de los elementos inherentes a la persona humana, como la dignidad humana⁷, y los derechos personalísimos como la felicidad e incluso el amor, catalogándolos como derechos fundamentales, con reconocimiento positivo⁸ y tácito - vía interpretación⁹ - en los ordenamientos constitucionales vigentes, lo que evidencia claramente la necesidad de protección, garantía y tutela, que le otorga el estar en la cúspide de todo ordenamiento jurídico como es la Constitución misma; ya que le otorga un nivel suprallegal que vincula todo el orden jurídico existente y todo acto de poder sea público o privado¹⁰.

⁷ Miguel Rojas explica que “El reconocimiento de la dignidad humana, es considerada hoy en día el punto de partida y principal fundamento del derecho internacional de los derechos humanos e inspiración del constitucionalismo moderno. La dignificación de la persona humana, constantemente destacada como principal fundamento del régimen constitucional, refleja la concepción antropocéntrica de la sociedad y el Estado, en virtud de la cual los fines sociales y estatales giran en torno a la persona”. Ver ROJAS GOMEZ, Miguel Enrique. *“Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción de la intimidad”*. Editado por la Universidad Externado de Colombia; Bogotá, Colombia; 2011; pág.27 y 28

⁸ Sólo a modo de información sobre la extensión de dicha corriente antropocéntrica en el Mundo, tenemos como ejemplo a Japón y Corea del Sur que reconoce el derecho a la felicidad como derecho fundamental en sus Constituciones.

⁹ Así tenemos la decisión arribada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en el juicio conjunto de ADPF 132 y ADI4277, en el cual el Ministro Celso de Mello, en su voto, dijo que: “el derecho a la búsqueda de la felicidad es un verdadero principio constitucional implícito”, demostrándose el reconocimiento de categorías personalísimas, vinculadas al amor, como derechos fundamentales, siguiendo así esta corriente antropocéntrica antes referida.

¹⁰ Un ejemplo claro de esta tendencia humanista, es que el 19 de junio del 2011 se llevó a cabo la 109 sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas – ONU, en la que se acordó reconocer que la búsqueda de la felicidad constituye un derecho fundamental, para lo cual expidió la Resolución 65/309 titulada “La felicidad: hacia un enfoque holístico del desarrollo”, en la cual acuerdan que la felicidad es un “objetivo y aspiración universal”.

Gustavo Adolfo García Arango acertadamente revela este fenómeno, pues refiere que los aspectos emocionales que garantizan el bienestar emocional de las personas están siendo considerados como parte del derecho mismo, para ello afirma que se viene dando una *“avalancha de normatividad nacional e internacional y jurisprudencia que ha empezado a reconocer los sentimientos jurídicamente y a ser tomados como base para definir el derecho, presentándose un acercamiento de lo legal con las cosas propiamente humanas: el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad, el derecho a expresar los sentimientos, el derecho al amor (...), el derecho a buscar la felicidad (Naciones Unidas, 2011), por ejemplo”*¹¹ (el subrayado es nuestro). De ello podemos colegir que el reconocimiento de la complementariedad entre el Derecho y el amor es nada más que el producto del reconocimiento de la dignidad humana misma¹².

En estos tiempos se investiga si el derecho al amor –tema de debate contemporáneo– constituye o no un derecho fundamental y si se encuentra reconocido expresa o tácitamente en los ordenamientos constitucionales en este lado del continente, en la medida que estos últimos han sido renovados o han sufrido recientes transformaciones constitucionales (modificaciones constitucionales), ello dentro del marco de la evolución y acondicionamiento de los derechos humanos y fundamentales en dichos ordenamientos supraleales¹³. Entre las referidas investigaciones, tenemos la realizada por Gustavo García Arango, quien publicará su trabajo:

¹¹ GARCIA ARANGO, Gustavo Adolfo. *“La perspectiva jurídica del Amor a la naturaleza y las cosas en Colombia”* en AA.VV. Revista *“Estudios de Derecho”*. Edit. por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Vol. LXX N° 155. Medellín, Colombia; Junio del 2013; pág. 22.

¹² Gregorio Peces-Barba afirma sobre este punto: *“(...) Yo diría incluso que es en el ámbito de los derechos fundamentales donde más claramente aparece la complementariedad entre el derecho y el amor, porque se regulan jurídicamente ideales que expresan la dignidad humana, que son expresión del valor moral de cada persona, fin en sí, y del respeto y la fraternidad con el otro”*. Ver PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio *Op.cit.* pág. 78.

¹³ Sólo a modo de referencia tenemos el artículo de Gaspar Emilio Hernández Camaño con su trabajo *“El amor, derecho social fundamental: la tutela por el amor”* (the love, social fundamental right: the guardianship for the love); Gaspar Hernández Camaño con su artículo *“Tutela por Amor: Derecho de la Niñez Colombiana”*, Julieta Lemaitre Ripoll *“El amor en los tiempos del cólera: Derechos LGTB en Colombia”*, Gustavo García Arango con su investigación *“El derecho de*

“El derecho al amor en las constituciones de los países de América Latina”; en él realizó inicialmente una búsqueda normativa en 20 Constituciones del término *amor*; ampliada incluso a otros términos similares y afines, como son cariño, ternura, afecto, sentimiento, y, en revisión de su jurisprudencia a través de los portales web de los países citados; en ella se extrajo varias conclusiones que resultan importante resaltarlas¹⁴: sólo tres de las veinte constituciones revisadas incluyen de manera expresa el término “amor”, pero en contextos distintos, porque en dos de ellas (la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos¹⁵ y la Constitución Venezolana), hacen referencia al “amor a la patria” pero como un deber de todo ciudadano, más no como un derecho; tan solo la Constitución de Colombia reconoce textualmente al amor como un derecho fundamental (dotándola de jerarquía constitucional) pero sólo para el caso de los niños, así se aprecia de la lectura de su artículo 44°, que:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separada de ella, el cuidado y el amor (...) (El subrayado es nuestro).

259

Lo resaltable de la norma constitucional colombiana es que en ella, se le reconoce al amor la categoría jurídica de derecho, pero no cualquiera, sino que lo clasifica dentro la categoría más importante, el de ser considerado un derecho fundamental, lo que genera que sea exigible ante

amar en el sistema jurídico colombiano” financiada por el Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica del Oriente”, entre otros.

¹⁴ Ver GARCIA ARANGO, Gustavo Adolfo. “*El Derecho al amor en las Constituciones de los países de América Latina (The Right to love in the constitutions of the countries of Latin American)*” en AA.VV. Revista digital “*Derechos a pensar*”. Vol. 1 No. 01, editada por la Universidad Popular del César; Julio –Diciembre 2014; Colombia. En <http://revistas.unicesar.edu.co/index.php/derechoapensar/article/view/65/54>.

¹⁵ Artículo 3 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.- “*La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria, el respeto a los derechos humanos y a la conciencia de la solidaridad internacional*”

las distintas autoridades estatales, recayendo su protección sobre el grupo vulnerable como es la niñez¹⁶.

Por su parte, la Constitución Ecuatoriana hace mención al ***afecto emocional*** como derecho (siendo una de sus expresiones el amor), el cual está previsto en el artículo 44 de la misma, que a la letra dice:

(...) Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a un desarrollo integral, entendiendo como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas, intersectoriales nacionales y locales.

En cuanto a las demás Constituciones de los países latinoamericanos, éstas no hacen referencia alguna al amor o al afecto o emociones en general; sin embargo, la tendencia es que este derecho sea reconocido vía interpretación constitucional a través de distintos fallos judiciales, al considerarlo como un derecho implícito o que emerge como expresión de otros derechos o conceptos, los cuales sí están positivizados a nivel constitucional, entre ellos tenemos: el desarrollo integral, la dignidad de la persona humana, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, a la sexualidad y el vivir bien, y, finalmente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dejando extensivo que no sólo está refiriéndose al derecho de amar en la relación padres e hijos, sino en un sentido mucho más amplio, entendido como el originado entre seres humanos de manera afectiva, nos referimos el amor recíproco.

Sólo a modo de ejemplo, tenemos la sentencia T-686/16 emitida por la Corte Constitucional Colombiana, que resolvió una tutela de derechos (proceso constitucional semejante al amparo) promovida por una interna del Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picalaña

¹⁶ Se precisa que existe una herramienta jurídica internacional que si bien no es vinculante por no estar contenido en un Tratado o convención, esta puede ser aplicable -a criterios de los jueces de los países miembro de Naciones Unidas, donde reconoce también, como la Colombiana, el derecho al amor como un derecho de los niños, niñas y adolescentes, nos referimos al principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño.

“Coiba” cuyas iniciales son LCCG, y que cumplía una pena privativa de libertad, inicialmente una resolución administrativa le autorizaba ejercer su derecho de visita íntima con el recluso C.H.V.A.; sin embargo, producto de varios inconvenientes con su pareja, decidió terminar la relación y no hacer uso de la visita íntima; con el paso del tiempo, entabló una nueva relación sentimental con otro interno de iniciales S.D.T., de quién se había enamorado, por lo que hasta en 2 oportunidades solicitó el permiso anterior y que se le autorizara compartir la visita íntima con su nueva pareja (en el marco de su derecho a la intimidad desarrollo de la personalidad y sexualidad). Empero, el establecimiento penitenciario denegó dicha solicitud, bajo el argumento que: *“Para poder dar trámite a su solicitud de anulación de su visita íntima con el señor C.V.A.S, debe anexar manifestación escrita por parte de su compañero sentimental con firma y huella a fin de soportar la decisión de mutuo acuerdo de la petición realizada”*. En suma, denunció que el Estado limitó el ejercicio de su derecho a la intimidad y sexualidad supeditando el mismo a la decisión de un tercero. Dicha tutela constitucional fue amparada, y estableció que el requerimiento de la autorización por un tercero por parte del establecimiento penitenciario para acceder a su derecho a la visita íntima, constituiría un requisito irrazonable y arbitrario que transgrede el derecho fundamental a la intimidad, el cual es expresión del derecho al libre desarrollo de su personalidad y sexualidad, en su expresión a la libre determinación que tiene la persona (incluido aquella privada de su libertad) de decir con quién tener o no una relación afectiva, a quién o no amar. La Corte Constitucional concluyó de manera clara y contundente en el caso concreto en que:

La esfera íntima de los reclusos incluye autonomía, independencia y libertad para escoger la persona con quien desean relacionarse íntimamente. Es un aspecto personalísimo que debe ser respetado por las autoridades públicas, salvo que sea para exigir el cumplimiento de las condiciones de salubridad y seguridad que la norma prevé. La realización personal involucra el derecho a elegir con quien relacionarse emocional y sexualmente y decidir cuándo termina el vínculo, en razón a que el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad personal se encuentran directamente relacionadas con la visita íntima a la que tienen derecho los reclusos.

Para ello, aclara dicha Corte que el derecho a la visita íntima de las personas privadas de su libertad es un derecho de carácter constitucional que tiene relación directa con otras garantías constitucionales como son la intimidad personal y el libre desarrollo de la personalidad *en su faceta de libertad de sostener relaciones sexuales*, en cuanto al derecho a la sexualidad.

En otra sentencia, la Corte Constitucional Colombiana recaída en la T-2-2018 sobre un tema también referido a las visitas íntimas de los presos, reafirmó este criterio de relación entre intimidad, sexualidad, libre desarrollo de la personalidad y amor, ya que invoca como justificación que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia, ha vinculado la visita íntima con la sexualidad, en la medida en que ésta se considera como parte esencial del desarrollo humano, y, por tanto, pasa a ser protegida por el contenido y alcance del derecho a la salud, sobre el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; pero más adelante invoca en dicha sentencia, que la Declaración Universal de los Derechos Sexuales que se adoptó en el 14º Congreso Mundial de Sexología realizado en Hong Kong, es más precisa, al hacer referencia a la relación entre la sexualidad y el derecho al amor en pareja, así reproducimos dicha declaración:

La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor (el negreado y subrayado es nuestro).

En suma, la jurisprudencia internacional viene reconociendo de manera implícita, el derecho al amor como un derecho fundamental, al establecer que una de sus expresiones es el derecho a la libertad sexual, como también del derecho la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad¹⁷.

¹⁷ Se puede consultar otras sentencias extranjeras como la sentencias de la Corte Constitucional Colombiana contenida en la T-926/99, T-269/02T-465/02, C-355/06, T-732/09; como también la expedida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México en la Amparo Directo de Revisión 183/2017, cuyo contenido resulta interesante al reconocer que la infidelidad es

IV.- El derecho al amor como derecho fundamental en el sistema constitucional peruano

Una idea fundamental de la que debemos partir en este acápite, es que los derechos fundamentales constituyen condiciones necesarias y básicas que tiene todo ser humano para el desarrollo de su personalidad dentro del marco de la convivencia humana; por lo tanto, también son considerados *estándares mínimo* que el Estado y la Sociedad están obligados a garantizar¹⁸; cohesionando así –en términos actuales– una relación indisoluble entre derechos fundamentales y las garantías para su protección¹⁹; siendo claro que todo derecho fundamental ha sido incluido en el orden constitucional, otorgándose así la fuerza de norma supra-legal y fundamentadora de todo orden legal o ejercicio de poder existente. Gustavo Zabrabelski precisa que “la constitucionalización de derechos fundamentales es el factor que mayor peso ha jugado en el proceso de transformación del Estado de Derecho en Estado Constitucional”²⁰.

De otra parte, cabe añadir que estos últimos años, se ha venido consolidando la clasificación de los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional, según su fuente u origen, así tenemos la siguiente clasificación (i) *Los denominados derechos fundamentales expresos o nominales*, son los que se encuentra taxativamente reconocidos a lo largo del

263

un acto de manifestación de la autodeterminación de la persona como expresión de sentimientos y que no genera el pago de daños y perjuicios.,

¹⁸ Gerardo Eto Cruz señala que “*Podemos partir por definir los derechos fundamentales como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad*”. Ver ETO CRUZ, Gerado. “*Derecho Procesal Constitucional: Su interpretación y desarrollo jurisprudencial*”. Volumen I. Edit. Grijley. Sexta Edición; Lima, Perú; 2019; pág. 342.

¹⁹ El Tribunal Constitucional precisa en la STC No. 05374-2005-PA/TC “*Los derechos fundamentales y las “garantías para su protección” se han constituido como institutos que no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos solo podrían realizarse en la medida que cuenten con mecanismos “rápidos”, “adecuados” y “eficaces” para su protección. Los derechos y sus mecanismos procesales de tutela se constituyen así en el presupuesto indispensable para un adecuado funcionamiento del sistema democrático*”.

²⁰ Cit. por CORREA HENAO, Magdalena. “*Limitación de los derechos fundamentales*”. Edit por el Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá, Colombia; pág. 19.

contenido de nuestra Constitución como tales, dejando claro que no sólo son los previstos en el artículo 2 de la Constitución, sino también incluye aquellos diseminados a lo largo de la Constitución; sin embargo, debe precisarse que es la propia Constitución la que le asigna un *nomen iuris* determinado; (ii) *Los derechos fundamentales implícitos*, que son aquellos derechos fundamentales que no se encuentran de manera nominativa en la Constitución, pero que emergen a través de una interpretación extensiva de los derechos fundamentales ya establecidas positivamente, por ser -en gran medida- parte de sus expresiones, así, sin lugar a dudas las decisiones de los jueces a través de la jurisprudencia constituye su fuente de origen; y (iii) finalmente, los nominados *derechos fundamentales nuevos*, que son aquellos que se incorporan al plexo de derechos ya existente, pero son expresiones de la dignidad humana que permiten la realización de todo ser humano y tienen una autonomía propia, siendo también llamados derechos fundamentales no enumerados²¹.

Formuladas las precisiones sobre los derechos fundamentales-constitucionales y su acogimiento en nuestro sistema jurídico, paso a precisar cómo se viene incorporando y reconociendo el derecho al amor como un derecho fundamental constitucionalizado, como condición necesaria para garantizar la dignidad y el desarrollo de las personas. A nuestro juicio y conforme hemos desarrollado líneas arriba, el sistema constitucional peruano no dista del tratamiento que se le da al derecho al amor en los demás sistemas jurídicos latinoamericanos: se caracteriza al igual que el resto por la ausencia de una norma expresa o nominativa en nuestra Constitución que lo reconozca como derecho fundamental; sin embargo, siguiendo con la nueva tendencia, se abre paso a reconocer dicho derecho al amor como derecho fundamental a través de dos vías: (i) la primera, *legal a nivel infraconstitucional*, ya que el Estado regula las relaciones amorosas y afectivas, cuando éstas se materializan y trasciende en el mundo externo,

²¹ Luis Saenz precisa que los derechos no enumerados “*se nos presentan como aquellos atributos fundamentales de la persona que, al margen de no encontrarse objetivamente incorporados en el contenido de la Constitución, su existencia se desprende de aquellos principios esenciales que el ordenamiento constitucional reconoce como cláusulas abiertas*”. Ver SAENZ DAVALOS, Luis “Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización” artículo contenido en AA.VV. “*Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*”. Edit. Gaceta Jurídica, Lima, Perú; 2009; pág. 18.

mediante la institución por excelencia -y que no es la única que encierra el mundo afectivo-, como es el matrimonio o cuando se regula el derecho a recibir afecto [entiéndase amor] del niño²²; y (ii) el segundo, *a nivel jurisprudencial*, vía interpretación, pues los jueces y en especial el propio Tribunal Constitucional Peruano han desentrañado el sentido de la propia Constitución y han reconocido la condición de derecho fundamental y constitucional al amor a partir de la solución de conflictos surgidos de las relaciones sentimentales, estableciendo reglas jurídicas como los contenidos y límites del derecho del amor²³.

Una idea preliminar, en términos globales, es que tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional Peruano, prácticamente han establecido, a través de decisiones jurisdiccionales, que no podemos negar el amor en nuestra vida personal, por el contrario, debemos reconocer su presencia y su impacto en el plano de las relaciones interpersonales; por ejemplo, en la relación de pareja, de padres a hijos y viceversa, por sus familiares, amigos, por alguien; constituyendo una categoría valorativa elevada a la de un derecho fundamental con rango constitucional²⁴. Sólo

²² Ver el artículo 3-A de la Ley No. 27337 Código del Niño y Adolescentes, modificado por Ley 30403 publicado con fecha 30.12.2015.- “*Los niños y adolescentes, sin exclusión alguna, tiene derecho al buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral, ya sea por parte de sus padres, tutores responsables o representantes legales, así como de sus educadores, autoridades administrativas, públicas o privadas, o cualquiera otra persona. (...)*”

²³ No olvidemos que la función que cumplen los Tribunales Constitucionales en todo sistema democrático va más allá de corregir los errores individuales de los tribunales menores en el caso de los procesos de la libertad, es mucho más amplia: ejercer una acción correctiva de todo el sistema en el marco de la propia Constitución a partir de casos determinados, procurando cerrar la brecha entre el derecho y a la sociedad y proteger a la democracia misma, la cual exige el respeto irrestricto de los derechos fundamentales que permiten el desarrollo de todo ser humano. En suma, sus decisiones tienen una importancia para comprender y establecer parámetros de actuación del propio Estado como de la sociedad misma para con el ser humano, por ello que resulta importante los contenidos de sus decisiones jurisdiccionales en referencia al derecho de amar. Ver BARAK Ahoron. “*Un Juez reflexiona sobre su labor: El papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*”. Edic. Corunda SA, México; 2008; pág. 1

²⁴ Desconocer la presencia del amor en nuestra sociedad y su impacto en las relaciones jurídicas, no sólo es incoherente sino contraevidente, basta con observar

a modo de ejemplo tenemos la sentencia contenida en el Exp No. 01817-2009-PHC/TC, en la que el Tribunal Constitucional aborda al amor como un derecho del niño:

*En virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. De ahí que la unidad y estabilidad familiar sean indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño, así como la presencia activa, participativa y permanente de los padres. Por ello, el **cuidado y amor** que los padres le prodigan y el respeto a sus cualidades, defectos y talentos especiales, aseguran que el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material sea satisfecho²⁵*

266

En esta ocasión, centraré este estudio al derecho de amar que se genera entre dos personas (pareja) basada en vínculos afectivos, abordándolo a partir del estudio hermenéutico de las decisiones jurisdiccionales emitidas por la justicia constitucional peruana al momento de resolver conflictos de índole amoroso. Pretendemos con ello encontrar respuestas a las inquietudes que brotan con naturalidad en este momento, como son: ¿Qué entendemos por el derecho fundamental de amar? ¿Es un derecho implícito o es un derecho no enumerado? ¿Cuáles son sus manifestaciones? ¿Cómo ha protegido el derecho peruano a este tipo de relaciones humanas?

Es a partir estas inquietudes, que me trae a la mente el recuerdo de aquella interpretación magistral realizada por el cantante salsero Alex León,

fenómenos como el matrimonio, la unión solemne, los divorcios, la adopción, el aborto, la eutanasia y el maltrato animal, que apelando a valores de diversa índole para su justificación o rechazo, se han desarrollado también a partir de premisas sobre el amor propio, amor a las demás personas, amor a la naturaleza, amor a una concepción particular de la vida, o amor a una idea. Ver la sentencia de tutela 129-15 emitida por la Corte Constitucional Colombiana.

²⁵ Siguiendo esa línea tenemos la sentencia del Tribunal de Familia de Costa Rica (2008) que consagra para el niño “*el derecho a una relación continua con ambos padres y a la libertad para recibir y expresar amor a ambos*”

en el tema titulado “**El Amor**”, y cuya letra expresa lo difícil que puede ser para toda persona enamorada definir o comprender los misterios o expresiones del amor, la cual reproduzco apasionadamente a modo de reflexión:

Cuántas veces se escribió sobre el amor, mil poetas intentaron definir y hasta hoy no ha existido el inventor, que nos cuenten los misterios del amor (...) Cuatro letras tan sencillas de escribir, sin embargo, que difícil encontrar, puede estar en una esquina o puede ser, que lo encuentres en cualquier amanecer. (...) A mis amigos de bohemios, ni de copas, ya no queda nada más para cantar y termino aquí estos versos, estas coplas, pues el amor nadie lo puede explicar.

Retomando el tema que nos convoca en esta oportunidad -en cuanto a buscar respuestas a las primeras preguntas que hemos formulado sobre el contenido del derecho de amar y si este constituye o no un derecho fundamental nominativo implícito o no enumerado-, tenemos que ello no es una tarea fácil. No existe norma jurídica en nuestro ordenamiento constitucional ni infraconstitucional que lo defina, siendo un concepto totalmente impreciso que debe aclararse, debiendo partir de la definición lexical del Diccionario de la Real Academia Española, que señala es: «Sentimiento que mueve a desear que la realidad amada, otra persona, un grupo humano o alguna cosa, alcance que se juzga su bien, a procurar que ese deseo se cumpla y a gozar como propio el hecho de saberlo cumplido”.

267

La respuesta clara a estas interrogantes la encontramos en el pronunciamiento emitido por nuestro máximo intérprete constitucional, en la STC 03901-2007-PA/TC (Caso Victoria Elva Contreras Siaden), el cual constituye un caso emblemático ya que parte del estudio de un conflicto amoroso originado por una estudiante de la Escuela Militar de Chorrillos, Victoria Elva Contreras Siadén, cadete, quién mantuvo una relación sentimental con otro cadete fuera del ámbito de la Escuela, ello motivó que la Comandancia General del Ejército del Perú la sancionara con la pena máxima: la separación definitiva de la citada Escuela Militar, bajo la imputación de haber cometido la falta prevista en el Reglamento Interno de la Escuela Militar de Chorrillos que prohíbe en forma expresa en mantener relaciones amorosas y sexuales con otro cadete dentro o fuera de la Escuela, calificada como falta grave. En suma, se sancionó una conducta amorosa, proscribiendo el sentimiento natural y humano mismo,

en una de sus expresiones. En dicha oportunidad, el TC declaró fundada la demanda de amparo, partiendo de la idea clara que el derecho al amor es una expresión del derecho a la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad, garantizó así la libertad personal de decidir con quién mantener una relación sentimental; y lo consideró un derecho fundamental implícito. Por tanto, interpretó que la prohibición del Reglamento de la Escuela Militar de Chorrillos citado, debe ser entendida como una prohibición a las expresiones de amor dentro del recinto militar y no a las realizadas fuera de aquel, ya que es parte de la autonomía personal de cada ser humano decidir con quién mantener o no una relación amorosa. Así, reproducimos extracto de dicha sentencia donde aborda directamente el derecho al amor:

Al respecto se ha determinado que las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, siendo ésta una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada de una persona, propia de su autonomía y dignidad, de modo que se garantiza la facultad de determinar con quién se ha de mantener dichas relaciones concluyéndose que el Estado, ni ninguna institución a su nombre, pueden, por más fundamento disciplinario en que se sustente, prohibir en abstracto a una persona el tener este tipo de relaciones con determinadas personas, ni adjudicar consecuencias por haberlas mantenido con determinadas personas concluyéndose que la disposiciones reglamentarias que proscriban dichas relaciones no superan el test de idoneidad (subrayado nuestro).

Este razonamiento constitucional originado por el ejercicio de la potestad disciplinaria de las Escuelas Militares a toda relación amorosa entre cadetes, so pretexto de que en las fuerzas armadas debe primar el orden y la disciplina militar, ha sido repetitivo a nivel de la historia de nuestra jurisprudencia constitucional. Subsecuentemente, se ha privilegiado la interpretación de reconocer al derecho al amor como un derecho humano y fundamental, con ello, el Estado o institución a su nombre o cualquier persona privada debe garantizar también, como toda libertad, “la facultad de determinar con quién se ha de mantener dichas relaciones”, prohibiéndose toda sanción a las relaciones amorosas, salvo que se trate

de manifestaciones de amor dentro del claustro militar²⁶. Y, con particular importancia, debo precisar categóricamente que esta interpretación vía regla normativa es parte del bloque de constitucionalización en la medida que es considerada “*doctrina vinculante*”, por encontrarse al alcance del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional²⁷, ya que son interpretaciones claras emitidas de manera reiterada por parte de la máximo interprete constitucional²⁸; así tenemos: (i) la STC N° 02098-2010-PA/TC (Caso Eladio Óscar Iván Guzmán Hurtado), donde la Escuela Militar de Chorrillo le impuso como medida disciplinaria darle de “Baja” por mantener una relación amorosa con una cadete de años inferiores; y (ii) la STC N° 00855-2016-PA/TC (Caso Julio Guillermo Mejía Lazo),

²⁶ El TC precisó: “*Por otro lado en lo que respecta a la exteriorización del sentimiento amoroso dentro de la Escuela (Norma 2), este Colegiado estima, prima facie, que constituye un límite razonable al derecho al libre desarrollo de la personalidad en pro del logro de una convivencia armónica y ordenada al interior de la institución en la que de manera especial se busca inculcar la disciplina y la jerarquización en el alumnado, que supondrá la interiorización de comportamientos de autocontrol y orden, sobre todo si dichas manifestaciones son sancionadas con cierto rigor pues se realizan dentro de la escuela (STC 2098-2010-PA/TC)*”.

²⁷ Artículo VI del T.P. del Código Procesal Constitucional.- “*Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional*”.

²⁸ El concepto de doctrina constitucional se entiende aquellas interpretaciones dadas de manera reiterativa y uniforme por parte el máximo intérprete de la Constitución que vinculan a todos los órganos jurisdiccionales. El Tribunal Constitucional ha definido a la doctrina vinculante en la STC No. 04853-2004-AA/TC (Caso Dirección Regional de Pesquería La Libertad), de la siguiente manera: “*Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es las “anulaciones” de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde*”.

donde la Escuela Nacional de Marina Mercante Almirante Miguel Grau le impuso una medida disciplinaria dándole baja por mantener relación amorosa con otro cadete.

Esta regulación legislativa de proscripción a las relaciones sentimentales no sólo se da en el ámbito militar, sino también ante otros supuestos, por ejemplo, el artículo 42 de la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial que establece prohibiciones de matrimonio y unión de hecho entre magistrados con servidores jurisdiccionales y entre personal administrativo, situación similar respecto de los magistrados del Ministerio Público previsto en el artículo 47° del Dec. Leg. 052, Ley Orgánica del Ministerio Público (normas que analizaremos más adelante bajo el marco del principio de proporcionalidad). Además, esta vulneración no se limita al actuar en el sector público, sino también en las relaciones interprivatos (entre privados), como se observa los reglamentos internos de algunas entidades financieras, bajo el pretexto de autoridad y de seguridad de datos financieros.

270

De la lectura de lo desarrollado por el TC como doctrina vinculante en las sentencias contenidas STC 03901-2007-PA/TC, 02098-2010-PA/TC y 00855-2016-PA/TC, brota una idea clara y precisa en cuanto al contenido del derecho fundamental de amar y de lo protege la Constitución en sí, y es que en estricto se puede afirmar que no tendría cabida dentro de su contenido, los sentimientos en sí (como aquella sensación de estar enamorado de la otra persona) en la medida que ello radica en el fuero íntimo de la persona²⁹, y que más bien el núcleo duro de este derecho, su incidencia y protección se dan de manera directa en las expresiones o materializaciones de dicho sentimiento a través de una relación amorosa y afectiva con otra persona; en otras palabras cuando el sentimiento trasciende al mundo externo (besar, acariciar, mantener relaciones sexuales, tomarse de la mano, compartir momentos, cuidar y velar por la otra persona, contraer

²⁹ El sentimiento ensimismo no tiene efectos legales: el sentir que estar enamorado de otra persona, el anhelar que la otra persona se enamore y esté junto a uno, como lo describe la canción “*De mi enamórate*” interpretada por Tito Nieves al señalar “*Mira que el día que de mí, te enamores yo voy a ser feliz y con puro amor (...) Cuando te enamores de mí el hombre más feliz seré (...)*”, no puede afectar a persona alguna ya que no escapa de la esfera íntima de la persona, por tanto no necesita protección.

matrimonio, unirse fácticamente con una idea de una vida juntos, etc.)³⁰; es por ello que el máximo intérprete constitucional utiliza la expresión “*relaciones amorosas*” para referir al ámbito de protección constitucional del derecho de amar al ser considerado un derecho fundamental “implícito” que surge del libre desarrollo de su personalidad y de su propia autonomía o autodeterminación, en tanto constituye en sí un acto totalmente libre que tiene toda persona de determinar con quién o no mantener una relación de tipo “amorosa”, garantizando así el principio-derecho de la dignidad de toda persona.

En rigor el perímetro constitucional del derecho del amor se sustenta claramente en el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación de toda persona, convirtiéndose aquello en una barrera infranqueable, donde el Estado o la sociedad no pueden penetrar, salvo las excepciones constitucionalmente válidas, que más adelante precisaremos, ya que no existe derechos absolutos, para lo cual detallaremos cada uno de ellos:

(i).- *El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad* se encuentra consagrada en el artículo 2, inciso 1 de nuestra Constitución, que a su vez está ligada umbilicalmente con la dignidad humana y a la autodeterminación personal, ya que no puede hablarse de libre desarrollo si no se reconoce el poder de gobernar cada uno su propia vida. Este derecho es un derecho personalísimo, que permite a cada persona elegir libre y conscientemente su propia opción de vida privada y social (proyecto de vida), así como decidir sus metas y objetivos de acuerdo con sus valores, creencias, ideas, expectativas, etc.; consecuentemente, tenemos entre sus manifestaciones de dicho proyecto de vida: la libertad de elegir que estudiar, de cómo vestirse o que apariencia personal quiere tener, que actividad laboral realizar, o también que opción sexual tener, el de tener amigos o tener una relación sentimental, de contraer matrimonio o no, etc.; ya que a través de ello se logrará la felicidad y el pleno desarrollo como persona.

³⁰ SORDO ÍNIQUEZ, José Antonio. “*El amor y su relación con el derecho*” en la revista digital Capitel, haciendo referencia a las protección de las expresiones de amor señala: “*Cabe señalar que el Estado no regula propiamente al amor como sentimiento, ya que éste radica en la conciencia de las personas, y la libertad de convicciones éticas y de conciencia son derechos humanos, más el Estado regula las relaciones amorosas y afectivas, cuando éstas se materializan y trascienden al mundo externo*”. Ver: <https://capitel.humanitas.edu.mx/el-amor-y-su-relacion-con-el-derecho/>

En suma, este derecho constituye una cláusula general de libertad de carácter relacional, lo que obliga tanto al Estado como a la sociedad misma a proteger aquellas decisiones de las personas que están enfocadas a la realización personal del mismo individuo y a su propio y autónomo desarrollo, privilegiando la autonomía, siendo un principio fundacional que se convierte en el reconocimiento del poder de gobernar cada uno su propia vida³¹.

La decisión personal que realiza toda personas respecto a mantener una relación amorosa con otra persona y expresar dicho sentimiento, se inspira justamente en la atracción emocional y sexual que le causa la otra persona y que genera la necesidad de establecer un vínculo afectivo y, subsecuentemente, compartir una vida en común, siendo dicha proyección parte del proyecto de vida que se genera por dicho sentimiento de amor en el transcurso de la vida misma de toda persona. Por tanto, al ser decisiones enfocadas a la felicidad misma, asumidas como parte de la realización personal que tiene dicha persona, estas requieren protección por parte del Estado y la sociedad, estando prohibida a intervenir o interferir en dicha esfera privada, ya que es un ámbito de por sí impenetrable en primer orden³²; así reproducimos lo afirmado por nuestro Tribunal Constitucional en la STC No. 3901-2007-PA, quien precisó que:

Al respecto se ha determinado que las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, siendo ésta una actividad estrictamente privada,

³¹ Nuestro Tribunal Constitucional ha sido claro sobre este derecho fundamental al sostener en la STC No. 2860-2004-AA/TC lo siguiente: “*El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres*”.

³² En la STC No. 02868-2004-PA/TC se afirma que: “*La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento “constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra*”.

consustancial a la estructuración y realización de la vida privada de una persona, propia de su autonomía y dignidad, de modo que se garantiza la facultad de determinar con quién se ha de mantener dichas relaciones concluyéndose que el Estado, ni ninguna institución a su nombre, pueden, por más fundamento disciplinario en que se sustente, prohibir en abstracto a una persona el tener este tipo de relaciones con determinadas personas, ni adjudicar consecuencias por haberlas mantenido con determinadas personas concluyéndose que las disposiciones reglamentarias que proscriban dichas relaciones no superan el test de idoneidad.

(ii).- *La autodeterminación o autonomía de la voluntad* como también se conoce constituye un principio fundacional y transparente en el derecho de amar que deriva de la propia dignidad humana, en tanto permite reconocer la libertad plena y consciente que tiene toda persona para decidir sobre algo en específico en el marco de relaciones personales, sea bueno o no³³. Este principio, como lo señala la Corte Suprema de México, “no es otra cosa que la facultad inherente al ser humano de decidir libremente sobre sí mismo y sobre las condiciones en que se desea realizar su propia vida, en todos los ámbitos de su existencia: es el reconocimiento de su derecho humano de autodeterminación individual”³⁴.

273

Jorge Adame indica sobre la autodeterminación que: “*cada persona debe tener la posibilidad, de acuerdo con su desarrollo, a tomar sus propias decisiones, de ejercer su voluntad libremente y encaminar y vivir su vida conforme a los dictados de su conciencia. También expone que la persona —bajo el aspecto de la capacidad de autodomínio, de su dignidad o superioridad— aunque pueda estar condicionada por causas externas de todo tipo (físicas, biológicas, sociales) actúa finalmente por elección y decisión propia. En este sentido afirma*

³³ Stefano Rodotà menciona sobre la presencia de la autodeterminación en el derecho de amar, así tenemos: “*Se amplía, pues el perímetro constitucional en el que puede instalarse el amor. Ahora ya no constrictivo ni delimitado por barreras infranqueables, sino basados en un conjunto de puntos de referencia que progresivamente converge hacia el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de la persona, de su derecho a gobernar libremente la propia vida y el propio cuerpo. La lógica de la soberanía queda cancelada. Soberana lo es solo la persona*”. Ver RODOTÁ, Stefano. *Op.cit.* pág. 62.

³⁴ Ver amparo directo en revisión No 183/2017.

*que la dignidad de la persona se muestra en que ella es autónoma y es causa de su propio actuar*³⁵

La esfera de decisión consciente de estar o no estar con alguien en una relación amorosa y de expresar dicho amor a través de conductas, le compete en exclusiva a la decisión libre que asuma dicha persona, decisión que se manifiesta en el marco de su autodeterminación; la que permita lograr fines de felicidad como proyecto de vida misma.

Por otro lado -ya en términos globales- podemos precisar que dicho derecho al amor no constituye *per se* un derecho absoluto ya que tiene límites, impuesto por el respeto de los derechos de los demás y los impuestos por el ordenamiento jurídico, siempre y cuando estos sean constitucionalmente válidos utilizando para ello sobretodo criterios de interpretación como son el de proporcionalidad y razonabilidad. Es justamente aceptable la existencia de limitaciones a dichas manifestaciones de amor que se presentan en el marco de una relación de pareja, tal como sucedió en el caso contenido en la STC 2098-2010-PA/TC, en el cual el TC consideró como un límite razonable la prohibición de la exteriorización del sentimiento amoroso “dentro” de la escuela militar, por tanto es constitucionalmente válido la prohibición de las expresiones de amor entre cadetes como abrazarse, besarse, cogerse de la mano, intimar sexualmente, etc, en el recinto militar; ya que ello se justifica en el marco de garantizar también el principio de orden y disciplina que debe primar en el fuero castrense, más si consideró inconstitucional sancionar las conductas de mantener relaciones amorosas entre cadetes y que estos se exterioricen en el ámbito externo; así tenemos un extracto de la sentencia misma:

Por otro lado en lo que respecta a la exteriorización del sentimiento amoroso dentro de la Escuela (Norma 2), este Colegiado estima, prima facie, que constituye un límite razonable al derecho al libre desarrollo de la personalidad en pro del logro de una convivencia armónica y ordenada al interior de la institución en la que de manera

³⁵ Cit. por MAGALLON GOMEZ, María Antonieta. “La dignidad del matrimonio en el siglo XXI: Amor como paradigma” en AA.VV. “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”. Año XLVI, Núm. 138; editado por el Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM; septiembre-diciembre de 2013; México pág. 1030.

especial se busca inculcar la disciplina y la jerarquización en el alumnado, que supondrá la interiorización de comportamientos de autocontrol y orden, sobre todo si dichas manifestaciones son sancionadas con cierto rigor pues se realizan dentro de la escuela; sin embargo dado que el proceso administrativo sancionador adoleció de vicios que afectaron al debido proceso y al derecho de defensa, no resulta posible realizar un análisis de la aplicación de este contenido normativo de la disposición analizada al caso concreto.

Establecidos los parámetros inquebrantables del derecho de amor en el marco de el derecho al libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación, reafirmamos que sus manifestaciones se dan en positivo y negativo. La primera se entiende como la decisión libre de tener una relación amorosa con otra persona, y la segunda -negativa-, es su correlato de la primera, y se entiende como la facultad misma de dejar de amar a la misma persona e incluso –pero no necesariamente- de volver a enamorarse de otra persona, siendo un derecho con características propias de relatividad. En ese sentido, una vez extinguido el amor, no se puede obligar a amar a una persona y a cumplir las decisiones propias de la voluntad libre que tuvieron al unirse en una relación de pareja, como es: exigencia de solidaridad, ayuda mutua, respeto, comprensión, fidelidad, cohabitación, etc. Roto el vínculo sentimental se extingue naturalmente algunas obligaciones como es la cohabitación, entre otros, lo contrario implicaría invadir libertades personales y sancionar dichas conductas propias del amor, lo cual sería contradictorio con un Estado Constitucional de Derecho que respeta la dignidad del ser humano donde Estado está para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y no interferencias en dichos ámbitos: el estar y no estar. Es tan legítimo y legal el inicio como el fin del amor. Para finalizar este punto, debemos reproducir lo dicho por Stefano Rodotó “El derecho ha de ser consciente de que el derecho de amor es un derecho de libertad y no el logro de una concesión”.

Por otro lado, tenemos que las manifestaciones de este derecho fundamental se ven envueltos y ligados directamente con otros derechos (intimidad, libertad sexual, libertad de expresión, etc), es por ello que seguidamente amerita describir algunos *misterios del amor* -como diría Alex León en su canción “El amor”-, en referencia a las manifestaciones del

derecho de amar como parte de la dinámica de los afectos, pero analizados desde un punto de vista hermenéutico, en la medida que dichas situaciones fueron judicializadas a nivel constitucional, ratificando así su condición de derecho fundamental. A continuación, algunas decisiones jurisdiccionales emitidas al respecto:

4.1. El proceso penal seguido contra Sebastián de Peña y María Astete de Castillo por el delito de doble adulterio (1917): El derecho de amar y la infidelidad

La sentencia a la que nos referiremos data del 29 de diciembre de 1917, emitida por el Juzgado de primera instancia de Huánuco, por el Juez Enrique López Albujar³⁶, la misma que marcó un hito histórico y de gran importancia, por dos motivos: (i) por el contenido de la sentencia misma ya que aplicó control difuso en defensa del derecho de amor en el marco de la intimidad y libertad personal y (ii) por la época en que se dictó, pues existía una sociedad conservadora y moralista, donde muchas de las instituciones jurídicas estaban sometidas a dichas ideas moralistas, sumado el hecho que no se había desarrollado en aquella época el concepto de derechos fundamentales y peor aún conceptos como el derecho al amor.

276

El proceso se inicia contra Sebastián de Peña y María Astete de Castillo, por el delito de doble adulterio: ella era una mujer casada y mantenía –según la imputación– una relación sentimental y sexual contra el otro procesado. En ese tiempo estuvo vigente el Código Penal de 1862, y en su artículo 264 prescribía: *“La mujer que cometa adulterio será castigada con reclusión en segundo grado. El codeficiente sufrirá confinamiento en el mismo grado”*; en suma era norma que penalizaba la infidelidad de una mujer casada con pena privativa de la libertad.

El Juez, utilizando el principio de supremacía constitucional –no desarrollado aún en aquella época– absolvió a los imputados por el delito de adulterio, porque consideró que pese a la inmoralidad de la infidelidad y del adulterio, ello no puede ni debe generar sanciones penales, pues aquella

³⁶ Enrique López Albujar no sólo desarrollo la pasión por la poesía y la literaria, también tuvo pasiones por la justicia, ello por su formación humanista, siendo un juez visionario. Fue nombrado Juez de primera instancia de Huánuco por el Presidente del Perú José Pardo en febrero del año 1917.

regla contenida en el artículo 264 del Código Penal es “anacrónica y fruto de los prejuicios de las sociedades educadas en el concepto erróneo de la expiación del delincuente y en el sacramental del matrimonio”, dada la naturaleza privada e íntima de la infidelidad. Bajo esa consigna, el juez López Albújar señaló que es “deber del juez no aplicar [el delito de adulterio] para que así se derogue y se imponga la necesidad de su reforma”, es decir inaplicó una norma en el marco de una interpretación constitucional. Así reproducimos dichos fundamentos:

Que si el fin de la penalidad es el restablecimiento del orden social perturbado, cuando el hecho que se juzga no lo perturba en realidad, la aplicación de la pena carece de objeto y se toma injusta; que como en el presente caso el hecho de que se trata es un adulterio -hecho que por su naturaleza a un orden privado e íntimo- invocar esa perturbación como fundamento de castigo sería incurrir en una inconsecuencia y en una ironía.

Debido a que no puede haber alteración del orden social ahí donde el hecho que se juzga es tan común que a nadie escandaliza y de cuya complicidad o tolerancia todos son responsables; que si el fin del matrimonio es hacer vida en común y reproducir la especie humana mediante un compromiso legal basado en la felicidad, el mejor medio de solución no es la pena sino el rompimiento del pacto o perdón del ofendido, pues con aquella se mata toda esperanza de reconciliación –prevista por la ley–se destruye de hecho un hogar y se infama no solamente al culpable sino también a los hijos, que han de ver en todo momento en uno de sus padres de causa de su infamación, lo que es profundamente inmoral y disociador; que si el único perjudicado y directamente ofendido por el adulterio es el cónyuge del adúltero, razón por la que el ministerio público, personero de la sociedad, no interviene en esta clase de hechos, su comprobación no debería tener más fin que la indemnización de una obligación de hacer, contraída en virtud del contrato civil, tácitamente celebrado, ella no puede ser materia de una sanción penal sino de la responsabilidad prevista en el artículo 213 del Código Civil; que desde que la prescripciones de nuestro Código Penal sobre el adulterio son anacrónicas, parciales y fruto de los prejuicios de las sociedades educadas en el concepto erróneo de la expiación del delincuente y en el sacramental del matrimonio, es deber del juez no aplicarlas para que así se deroguen

y se imponga la necesidad de su reforma; que si tratándose de la pena de muerte, la práctica de nuestro tribunales de justicia, inspirados indudablemente en el sentimiento público, ha concluido por abrogar, tratándose de la que le corresponde al adulterio no hay razón para no hacer con ella lo mismo; que la circunstancia de ser este delito redimible por el agraviado demuestra claramente que la sociedad no tiene mayor interés en castigar a los culpables; el juez, en todo caso no debe mostrarse más interesado que la sociedad misma, ni debe olvidar que el espíritu humano es un compuesto de flaquezas; que por último, si en los retrasos e intolerables tiempos de la predicción evangélica del hombre más grande y más justo de la humanidad acogió y perdonó públicamente a las pecadoras a las adúlteras, condenarlas en estos tiempos de radiante civilización, en que todo se discute y se impugna, sería pretender enmendar la obra de Jesús y ofender el espíritu de justicia y de tolerancia del siglo.

Lastimosamente, dicha sentencia fue apelada, posteriormente revocada y luego de interpuesto recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, éste máximo Tribunal estimó que el Juez López Albuja prevaricó por ir en contra del sentido de la ley que penalizaba la infidelidad, siendo apartado de la judicatura por noventa días como sanción, tiempo en el que escribió “Cuentos Andinos”, publicado dos años después, y que reflejó el dolor por dicha sanción impuesta³⁷.

³⁷ Escribió la siguiente dedicatoria a sus hijos en dicha obra: “Estos cuentos fueron escritos en horas de dolor. Un grito de rebeldía de mi conciencia puso corazón entre el engranaje de la disciplina jurídica y durante 90 días tuve que soportar el suplicio de la trituración y el asqueroso gesto de malicia con que las gentes ven siempre a los que yerran o caen. ¿Mi culpa? Una prevaricación. En la alternativa de condenar una falta (¿Por qué delito?) que todos los hombres honrados comenten diariamente, sin por ello la estimación pública y de absolver, para tranquilizar mi conciencia, no vacilé en apartarme voluntariamente del camino que me indicaba la ley. Preferí ser hombre a ser Juez. Preferí desdoblarme para dejar a un lado al Juez y hacer que el hombre con un sólo un poco de humanismo salvara los fueros del ideal. Y aunque el sentido común —ese escudero importuno de los que llevamos un pedazo de Quijote en el alma— me declamó por varios días sobre los riesgos que iba a correr en la aventura judicial, opté por taparme los oídos y seguir los impulsos del corazón. Tal vez os parezca extraño mañana, cuando os deis cuenta de mi aventura, que un Juez tenga corazón. Parece que la ley, mejor dicho, nuestra ley, no permite esta clase de entrañas en los encargados de aplicarla ¿Hice bien? Don Quijote diría que sí. Panza diría que no.... al meditar sobre las bellas locuras de nuestro padre, os estremeceréis al ver cómo una rebeldía suya estuvo a punto de truncar su porvenir y a echarnos a perder el pan

Lo cierto es que dicha sentencia afirmó algo interesante desde el punto del humanismo y es que el acto mismo de infidelidad se encontraba en la esfera de lo privado de cada persona, y su reproche moral no justificaba tratativa judicial y mucho menos penal, ello a la luz de la libertad personal. Era claro que la tipificación del delito de adulterio de la mujer casada era una fórmula legal que vedaba el amor a las mujeres fuera del sacrosanto recinto matrimonial, y a la vez un acto de discriminación respecto del hombre, ya que a él sí se le permitía ser infiel en el matrimonio, siempre y cuando no sea notorio.

Es necesario detenerse en este punto, para resaltar lo positivo de esta sentencia, y es que nuestro Juez López Albújar fue pionero y futurista en el desarrollo de los derechos de la persona, ya que en la misma época de los 60 y 70, otros países europeos -como Italia-, también regulaban esa fórmula legal que penalizaba con reclusión la infidelidad de la mujer casada, la cual estaba contenida en el artículo 559° de su Código Penal; sin embargo, el Tribunal Constitucional de Italia emitió la sentencia del 19 de diciembre del año 1968 a través de la cual declaró inconstitucional dicha norma por discriminatoria³⁸. Por lo tanto, podemos decir que 50 años antes el Perú ya había declarado inconstitucional dicha fórmula legal a través de esta emblemática sentencia.

La infidelidad demuestra simplemente una falta de amor o -mejor dicho- el desamor respecto de la pareja con quien se contrajo matrimonio, pues supone romper un deber jurídico personalísimo de fidelidad y un ejercicio de la libertad sexual como expresión del libre desarrollo de la persona con una tercera persona (distinta al esposo o esposa). Por tanto, la consecuencia sólo debe recaer en el ámbito civil: la disolución del vínculo conyugal y no podría recaer en el ámbito penal, ya que es parte del ejercicio de su libertad y autodeterminación. Al respecto y a modo de mayor abundamiento de ello, tenemos lo señalado recientemente en la sentencia de

que oscuramente ganaba para vosotros – oíd bien – el ideal es lo único que dignifica la vida, y los principios, lo único que salva a los pueblos. Firma vuestro padre”.

³⁸ Entre los fundamentos expuestos por el TC Italiano, es “la discriminación, lejos de ser útil, constituye un grave impedimento para la concordia y la unidad familiar, la ley, al no considerar relevante el adulterio del marido y castigando sin embargo el de la mujer, coloca en situación de inferioridad a esta última, ofendida en su dignidad y forzada a soportar la infidelidad y la injuria”

amparo directo en revisión No 183/2017 emitida por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dice:

En otras palabras, el matrimonio no anula la autodeterminación personal en relación con esos derechos, es decir, el matrimonio no confiere a los cónyuges un derecho o un poder coactivo sobre el cuerpo y los actos del consorte en el ámbito sexual, pues aceptar que la voluntaria constitución del estado matrimonial conlleva la declinación de la libre autodeterminación sexual, trastocaría la propia dignidad humana. Aun dentro del estado marital, los miembros de la pareja conservan la facultad de decidir sobre el ejercicio de su sexualidad, pues son dueños de sus cuerpos y tienen libre albedrío para utilizarlo con el fin del placer sexual, desde luego, asumiendo las consecuencias que traerá a la relación matrimonial el propio comportamiento.

4.2. Exp. No. 875-2000-PA/TC (Caso Maribel Alina Carranza Rodríguez): No son sancionables disciplinariamente las relaciones extramatrimoniales.

280

En el presente caso, Maribel Alina Carranza Rodríguez (efectivo policial) denunció verbalmente ante el Ministerio Público a su jefe inmediato superior, don Juan Emeterio Ari Mendoza, quién tenía orden de detención, por el delito contra la libertad sexual. Producto de dicha denuncia, ante el fuero policial, se aperturó proceso penal contra la denunciante precedente, por el delito contra el honor, decoro y deberes militares, pese a ello, fue absuelta. Sin embargo, fue sometida a un procedimiento disciplinario y posteriormente sancionada mediante Resolución Regional No. 502-96-VIIR.PNP/EMRIOR, que dispuso su pase a situación de disponibilidad, bajo el argumento que dicha policía supuestamente tuvo “*relaciones extramatrimoniales con otro miembro de la Policía Nacional del Perú que fue su jefe superior Juan Emeterio Ari Mendoza*”, hecho que, a juicio de la entidad policial, “[...] pone en riesgo el prestigio institucional [...]”, con “[...] el agravante de que ambos tienen compromisos e hijos, lo que evidencia sus escasos valores morales y una falta de respeto a la Institución [...]”; y configura “[...] graves faltas contra la moral policial y contra la disciplina [...]”.

La sanción fue recurrida hasta llegar al TC, en el proceso de amparo. La demanda fue estimada, se dejó sin efecto la sanción impuesta y se ordenó

que la amparista sea repuesta a la situación de actividad de la sanidad de la Policía Nacional del Perú. El máximo órgano constitucional argumentó en puridad que la entidad no fue objetiva en el proceso disciplinario ya que distorsionó los hechos pues advirtieron ilogicidad en su razonamiento, en tanto y en cuanto por un lado en el proceso penal seguido a don Juan Emeterio Ari Mendoza se estableció que dichas relaciones extramatrimoniales no fueron consentidas y en el proceso disciplinario contra la accionante pareciera que si fueron consentidas, imputándole que dicha relación extramatrimonial constituía una falta disciplinaria en la medida que pone en riesgo el prestigio institucional. Los fundamentos del colegiado constitucional fueron los siguientes:

Y es que una cosa es que se mantengan relaciones extramatrimoniales y esas relaciones obedezcan a la voluntad de quienes lo realizan, y otra muy distinta es que tales relaciones hayan sido producto de la afectación de la libertad de uno de ellos. Si, en tesis que no comparte el Tribunal Constitucional, la primera de las opciones pudiera afectar el prestigio o la buena imagen de la institución policial y, por tanto, ameritar la imposición de una sanción administrativa; resulta evidente que no sucede lo mismo tratándose del segundo supuesto, donde la supuesta infracción no sólo no es imputable a la demandante, sino que incluso se practicó contra su voluntad. El prestigio de una institución no se encuentra por encima de los derechos fundamentales de sus integrantes, sino más bien se confirma cuando los respeta, y sanciona ejemplarmente a quienes lo transgreden.

Dentro de dichos fundamentos quedó clara como regla jurídica referida al derecho a amor, que es inconstitucional e irracional sostener que las relaciones extramatrimoniales de dos efectivos policiales entre sí, basados en decisiones libres y no coaccionadas, constituyan en sí mismo una afectación al prestigio institucional policial y mucho menos que ello sea considerado una falta disciplinaria o un ilícito en el marco del derecho, en la medida que dicha relación sentimental se encuentra dentro del ámbito del fuero interno y de dignidad de decidir tener o no una relación amorosa extramatrimonial; dejando claro que dicha regla no es aplicable al caso mismo, ya que es por el contrario un hecho de violencia contra la mujer.

4.3. Exp. No. 1184-2001-PA/TC (Caso Jhons Humberto Arroyo Amao): El derecho al amor no discrimina

El presente trata de un caso complejo a través del cual Jhons Humberto Arroyo Amao, efectivo policial, cuestionó una decisión administrativa de traslado de la dependencia policial de Cuzco donde laboraba a Puerto Maldonado dispuesto por el mando policial, ello a raíz de una denuncia de su esposa contra otros efectivos policiales por abuso de autoridad; sin embargo, luego dicho efectivo policial fue sancionado por mantener relaciones convivenciales con una persona que registra antecedentes policiales e ingreso a un penal (ex –reclusa) y justamente fue quién denunció a los otros efectivos policiales, ya que ello constituye una falta a la moral policial. El Tribunal Constitucional advierte que en el fondo el presente proceso trata de la imposición de una sanción por la relación amorosa (convivencia) del efectivo policial, inmerso en una prohibición directamente a dicha relación afectiva, como si se tratará de un ilícito administrativo, invadiendo de esta manera el Estado, el fuero interno y la voluntad consciente de toda persona a decidir con quién estar o no, y con quién convivir, ello en el marco de una relación afectiva de vida en común. No olvidemos que las personas tienen el derecho a elegir libremente y construir su personalidad en plena libertad, por ello resulta interesante reproducir los fundamentos por dicho órgano constitucional:

282

En lo que respecta a la Orden de Sanción de 10 días de arresto simple adoptada por faltas contra la moral policial, con fecha 20 de setiembre de 2000, el Tribunal advierte que no contiene ningún sustento de razonabilidad o sentido común, en tanto que no puede considerarse una falta o infracción una conducta propia del comportamiento humano, tan elemental como las relaciones afectivas y las consecuencias derivadas de ellas. Sostener que se desprestigia a la institución por el hecho de que un efectivo policial convive con una persona que en algún momento de su vida pudo tener problemas legales, supone no sólo negar la capacidad de autodeterminación personal de cada individuo, con la consiguiente negación de su dignidad humana, sino también la transgresión del derecho de toda persona, en algún momento condenada, a reeducarse, rehabilitarse y reincorporarse al seno de la sociedad, como se propugna desde la propia Constitución. Se ignora incluso, y lo que es más grave, que la relación

entablada por el recurrente comprende la existencia y protección de una menor, a quien no se puede desconocer. Una cosa es que la institución policial requiera afianzar su imagen sobre la exigencia de determinados valores morales en sus efectivos y en las relaciones que en su condición de autoridades mantienen con la colectividad, y otra, totalmente distinta, que se les pretenda negar las libertades esenciales a que como seres humanos tienen derecho. En esta dicotomía, la única alternativa compatible con el Estado de Derecho y el cuadro de valores materiales que éste propugna, sólo puede ser aquella que compatibilice, en forma razonable, la existencia y características propias de la institución policial con las condiciones de realización propias de cada ser humano. De allí la necesidad de proscribir comportamientos que, so pretexto de una equivocada concepción de la disciplina, pretendan en el fondo vaciar de contenido los derechos elementales del ser humano, incluso los del policía, que, no por serlo, deja de ser lo primero.

El dilema humano descrito es una clara muestra de la relación entre el derecho al amor y el principio de igualdad y no discriminación, ya que no puede el Estado invadir el fuero de decisión personal por la condición de que la otra persona sea o no reclusa en un penal; el amor no discrimina³⁹.

283

4.4. Exp. N° 2868-2004-PA/TC (Caso José Antonio Álvarez Rojas): El derecho al amor en el marco de las relaciones homosexuales

De la lectura de dicha sentencia se puede extraer que don José Antonio Álvarez Rojas era un efectivo policial que laboraba en Pomabamba – Áncash, y que cometió falta contra el decoro y espíritu policial, por tanto la entidad policial le impuso inicialmente la sanción de diez días de arresto simple y luego de pase al retiro, justificando dichas sanciones en

³⁹ Rodotá haciendo referencia a la relación del derecho de amar con la de igualdad, señala “*Al cambiar el paradigma de referencia, la dimensión de los derechos fundamentales asume la necesidad de conectar los derecho del amor, con el principio de igualdad y con el respeto integral a la dignidad de la persona, que no puede renunciar a la importancia de su voluntad. La autonomía de las personas se expande, permite la construcción de modelos diversos de convivencia, ya no considerados por el derecho como un estado transitorio, una especie de preparación más o menos larga al matrimonio en el que necesariamente debe desembocar la convivencia*”. Ver Stefano Rodotà; *Op.cit.* pág. 66.

dos razones fácticas: (i) no haber cursado la solicitud correspondiente ante la Superioridad pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Sra. Keli Micheli Rojas Minchola. (ii) que el matrimonio se efectuó con una persona de su mismo sexo, ya que dicha persona habría cambiado sus nombres de pila, adulterando sus documentos personales, manteniendo el mencionado efectivo PNP relaciones de convivencia en forma sospechosa con el referido civil, pese a haberse percatado y tenido conocimiento, en su condición de auxiliar de enfermería, de las anomalías físicas que presentaba en sus órganos genitales, ya que era hermafrodita. La pretensión planteada por el accionante fue declarada fundada, se dejó sin efecto dichas sanciones y se dispuso su reincorporación al seno policial, siendo los fundamentos del TC los siguientes:

El Tribunal Constitucional considera que dicha sanción viola el principio de legalidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

- A) *En primer lugar, afecta el principio de legalidad, pues, como antes se ha expuesto, el ius connubis está sujeto a la exigencia del literal a), inciso 24 artículo 2º, de la Constitución. Y, por tanto, no se puede sancionar a un servidor público por no haber solicitado su autorización, como se ha hecho con el recurrente.(...) En efecto, tales dispositivos legales no fueron de aplicación al caso del recurrente, dado que la persona con la que se casó no era extranjera, y tampoco se le impuso la sanción de pase al retiro por medida disciplinaria, porque sencillamente no era una norma aplicable.*
- B) *En segundo lugar, el Tribunal considera que se ha violado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que así se hubiese satisfecho el principio de legalidad, la exigencia de contarse con una autorización de la PNP para que uno de sus efectivos contraiga matrimonio constituye una intolerable invasión de un ámbito de libertad consustancial a la estructuración de la vida privada del recurrente. Este último, como todo ser humano, es libre de decidir con quién contrae matrimonio y cuándo lo celebra, sin que para ello requiera el visto bueno de un órgano estatal, por más que se preste servicios en dicha institución.*

En suma, entre los argumentos de justificación de la decisión, recogemos la imposibilidad de sancionar a una persona y, en específico, a un

efectivo policial, por entablar una relación sentimental o matrimonio de tipo homosexual, ya que ello es parte de la esfera íntima de toda persona y de la decisión libre que tiene de decidir entablar una relación de tipo sentimental con quién desee, sea ésta hetero u homosexuales, en la medida que el derecho de amar tampoco distingue en función a opciones sexuales. Así transcribimos dicho fundamento:

De ahí que cuando el Estado, a través de uno de sus órganos, sanciona a un servidor o funcionario por tener determinado tipo de relaciones con homosexuales o, como en el presente caso, con un transexual, con independencia de la presencia de determinados factores que puedan resultar lesivos a la moral o al orden público, se está asumiendo que la opción y preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica. Es decir, se está condenando una opción o una preferencia cuya elección solo corresponde adoptar al individuo como ser libre y racional.

Precisamos que la relación concreta fundada en el amor es la institución jurídica del matrimonio, pero dejando sentado el hecho que no es la única, ya que también existen otras formas de uniones de hechos propias e impropias, hetero u homosexuales, las cuales son consecuencia del ejercicio libre de amar y de la decisión de formar un vínculo, o una sociedad de ayuda mutua entre dos personas, como parte del proyecto de vida familiar común⁴⁰. En el caso peruano sólo le son permitidas el matrimonio -en apariencia- a las relaciones heterosexuales; sin embargo, no se puede seguir marginando y estigmatizando con esta institución a una minoría sexual en beneficio de las orientaciones discriminatorias de una eventual mayoría; situación que exige ser corregida en el nombre del amor y de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad que lo sustenta, dejando de lado situación de índole moral, religiosa o tradicional, en aras de homogeneizar los derechos que les asiste a un matrimonio heterosexual. Es necesario una metamorfosis del derecho mismo en este punto.

⁴⁰ Históricamente se ha consagrado al matrimonio como única instancia en la que se podía dar legitimidad institucional al amor, lo cual es totalmente errado, ya que existe otras formas como la convivencia misma en referencia a relaciones heterosexuales como homosexuales, ya que la característica común es que se sustentan en la autonomía de las personas, ello se da en el marco de la lógica de los sentimientos

4.5. Exp. N° 1575-2007-PHC/TC (Caso Marisol Elizabreth Venturo Rios): El derecho al amor de los internos y la exigencia de las visitas íntimas

En esta sentencia se observa la historia de doña Marisol E. Venturo Rios, reclusa en el Establecimiento Penitenciario de Máxima Seguridad de Chorrillos, cumpliendo una condena de pena privativa de la libertad, y gozaba del beneficio penitenciario de visita íntima. A partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.° 927, el Establecimiento Penitenciario en que se encontraba reclusa le cursó el Oficio N.° 276-2006-INPE-07, en el cual le suspendió y negó la concesión del beneficio penitenciario citado, bajo el argumento de que las reclusas condenas por el delito de terrorismo no tienen derecho a acceder a dicho beneficio penitenciario. Ello le motivó a interponer demanda de amparo en busca de tutela constitucional para solicitar se le conceda el derecho a dicho beneficio penitenciario. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional establece que el derecho de amar se materializa a través del derecho a la visita íntima que tiene todo recluso(a) con su esposa o conviviente, constituyendo un bálsamo (alivio) para la tristeza del citado recluso(a), siendo considerado una compensación por el deterioro de su integridad producido por la limitación de su libertad personal, por tanto el Estado debe garantizarlo en su integridad, salvo que exista razones constitucionalmente válidas; así lo fundamenta:

286

*El Estado, al permitir y garantizar la visita íntima a los internos, coadyuva decisivamente en la consolidación de la familia en el proceso de resocialización del reo, pues las condiciones de hacinamiento e higiene de los establecimientos penitenciarios generan en éste un deterioro de su integridad física, psíquica y moral que frecuentemente sólo pueden ser **compensados con el amor que brinda la familia** [en referencia a uno de los integrantes que es la pareja] (resaltado nuestro).*

Aclara más adelante el TC que el Estado no puede prohibir la visita íntima de un recluso(a) bajo el argumento de haber sido sentenciado por delito de terrorismo, ya que ello contribuye al debilitamiento de la institución de la familia en la medida que dichas visitas íntimas constituyen espacios que se comparte en pareja, siendo necesario para fortalecer sus vínculos afectivos, ya que, una vez fortalecida la relación de pareja, se facilita la relación armónica con los hijos, tal como lo afirma:

La relación sexual entre el interno y su pareja es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad. Y es que, tratándose de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los internos y su pareja el poder relacionarse en el ámbito sexual ya que este tipo de encuentros, además de tener como sustrato un aspecto físico, trasciende al psicológico y al ser positivo repercute en el estado de bienestar de la pareja.

Con esta sentencia se confirma y ratifica el derecho al amor del prisionero a mantener contacto afectivo en el marco de la intimidad y libertad sexual con su pareja, pese a la limitación de su libertad, siendo ello una expresión de aquello, con el cual hay vínculo directo.

4.6. Exp. N°3485-2012-AA/TC (Caso Keith Carlos Enrique Mamani Ticona y Lid Beatriz Gonzales Guerra): El derecho al amor de los funcionarios públicos y la relación con el derecho a la intimidad

En su momento, esta sentencia desató gran polémica, por la relación directa entre el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos y el derecho de amar en sí mismo, ya que a partir de aquella se desarrollaron sus alcances y límites en referencia a la libertad sexual, como expresión de aquella⁴¹. La historia tiene su origen a partir de una grabación no autorizada realizada a dos fiscales en el marco de la intimidad, manteniendo relaciones sexuales en una habitación de hotel, la misma que fuera divulgada a través de un correo anónimo a los correos institucionales, siendo que a partir de ello la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Ministerio Público del Distrito Judicial de Puno les inició procedimiento sancionador tipificando

⁴¹ García de Arango, en referencia al amor de pareja como sexualidad, describe que el “referente más común del amor es el de la pareja, expresando en la mayoría de veces en el aspecto sexual, el amor de los sexos como lo denominada Schopenhauer (1978, p. 12) (...). No obstante, en la actualidad es clara la vocación del sexo, pero con amor, enmarcado en las relaciones afectivas de pareja. Por ello, el derecho al amor también se concreta en los derechos sexuales y reproductivos sobre los cuales ya se ha pronunciado uniformemente la Corte Constitucional colombiana (T-926/99, T-465/02, C-355/06, t-732/09, entre otras)” Ver. GARCÍA ARANGO, Gustavo Adolfo. “El derecho a estar solo, a la pareja, a la familia y al amor en Colombia y algunos países de Latinoamérica” en Revista de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas. Vol. 42. B, 116; Colombia; 2012; pág. 32

la falta como una conducta deshonrosa en su vida de relación social que involucran la supuesta existencia de una doble relación sentimental, en suma por actos de infidelidad. Ante ello, los implicados interpusieron su demanda de amparo y solicitaron que se deje sin efecto dicha resolución de apertura de investigación, toda vez que se inició en el marco de una prueba ilícitamente obtenida que vulneró de manera directa su derecho a la intimidad: la grabación se realizó en el ámbito privado y sin autorización alguna, así como también alega transgresión a los principios de tipicidad, derecho de defensa y debido proceso.

En la sentencia, el TC reconoce que los funcionarios públicos tienen también derecho a la intimidad; sin embargo, es mucho más restringido respecto del que ostentan las demás personas, ello debido a su condición de funcionarios públicos; por tanto sus actos íntimos tendrán importancia para transparentarse, cuando estos estén referidos a su actividad pública, caso contrario, dicha esfera íntima debe estar protegida.

288

En ese sentido mantener relaciones sexuales en pleno ejercicio de su libertad sexual entre dos fiscales fuera de los ambientes de trabajo, se encuentra dentro del marco de su autodeterminación y la libertad de poder elegir con quién mantener relaciones sexuales o no, por tanto se encuentra conexo con el derecho a proteger dicha esfera íntima, donde el Estado no puede interferir, salvo que ello tenga incidencia en el ejercicio de la función de desempeñada; consecuentemente, la resolución de inicio fue rechazada habida cuenta que implicó una intromisión en la vida privada de dos personas y en decisión libre de expresar su amor a través de su libertad sexual, ya que el intimar sexualmente es parte de ella. Aquí un extracto de dicha sentencia y sus argumentos:

16.- Por ende, la comprensión de la referencia a «vida de relación social», hecha en una norma como el artículo 23 inciso g) del Reglamento interno del Ministerio Público [que tipifica la falta], debe ser entendida no solamente como resultado de las actividades extra profesionales que desarrollen los fiscales en el ámbito público, y que, además, afecten la imagen institucional del Ministerio Público. Deben también tomar otros recaudos.

17.- En ese sentido, un fiscal que participe en tumultos, o que se presente alcoholizado en reuniones públicas, por describir solo algunos supuestos,

incurriría en una conducta reprochable bajo la figura en cuestión, pues además resulta claro que perjudica la imagen institucional. La eventual sanción a aplicarse deberá ser evaluada a la luz de su gravedad en las concretas circunstancias de cada caso.

18.- Ahora bien, conviene aquí preguntarse, qué es lo que ocurre si los actos de los fiscales imputados que tiene que ver con el ejercicio de sus derechos a la libertad sexual y a la intimidad. Esos actos, en cambio, no pueden ser objeto de sanción ni considerarse parte de la «vida de relación social» a la que hace referencia la disposición del literal g) del artículo 23 de la Resolución 071 -2005-MP-FN-JFS que se cuestiona.

19.- Conviene entonces anotar que este Tribunal Constitucional ya tiene resuelto que « ... uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual. En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional «las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada(...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad [Exp. N. 0 03901- 2007-PA/TC, FJ 13 y Exp. N. 0 01575-2007-PHC/TC FJ 13]» (STC 00008-2012- AIITC, Fundamento Jurídico 20).

20.- En ese sentido, resulta evidente que los actos de la vida privada de cada quien (e incluso de los funcionarios y funcionarias públicas, quienes también cuentan con intimidad y vida privada), y en particular, las preferencias y actividades sexuales de la persona que son llevadas a cabo en esa intimidad, no pueden ser sancionables, ello en mérito a que constituyen claras manifestaciones de la vida privada, salvo que se acredite fehacientemente que esta conducta, vinculada a la intimidad, tenga directa incidencia en el ejercicio de la función desempeñada.

4.7. El informe técnico No. 773-2013-SERVIR/GPGSC: ¿Puede sancionarse a dos personas por mantener una relación sentimental laborando en una misma entidad estatal?

Punto aparte, merece mención el informe de servir en referencia, que data del 10 de diciembre del 2013, toda vez que, si bien no es una decisión jurisdiccional en estricto, alimenta y consolida la idea de cómo deben interpretarse las normas jurídicas en el marco del derecho al amor, con la clara intención de no afectar totalmente el mismo a partir de las relaciones afectivas que se entabla entre servidores de una misma institución y que claman un reconocimiento de ese proyecto de vida en común (como son el matrimonio o las uniones de hecho); sin embargo, tiene una limitación en apariencia -la prohibición de que los servidores públicos que laboren en una misma dependencia pública puedan contraer matrimonio o convivir por tener intereses en conflicto-.

Tanto el matrimonio como la unión de hecho, son sólo manifestaciones del derecho de amar, porque ellos se fundan en actos conscientes y libres que asume una persona respecto de una relación y vida en común, por tanto, el matrimonio en si es la forma jurídica a través de la cual el derecho reconoce la unión que nace del sentimiento y proyecto de vida en común de ambas personas⁴². El artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos y el artículo 4 de la Constitución reconocen al matrimonio como un derecho humano, y, como precisa la profesora María Magallón, ello deriva de las libertades fundamentales de todas las personas, quienes -sin restricción alguna- tienen derecho a contraerlo; es decir, no debe negársele tal derecho a nadie, por motivos de raza, preferencias sexuales, religión, nacionalidad, costumbres, antiguas leyes, ni prácticas ancestrales; y, por el contrario, debe permitirse su celebración, siempre y cuando: i) medie el libre y pleno conocimiento de los futuros esposos, y que ii) hayan

⁴² Presentar un papel que diga que están casados, es hoy en día una obligación legal como una necesidad social. Para esto sirve los papeles o el reconocimiento de dicha comunidad de amor o el derecho mismo; la ley está para servir y no para ser servida. Si alguien pide que su amor sea reconocido documentariamente, la ley no puede hacer otra cosas que no sea registra ese hecho y ratificarlo. La ley abusará de su poder siempre que se comporte como si la persona que tiene adelante no existe. Negar un documento y el casarse, de alguna forma, es negar el derecho a la vida misma.

alcanzado ya sea la edad núbil o su capacidad de goce y ejercicio; con la precisión de que no vulneren los impedimentos matrimoniales legislados⁴³.

El informe se origina a partir de la consulta técnica realizada a Servir por parte del Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Ventanilla, quien consultó de manera general: si existe algún tipo de incompatibilidad y/o prohibición cuando (02) funcionarios designados por el titular del pliego (cargo considerado de confianza), que laboran para una misma entidad, ya sea del Gobierno Nacional o gobiernos regionales o locales, contraen matrimonio con posterioridad a su designación y continúan laborando en dicha entidad. Sobre el tema, afirma dicho órgano técnico que tanto el Decreto legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el Decreto legislativo N°. 1057, y el TUO del Decreto legislativo N°. 728 no han establecido limitaciones y/o prohibiciones que impidan que dos servidores públicos que contraen matrimonio cuando vienen laborando en ella, continúen laborando en la misma entidad; salvo algunas regulaciones particulares, como las establecidas por la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial (artículo 42°) y el Decreto legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público (artículo 47°), que establecen que en el Poder Judicial y en el Ministerio Público, respectivamente, se presenta incompatibilidad por razón de matrimonio entre el personal administrativo perteneciente al mismo distrito judicial, así como otros supuestos (entre el personal administrativo y el personal jurisdiccional, entre el personal administrativo y los fiscales perteneciente al mismo distrito judicial).

291

Dentro de su razonamiento se indica que *no existe per se una prohibición general que impida que dos servidores públicos que contraen matrimonio continúen laborando en la misma entidad*; sin embargo, concluye que en dichas situaciones, deben adoptarse las medidas orientadas a evitar la generación de conflictos de intereses, lo que podría ocurrir, por ejemplo, en caso que uno de los cónyuges tuviera una relación de dependencia jerárquica respecto del otro, ya que rompería el principio de autoridad y de eficacia del servicio.

El conflicto de intereses se encuentra reconocido en el numeral 1 del artículo 8 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley

⁴³ Ver MAGALLON GOMEZ, María Antonieta. *Op.cit* pág. 1029

No 27815, allí se estableció que el servidor público está prohibido de mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.

Ergo, lo que está prohibido es aquellas relaciones que pongan en juego el cumplimiento de los deberes y funciones del cargo mismo, en ese supuesto, no se aceptará una relación sentimental de pareja, donde uno de ellos pueda ejercer dominio o control sobre los derechos y funciones del otro, ello importa que, a sentido contrario, si no está en ese marco de dependencia dentro de la estructura organizativa de la entidad si puede contraer matrimonio.

En suma, podemos afirmar que la interpretación de Servir es que el acto de matrimonio o de una unión de hecho realizada con posterioridad al inicio de la relación laboral de ambos, constituye una conducta libre que no puede ser materia de regulación sancionadora en los términos del derecho de amar, dado el alto grado de intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad que supone el establecimiento de dicha prohibición, cuya limitación clara es que la labor que ambos realizan no se vea afectada en el cumplimiento de sus funciones o que uno tenga el dominio del trabajo del otro. Por ejemplo, es permitido que contraigan matrimonio o existe una unión de hecho si uno de contrayentes labora como vigilante en un local X y el otro contrayente labora como asistente en trámite documentario de una unidad contable que funciona en un local Y de la misma institución no existe conflicto de intereses ya que su rango de acción y de decisión en la labor misma no tiene relación con el desarrollo de la labor del otro.

Ahora surge la interrogante en el supuesto fáctico que exista un conflicto de intereses: *¿qué sucede si dos servidores públicos permanentes que laboran en una misma institución se enamoran y deciden contraer matrimonio, sin embargo existe entre ellos una labor de dependencia funcional uno respecto del otro?* Ello está en conflicto directo con el interés del buen funcionamiento institucional, siendo varias las salidas que presenta el derecho: (i) la primera, es que se disponga la extinción de la relación laboral de uno de ellos a través de la destitución, imputándole la falta de infracción al Código de Ética de la –función pública conforme lo establece el artículo 11° del

Reglamento del Código de Ética; sin embargo, esta medida es gravosa ya que implica un injerencia directa y penalización del amor mismo; y (ii) la segunda salida al problema, es imponer una medida menos gravosa al derecho al amor que garantice el principio del buen funcionamiento de la entidad estatal y es que la entidad disponga un traslado de uno de los servidores públicos a una unidad distinta del propio ente estatal en la que el otro servidor no tenga injerencias directa o indirectamente sobre la labor desempeñada. Esta segunda solución se da aplicando principios de proporcionalidad y razonabilidad, respecto a este último el TC ha precisado:

La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y ésta en la esencia misma del Estado constitucional. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en la facultad discrecional, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto «implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos.

293

Esta última es -a nuestro criterio- la solución válida a dicha problemática desde el ámbito del Estado Constitucional de Derecho, antes de imponer y penalizar los sentimientos humanos, salvo excepciones como podría darse con un funcionario público que tenga marco de acción general sobre toda la entidad pública y no exista cabida para que se excluya del ámbito de dicho dominio e interés. En este caso el acto del matrimonio en sí, de manera excepcional, obligaría a la extinción de uno de los miembros de esa comunidad de amor.

En suma, el establecimiento de las disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta, como la ponderación de los derechos e intereses en juego. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional.

Bajo esta misma lógica deben interpretarse los artículos 42° de la ley 29277 - Ley de la Carrera Judicial y el artículo 47° del Decreto

legislativo N° 052 -Ley Orgánica del Ministerio Público, en la medida que debe ponderarse razonablemente cada caso en particular a nivel de dichas instituciones, permitiendo el ejercicio pleno del amor y el reconocimiento de ello como es el matrimonio y las uniones de hechos cuando no exista conflicto de intereses entre ellos.

Para concluir respecto de este relato hermenéutico, el amor es una búsqueda de felicidad y el derecho de amor es un instrumento particular gracias al cual la búsqueda puede seguir avanzando en aras de materializar del desarrollo de la personalidad, por tanto, emerge de nuestra Constitución un mandato de respeto al derecho de amar, el cual no es más un conjunto de palabras retóricas, sino un mandato de optimización, una pauta de conducta, un precepto que obliga a que toda norma precedente o sobrevenida deba estar acorde con la defensa férrea y garantía de este derecho, y cuyas interpretaciones no la contravengan; debiendo aplicar criterios de razonabilidad y ponderación al momento de analizar cada caso concreto en las dinámicas de los conflictos originados por las relaciones sentimentales.

V. A modo de reflexión

Juan Pablo II señaló magistralmente en su primera encíclica *Redemptor hominis* (1979) que “*el hombre no puede vivir sin amor; sería un ser incomprendible, su vida no tendría sentido sino le es revelado el amor, sino se encuentra con él, sino lo experimenta, sino participa vivamente de él*”, con ello, reconoció la invocación fundamental e innata de todo ser humano; por tanto, en el marco de dicha dinámica es que se reconoce que el derecho debe garantizar sus expresiones, siempre y cuando no afecten a terceros, debiendo abrir dicho discurso y aceptar formas actuales de expresión. Es por ello que he abordado a partir de la justicia constitucional peruana casos que desarrollan aquel derecho vía interpretación constitucional, con la finalidad de reconocer que el derecho de amor es un derecho fundamental y constitucional. Tal vez algunos lectores coincidan con lo desarrollado en estas líneas y muchos la critiquen; sin embargo, es claro que es un tema que debe ser abordado a partir de una interpretación constitucional y plantear la modificación, extinción normas en detrimento y, por el contrario introducir y fomentar algunas reglas normativas vía legislativa o vía interpretación por parte de los jueces, que permitan libremente al ser humano desarrollar su personalidad

con tan intenso sentimiento en busca de la felicidad, sin perjuicio de desarrollar y determinar sus límites constitucionales. Hans Kelsen afirmaba que un orden justo es aquel que garantiza a todos la felicidad y “el amor es la más importante fuente de felicidad”⁴⁴

Ello me hace recordar la reflexión realizada por Enrique Varsi Rospigliosi y Mariana Graves en un artículo periodístico titulado “La Felicidad en las relaciones de familia: La libertad de amar” al señalar: *“El amor y la felicidad son fuentes sobre las cuales se construyen las relaciones humanas, la ley debe tener esto en cuenta. Buscar, delinear y lograr el proyecto de vida es quehacer diario de toda persona y el derecho no puede ser ajeno a ello. Es momento de construir una legislación con una base sólida de amor y felicidad”*⁴⁵.

Termino de escribir estas páginas, conjuntamente con el último sorbo del vino con el que inicié estas reflexiones sobre el amor y el derecho, divisando la extinción de la noche y avizorando un nuevo amanecer, pero convencido que todos los seres humanos somos capaces de amar y ser amados, considerando a éste, un derecho universal y fundamental que consolida nuestra dignidad humana y nuestra libertad como una cualidad inmanente, que sustenta su presencia en nuestras vidas en base al proyecto de vida y la libertad. Por lo tanto, cualquier limitación irrazonable a este derecho quebrantaría nuestra dignidad humana al anular o menoscabar nuestros derechos y libertades. Los seres humanos en algún momento nos proyectamos a vivir y afrontar una vida en común con otra persona con la cual los une el sentimiento sublime llamado amor, con el imaginario y la seguridad de que sea *por siempre*; y, como lo diría Paulo Coelho en su obra “Brida”, ese amor debe encontrarse en esta vida o en la otra.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Was ist gerechtigkeit?* (“¿Qué es la justicia?”) traducido por Ernesto Garzón Valdez. Vigésima primera reimpresión. Edit. por Fontamara SA; México; 2008; pág. 10

⁴⁵ Ver el especial del suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano de fecha 14 de febrero del 2017.

