

**UNIVERSIDAD ANTONIO RUIZ DE MONTOYA**

Facultad de Ciencias Sociales



**LA FALTA DE REGULACIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE  
PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL PERÚ Y LA  
VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogada

Presenta la Bachiller

**ALEXANDRA SOFIA JICARO UPIACHIHUA**

**Presidente: Eduardo Vega Luna**

**Asesor: Carlos Alberto Calderón Puertas**

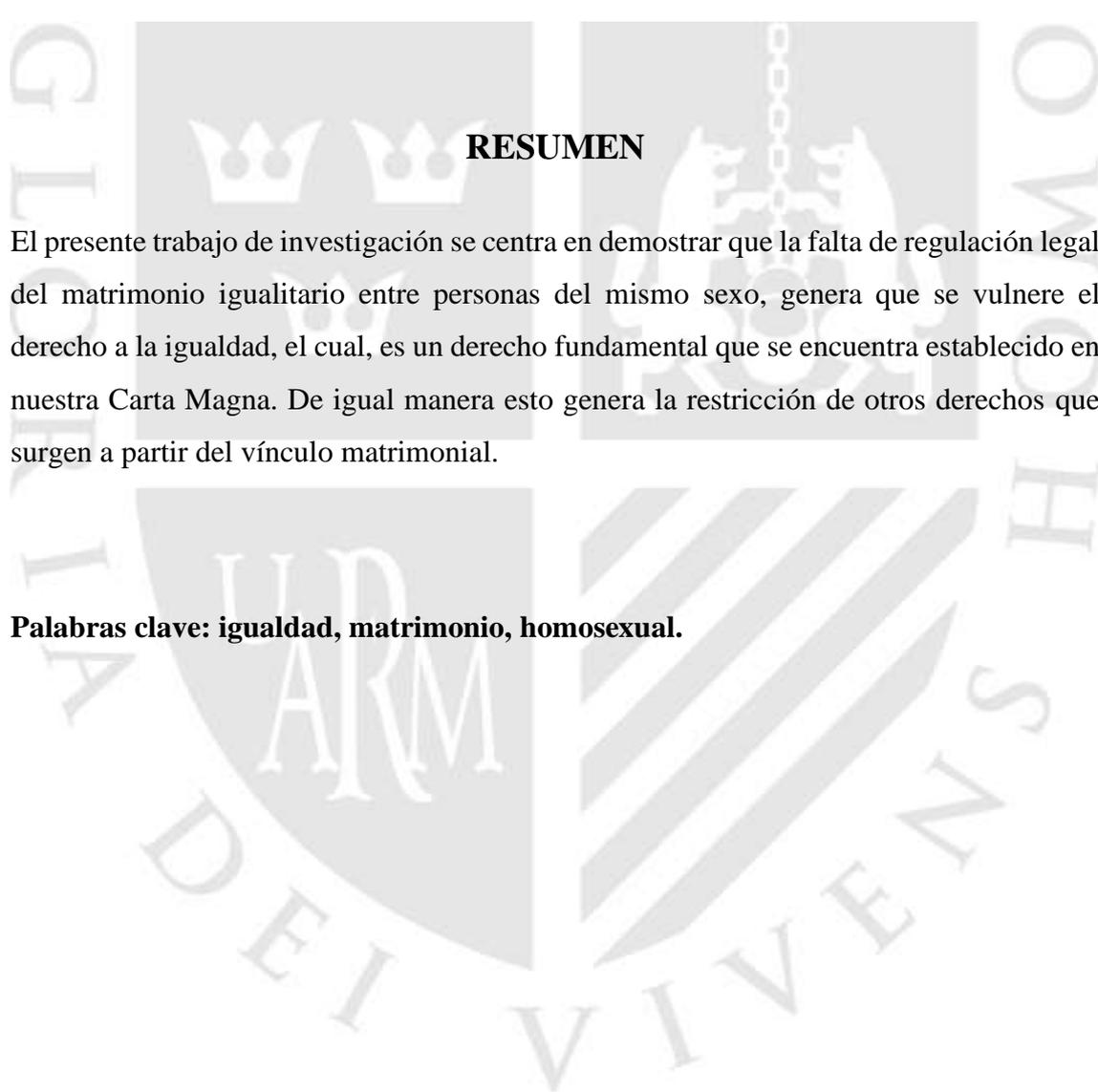
**Lector: Felipe Paredes San Román**

**Lima – Perú**

**Junio de 2020**

## **AGRADECIMIENTOS**

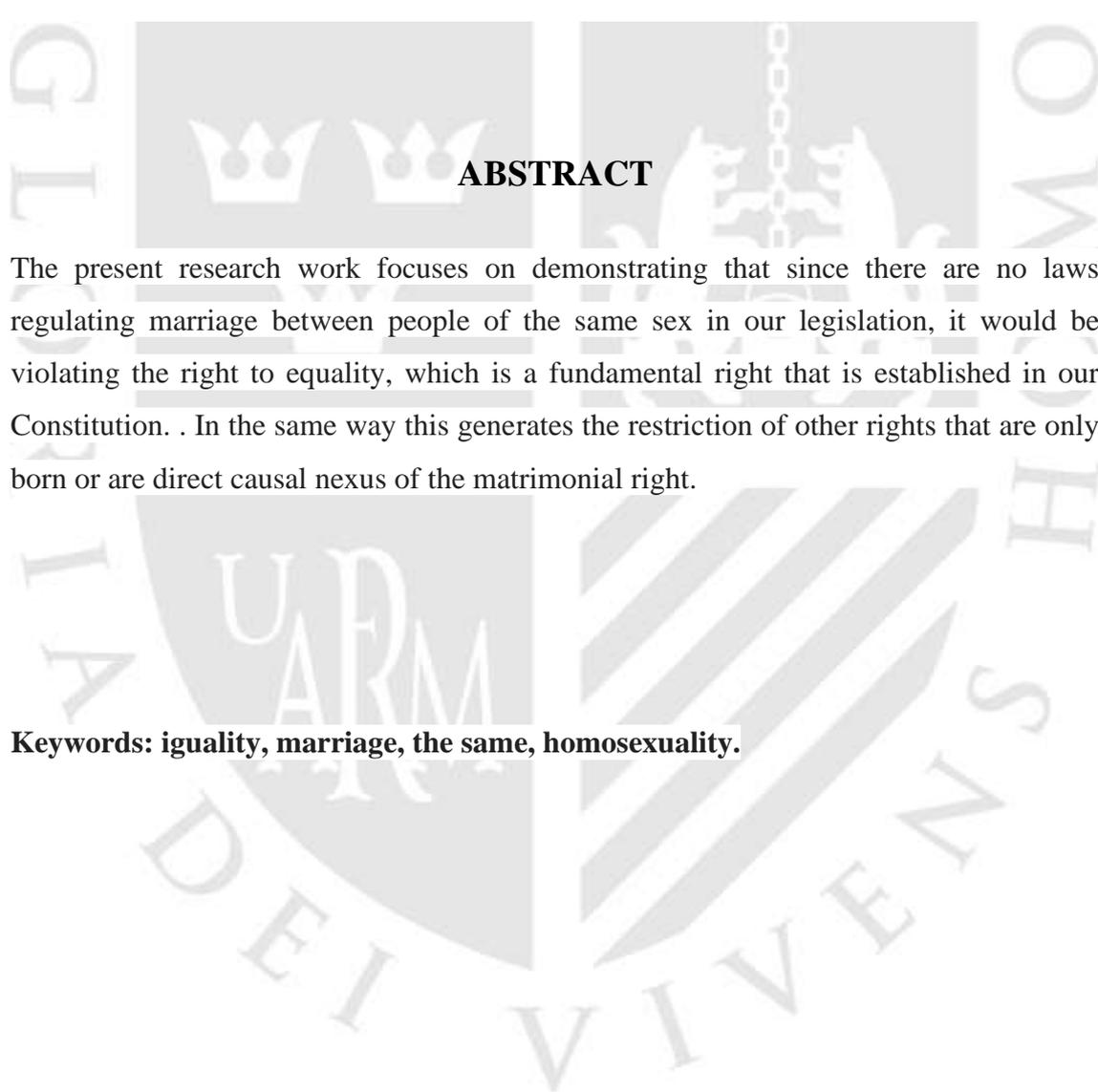
Esta tesis se la dedico a mi madre, por su infinito amor y apoyo de manera constante durante este largo camino de aprendizaje. Asimismo, se la dedico a mi padrino por ayudarme con la elección de mis estudios universitarios, también por ser un soporte moral y económico a lo largo de mi vida y de mi carrera. Sin ustedes no hubiera llegado tan lejos, siempre me han impulsado a crecer y ser mejor cada día. Muchas gracias por ser una constante motivación, los amo infinitamente.



## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación se centra en demostrar que la falta de regulación legal del matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo, genera que se vulnere el derecho a la igualdad, el cual, es un derecho fundamental que se encuentra establecido en nuestra Carta Magna. De igual manera esto genera la restricción de otros derechos que surgen a partir del vínculo matrimonial.

**Palabras clave: igualdad, matrimonio, homosexual.**



## **ABSTRACT**

The present research work focuses on demonstrating that since there are no laws regulating marriage between people of the same sex in our legislation, it would be violating the right to equality, which is a fundamental right that is established in our Constitution. . In the same way this generates the restriction of other rights that are only born or are direct causal nexus of the matrimonial right.

**Keywords: iguality, marriage, the same, homosexuality.**

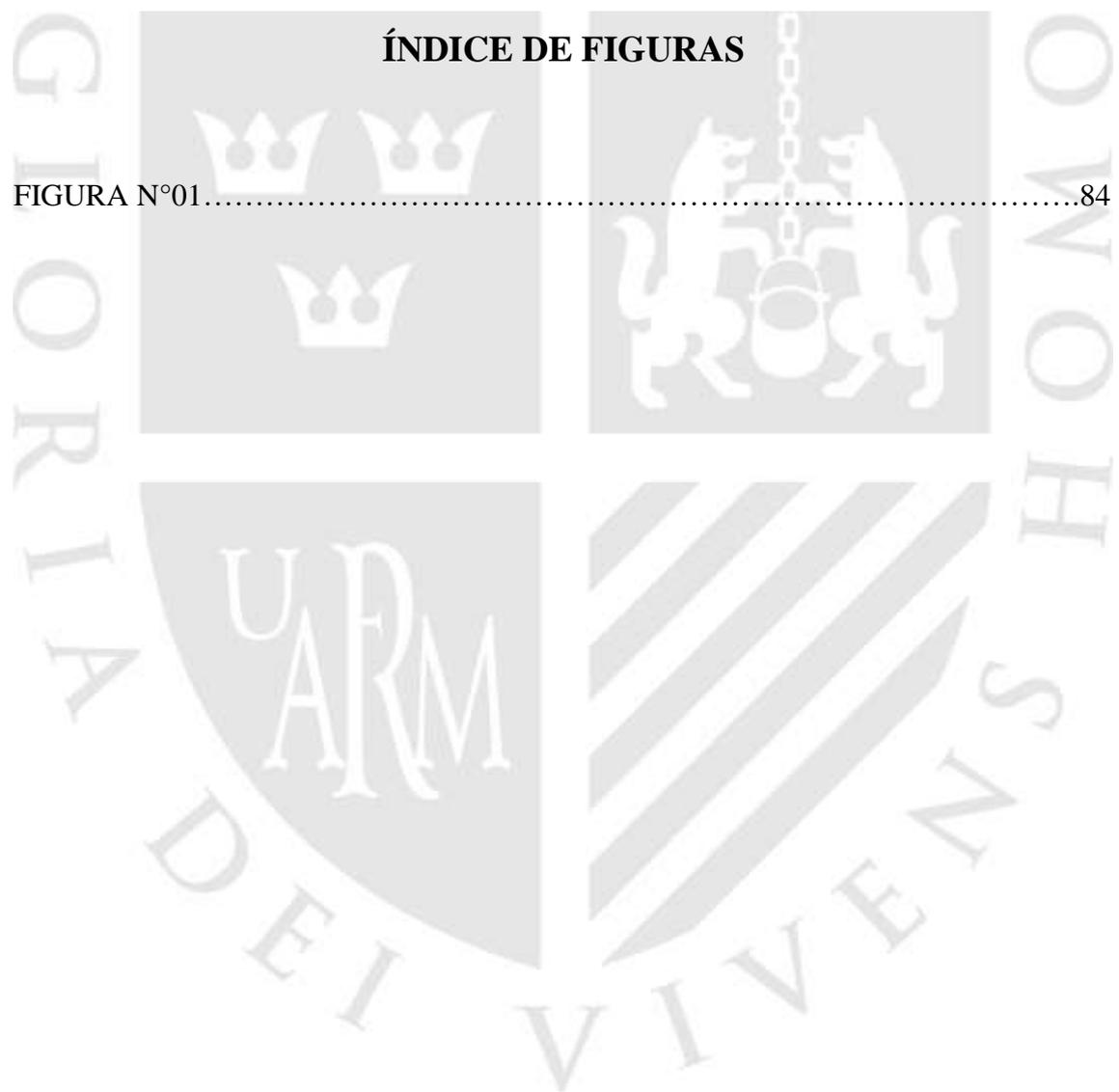
## TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN .....	12
CAPÍTULO I: EL MATRIMONIO .....	15
1.1. Concepto histórico.....	15
1.1.1 Etimología del matrimonio .....	15
1.1.2. Concepto de familia .....	15
1.1.3. Extensión de la familia .....	17
1.1.4. Familia Nuclear.....	19
1.2. El matrimonio .....	20
1.3. El matrimonio en nuestra Constitución .....	21
1.3.1. El matrimonio en anteriores códigos civiles.....	21
1.3.1.1. Código Civil de 1852.....	22
1.3.1.2. Código Civil de 1936.....	22
1.3.1.3. El Código Civil Peruano actual .....	23
1.4. Derechos conexos al matrimonio según el Código Civil actual .....	27
1.4.1. La sociedad de gananciales.....	27
1.4.2. Separación de bienes.....	30
1.4.3. Beneficios sociales.....	32
1.4.4. Derecho Sucesorio .....	33
1.4.5. Indemnización.....	35
1.4.6. Divorcio .....	37
1.4.7. La adopción por parte de parejas del mismo sexo.....	39
1.5. Otras instituciones del derecho familiar .....	41
1.6. Cuestiones pertinentes del Anteproyecto de Reforma al Código Civil Peruano	41
CAPÍTULO II: EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.....	43
2.1. Origen y evolución del reconocimiento constitucional del Derecho a la Igualdad	44
2.2. Aplicación del derecho a la igualdad .....	47
2.2.1. Normas Internacionales .....	47
2.2.2. En Nuestra Constitución .....	50
2.3. Discriminación .....	53
2.3.1. Discriminación Negativa .....	54
2.3.2. Discriminación Positiva.....	54
2.4. Test de Proporcionalidad y Razonabilidad.....	56

CAPÍTULO III: EL MATRIMONIO IGUALITARIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	60
3.1. Matrimonio entre personas del mismo sexo en otros países .....	60
3.1.1. Uruguay .....	62
3.1.2. Bolivia.....	64
3.1.3. Chile.....	65
3.1.4. Ecuador .....	66
3.1.5. Argentina .....	68
3.1.6. Colombia.....	69
3.1.7. México .....	71
3.2. Comparación entre países Latinoamericanos .....	72
CAPÍTULO IV: NECESIDAD DE ABORDAR EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL PAÍS.....	74
4.1. ¿Por qué matrimonio igualitario y no unión civil?.....	74
4.2. La problemática en el Perú.....	75
4.2.1. Proyecto de Ley que establece la Unión Civil.....	77
4.2.2. Proyecto de Ley de Matrimonio Civil Igualitario.....	79
4.3. Comentarios referentes a la unión civil homosexual .....	80
4.4. Principios de Yogyakarta .....	83
4.5. Test de proporcionalidad en relación al matrimonio homosexual .....	84
4.6. Respecto a una visión internacional .....	87
4.7. Modificaciones normativas del Ordenamiento Jurídico Peruano .....	93
4.7.1. Constitución Política del Perú.....	94
4.7.2. Código Civil Peruano.....	94
CONCLUSIONES .....	96
RECOMENDACIONES.....	99
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	101

## ÍNDICE DE TABLAS

TABLA N°1.....	39
TABLA N°2.....	50 y 51
TABLA N°3.....	63 y 64
TABLA N°4.....	72
TABLA N°05 .....	76 y 77
TABLA N°06 .....	77
TABLA N°07 .....	94
TABLA N°08.....	94 y 95

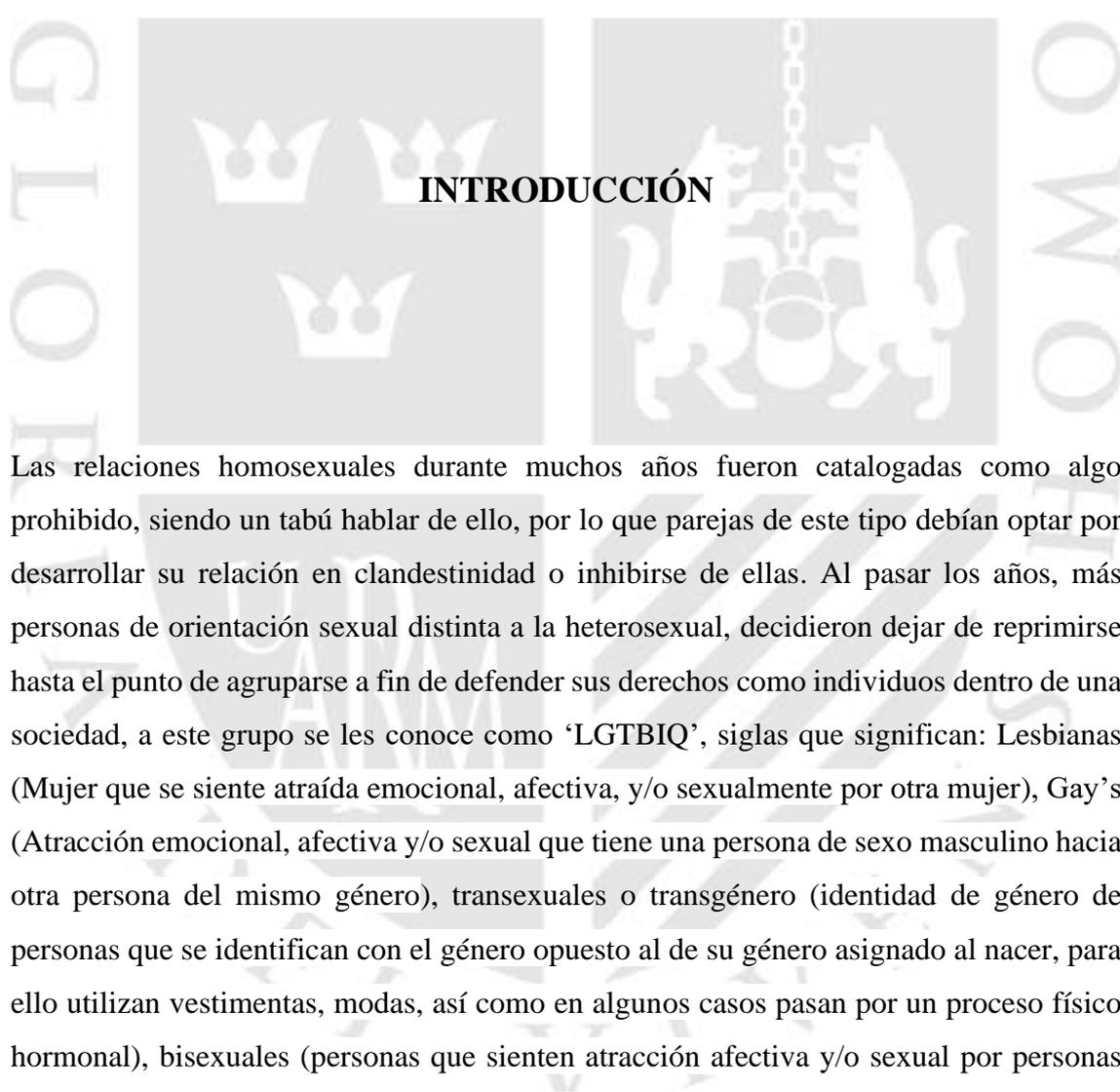


**ÍNDICE DE FIGURAS**

FIGURA N°01.....84







## INTRODUCCIÓN

Las relaciones homosexuales durante muchos años fueron catalogadas como algo prohibido, siendo un tabú hablar de ello, por lo que parejas de este tipo debían optar por desarrollar su relación en clandestinidad o inhibirse de ellas. Al pasar los años, más personas de orientación sexual distinta a la heterosexual, decidieron dejar de reprimirse hasta el punto de agruparse a fin de defender sus derechos como individuos dentro de una sociedad, a este grupo se les conoce como ‘LGTBIQ’, siglas que significan: Lesbianas (Mujer que se siente atraída emocional, afectiva, y/o sexualmente por otra mujer), Gay’s (Atracción emocional, afectiva y/o sexual que tiene una persona de sexo masculino hacia otra persona del mismo género), transexuales o transgénero (identidad de género de personas que se identifican con el género opuesto al de su género asignado al nacer, para ello utilizan vestimentas, modas, así como en algunos casos pasan por un proceso físico hormonal), bisexuales (personas que sienten atracción afectiva y/o sexual por personas de más de un género/sexo, no necesariamente al mismo tiempo), intersexualidad (personas que nacen con características sexuales -físicas u hormonales- pertenecientes de uno u otro género) y queer (implica a todas las personas que no quieren clasificarse bajo etiquetas predeterminadas de identidad sexual, y traspasa lo convencionalmente aceptado como la vida heterosexual, monógama, entre otras características); grupo que es

reconocido a nivel mundial, como signo de lucha constante por conseguir la igualdad de derechos en distintas sociedades.

La unión o matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo un tema controversial, poco a poco ha ido siendo aceptado en diversas naciones, llegándose a regular jurídicamente en países como: Holanda, Bélgica, Suecia, España, entre otros; mientras que paralelamente existen otras realidades donde no se encuentra regulado, una de ellas es el Perú. Sin embargo, encontrándonos en un Estado Social y Democrático de Derecho que exige inclusividad, debe impulsarse cambios normativos para propiciar la igualdad de derechos con este grupo de personas. De ello se puede inferir que no resulta congruente dejar de lado a grupos minoritarios, sino por el contrario preocuparse por una adecuada emisión normativa que resguarde sus derechos afectivos, patrimoniales y sucesorios, tal como ocurre con los heterosexuales, a efectos de lograr un óptimo desarrollo en su vida cotidiana. Es por esa razón que el tenor del presente trabajo se enfoca en determinar la posibilidad de la regulación del matrimonio igualitario en personas del mismo sexo, bajo los derechos y obligaciones con los que cuentan las personas heterosexuales, y dejar en claro que su falta de regulación no es más que un atentado contra el derecho a la igualdad y una constante incitación a la discriminación.

Durante el primer capítulo, se desarrollará una breve reseña sobre cómo el concepto de matrimonio ha ido evolucionando a través del tiempo. Asimismo, se explican los lineamientos que contaban los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984 respecto al matrimonio. También se mencionan y explican los derechos y obligaciones que se generan con el matrimonio, estos son: derechos patrimoniales (sociedad de gananciales o separación de bienes), seguridad social, beneficios sociales, indemnización (cuando deriven de la relación), derechos sucesorios, divorcio, adopción, y otras instituciones del derecho familiar.

Por otro lado, en el segundo capítulo se abordará el derecho a la igualdad, que se encuentra reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la misma que es suscrita por nuestro país. Positivamente, el derecho fundamental a la igualdad se encuentra establecido en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993. También se realizará una explicación sobre el concepto de discriminación, haciendo una divergencia entre discriminación positiva y negativa. Por último, se analizará el test de

proporcionalidad empleado por el Tribunal Constitucional, para saber en qué casos se debe proceder a una regulación inclusiva para un grupo que tiene necesidades diferentes.

En el tercer capítulo se expondrá la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en otros países, dentro de Latinoamérica se mencionará a los países de Argentina, México, Colombia y otros. Luego de ello, se establecerá si es que existe vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación en nuestro país.

Consideramos que el cuarto capítulo es el medular, debido a que allí se sustentará la necesidad de incorporar el matrimonio homosexual en el Perú, asimismo, analizaremos porqué debemos adoptar dicha institución y no la ‘unión civil’, revisando los proyectos de ley que se han presentado en nuestra legislatura. Así como realizando una reseña sobre los principios de Yogyakarta, el cual, recoge una serie de principios relativos a la identidad de género y orientación sexual. Además, se aplicará el test de proporcionalidad para poder demostrar que la falta de regulación vulnera el derecho a la igualdad y crea discriminación contra las personas homosexuales. Finalmente se expondrá un cuadro comparativo con propuestas de reforma de normas de nuestra Carta Magna y del Código Civil peruano.

## CAPÍTULO I: EL MATRIMONIO

### 1.1. Concepto histórico

#### 1.1.1 Etimología del matrimonio

El matrimonio es una institución del Derecho que ha ido evolucionando a través del tiempo. Respecto a su etimología, Benjamín Aguilar Llanos, sostiene que:

Etimológicamente la voz matrimonio deriva de los vocablos de raíz latina *matris* madre y *munin* carga o gravamen, por lo que algunos han señalado que se trata de una carga o gravamen para la madre, por cuanto será ella quien lleva el peso, antes y después del parto, en tanto que ella concibe a los hijos, los alumbró, los cuida, atiende su formación y los educa. (Aguilar, 2013, p.28)

Es así que teniendo en cuenta esa connotación del lazo existente entre la madre y los hijos, entendemos que el matrimonio se encuentra relacionado a la existencia de una familia. En dicho vínculo la mujer es asociada con el seno familiar, es quien concibe y cuida de los hijos; asimismo, dicha connotación etimológica también los vincula con el patrimonio, debido a que al contraer matrimonio existirá la unión de bienes; de igual manera existe un nexo con los deberes y obligaciones que tienen que asumir en forma recíproca los esposos (alimentarias, educacionales, recreativas, etc.); y, por supuesto genera el derecho sucesorio.

#### 1.1.2. Concepto de familia

Elaborar un concepto uniforme de ‘familia’ ha sido desde siempre un gran desafío para el Derecho. Pues como sabemos, el Derecho avanza conforme al contexto social en que se desarrollan las personas y por tanto la definición de familia tiene su marco evolutivo ligado a la propia evolución del hombre y de la sociedad en el contexto histórico en que nos encontremos.

En el Derecho Romano, por ejemplo, Ulpiano citado en el Digesto (como se citó en Ramos, 1994, p.98), señala:

Por derecho propio llamamos familia a muchas personas, que por naturaleza o por derecho, están sujetas a la potestad de uno, por ejemplo el padre de familia, la hija de familia, la madre de familia, el hijo de familia y los demás que siguen en lugar de éstos, como los nietos y las nietas y los otros descendientes. Pero se llama Padre al que tiene el dominio de la casa (...), aunque no tenga hijo, porque no designamos a su sola persona, sino también a sus derechos. Por Derecho Común decimos familia a la de todos los agnados: pues aunque muerto el padre de familia cada uno tiene familia propia, sin embargo, todos los que estuvieron bajo la potestad de uno solo serán con razón llamados de la misma familia, los cuales fueron dados a luz de la misma casa y progine. (D.50,16,195)

Por su parte Planiol y Ripert (como se citó en Ramos, 1994), consideraban:

(...) en sentido amplio, la familia es el conjunto de personas que se hallan unidas por el matrimonio o por la filiación o por la adopción. El propio vocablo, en sentido estricto, designa a los miembros de la familia que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa. Esta es la acepción primitiva y que se encuentra aún en la expresión: ‘vida de familia’, ‘hogar de familia’, pero que carece ya de importancia jurídica. Por otra parte, hoy se entiende generalmente por familia al grupo reducido que forman el padre, la madre y los hijos; con exclusión de los demás parientes o por lo menos de los colaterales. (p.98)

Mientras que en la doctrina nacional, Cornejo Chávez (1999, p.13-14), refiere que la ‘familia’ puede ser entendida como:

a) El conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente sólo los menores o incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear, la cual puede restringirse aún más cuando los hijos conviven con uno solo de los padres. b) La familia extendida, integrada por la anterior y uno o más parientes; y, c) La familia compuesta, que es la nuclear o la extendida más una o más personas que no tienen parentesco con el jefe de la familia. (...). Desde el punto de vista jurídico-civil, la familia nuclear es aludida, aunque sin esta denominación, en casi todas las disposiciones del Derecho positivo nacional. En cuanto a la extendida, sólo la entiende, también sin apellidarla así, para fines alimentarios y hereditarios, y sin la exigencia de que haya vida en común. En cuanto a la familia compuesta, no la toma en cuenta.

Más recientemente, en un estudio ajeno a lo jurídico la historiadora y psicoanalista, Elisabeth Roudinesco, en el primer capítulo de su libro “La familia en

desorden”<sup>1</sup>, establece el concepto de familia como un conjunto de personas ligadas entre sí por el matrimonio y la filiación, distinguiendo tres períodos grandes en su evolución. El primero de ellos, la ‘familia tradicional’, donde los casamientos/matrimonios eran concertados por las familias de los contrayentes, para asegurar la transmisión del patrimonio, dejando a un lado los intereses afectivos o sexuales de los futuros esposos. Luego de ello, durante fines del siglo XVIII y mediados del siglo XX surge la denominada “familia moderna”, la cual, a contraposición de la primera, sí se encuentra enfocada en la reciprocidad entre el varón y la mujer. Así hasta llegar a la “familia contemporánea o postmoderna”, donde surge una nueva forma de afectividad, tales como las uniones de baja intensidad e implicancia amorosa, donde la pareja vive su sexualidad con mayor libertad, y donde la familia influye cada vez menos en las relaciones interpersonales de los hijos. En consecuencia, se advierten nuevos paradigmas, que implican nuevos criterios culturales, que inciden en la vida de pareja y en sus concepciones del amor y la conformación de una familia. En esa línea, podemos inferir que el concepto de ‘familia’ es pluri-significativo, es decir, ha de variar conforme a la sociedad o al contexto histórico en que se desarrolle.

### **1.1.3. Extensión de la familia**

Siguiendo la línea de que la institución familiar se ha ido transformando a través de los años, es pertinente mencionar a las familias romanas (tradicional), las cuales estaban dirigidas por el *paterfamilias*, donde “Los vínculos que unían a esas personas con el *pater* eran variados: descendencia, matrimonio, adopción. (...) El *pater* era por otra parte el único titular de derechos patrimoniales” (Churruga, 2015, p.31).

De ello se desprende que en el Derecho Romano, había una figura paternalista, es decir, la familia era dirigida por el jefe de familia que únicamente podía ser varón, el cual ejercía todo el poder para tomar decisiones sobre su familia; respecto a ello Armas menciona lo que sigue:

---

<sup>1</sup> Roudinesco, E. (2006), “*La familia en desorden*”. Ed. Segunda- Distrito Federal México. Editorial Fondo de cultura económica.

[...] el esposo adquiere la *manus* que ejerce sobre la esposa como si fuera una patria potestad, considerándosele como hija del mismo. En un principio el matrimonio forzosamente acarreaba la *manus*, sin embargo, apareció una nueva manera de matrimonio en el cual la mujer permanece bajo la potestad de *su pater familias*, denominándose matrimonio *sinemanus*, hasta que desapareció completamente la *manus* y el matrimonio *sine manus* era el único vigente, y la mujer tuvo un papel más amplio y con mayores derechos (Armas, 2014, p.51).

Desde la perspectiva jurídica del Derecho Romano, Rojas Donat, citando a Modestino, señala que: “El matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer, para toda la vida, según la ley divina y humana”. (2005, p. 48).

De igual manera el Derecho Germánico tuvo la concepción del matrimonio como “una institución civil consistente en la compra de la mujer, como es el caso del matrimonio en la puerta de la iglesia o gífta, que simbolizaba la transferencia de la potestad paterna a la marital...” (Aguilar, 2016, p.55).

Ciertamente, el Derecho Germánico y Romano, comparten el concepto de matrimonio como una transferencia de poderes del padre al esposo de la mujer, para así lograr ejercer el dominio de su vida y de sus posesiones.

Respecto al Derecho Germánico, Cornejo Chávez, refiere lo siguiente:

En el Derecho Germánico, pueden distinguirse dos círculos familiares: uno amplio, la Sippe, formada originariamente por los agnados no sujetos a ajena potestad y cuyos vínculos se manifiestan en el servicio de las armas, la colonización, el culto y el juramento; y otro estricto, la casa o comunidad que abarca la mujer, los hijos, los siervos y hasta extraños acogidos a ella y que se basa en la potestad del señor. De otro lado, en el primitivo Derecho Romano, como ya se dijo, el núcleo doméstico se constituía bajo la omnímoda voluntad del pater, en torno al cual tejían su red los lazos que vinculaban a los miembros de la agrupación, pues aquél investía simultáneamente las calidades del jefe, juez y sacerdote. Posteriormente, los abusos del pater y el debilitamiento del culto doméstico transmitieron a la ley civil la función de regular la institución familiar. (Cornejo, 1999, p.15-16)

De otra parte, en la Edad Media, conforme narra Varsi Rospigliosi:

La familia fue transformada por la Iglesia en una verdadera institución religiosa y jerárquica, sumida bajo el imperio de la figura paterna y donde los hombres, mujeres e hijos tenían lugares y funciones específicas. Esta familia se basaba en la asistencia mutua de sus miembros. La función reproductiva era exclusiva de aquella fundada en el matrimonio. Es en este periodo, bajo la influencia de la doctrina de la Iglesia, que se crean los impedimentos matrimoniales y la categorización de los hijos. El matrimonio se fortalece, como acto jurídico y como sacramento. Solo a través de él podía engendrarse hijos siendo estos legítimos, es decir, bendecidos y con derechos (...) Posteriormente, con la modernización del sistema de vida y la liberación de la mujer empieza a reestructurarse el Derecho de Familia. Se torna más democrático. (...) Muchos cambios se han producido desde la segunda mitad del siglo XX. Ocurrió una democratización de la familia y en la sociedad industrial contemporánea esta transforma en nuclear teniendo como fundamento el amor y las relaciones basadas en el afecto. El hombre y la mujer trabajan en un plan de igualdad. No hay lugar para la discriminación entre los hijos. Es de recordar que hasta entonces los vínculos familiares se basaban en la propiedad y la creación de riqueza. La gente se unió en familias a fin

de construir patrimonio para transferirlo a sus herederos, independientemente de los lazos de afecto (...). La familia burguesa y proletaria cambió, poco a poco, de una unidad de producción y apoyo económico de sus miembros a un simple lugar de refugio de la intimidad. Las personas encuentran en la familia el lugar de descanso y paz, familia como sinónimo de hogar. Como resultado de esta evolución, la familia se redujo prácticamente a una célula base, a un núcleo irreductible (padres e hijos): se ha transformado en la llamada familia nuclear de la sociedad contemporánea. (...) En resumen, la familia primitiva se caracterizó por la colectividad, la familia moderna por la individualidad. A la fecha, la familia se sustenta en el paradigma eudomonista, es decir, se busca en y a través de la familia la felicidad y máxima realización del ser. (Varsi, 2011, p.33-34).

#### **1.1.4. Familia Nuclear**

La familia nuclear tiene cinco características fundamentales: monogámica, responsabilidad, pequeña e íntima, componente emocional y temporal. Lo que significa que los padres no entablan otras relaciones afectivas; que existe un trabajo en equipo entre cada integrante de la familia; como ya se mencionó, solo está conformada por padres e hijos; donde se relacionan los padres e hijos de manera emocional, desarrollándose la capacidad del manejo de emociones; y, es temporal porque en un momento determinado los hijos de dicha familia conformarán sus propias familias. Al existir responsabilidades de manera igualitaria, se aleja por completo el patriarcado existente de la época romana, teniendo así cada integrante la potestad para tomar sus propias decisiones sobre sus acciones, dejando de lado la dominación que ejercía el padre-patriarcado- generando una libertad para ejercer derechos y obligaciones en dicho entorno.

Asimismo, se debe considerar que existen familias extendidas, monoparentales, homoparentales, ensambladas, de hecho y nucleares. La 'familia extendida' es aquella donde se incluyen a los abuelos, tíos, primos, sobrinos y otros miembros que tienen un lazo consanguíneo o de afinidad. Así como también están las 'monoparentales' donde los hijos están a cargo de uno de los padres, ya sea por motivos de padres divorciados, por viudez, o porque el padre nunca reconoció legítimamente al menor. Mientras que la familia 'homoparental' se da cuando se unen dos personas del mismo sexo y una de ellas tiene hijos biológicos o entre ellos deciden adoptar un hijo (figura que sí es aceptada en diversos países); por otro lado, la 'familia de hecho' se da cuando una pareja convive pero no tienen un vínculo legal; se tiene también la familia nuclear formada por la madre, el padre y los hijos; por último, la 'familia ensamblada' que se da cuando se juntan dos familias, por ejemplo, cuando divorciados forman una nueva pareja incluyendo los hijos de su anterior compromiso

Sin embargo, en la actualidad las familias nucleares se han reestructurado, siendo conformadas por personas que con anterioridad han tenido matrimonios, generando así las llamadas *familias ensambladas o familias reconstruidas*. De acuerdo, a la perspectiva constitucional establecida en el fundamento número 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, se tiene que:

“[...] la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales [...] Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstruidas*”

En estas familias reconstruidas, se crean nuevos lazos por filiación debido a que no existe un vínculo de sangre, sino uno afectivo que se establece entre la nueva pareja y sus hijastros<sup>2</sup>, generando así una inserción familiar entre ellos, creando una nueva familia nuclear.

## **1.2. El matrimonio**

El matrimonio representa la unión entre dos personas, a través de ceremonias o ritos religiosos, o por la vía legal. El matrimonio religioso es un acto ceremonial mediante el cual dos personas (varón - mujer) deciden unirse de acuerdo a su creencia espiritual-religiosa para conformar una familia, teniendo como finalidad la procreación. En esa perspectiva y específicamente, la unión matrimonial religioso-católica es una institución antigua, que oficializa la unión entre dos personas libres de impedimento para casarse, teniendo como requisito haber realizado los sacramentos del bautismo, la comunión y la confirmación; para así formar una familia.

De otro lado, el matrimonio legal es la unión que establecerá derechos y obligaciones entre ambas partes, los cuales serán reconocidos en la esfera jurídica,

---

<sup>2</sup> Definición de la RAE: “Hijo aportado al nuevo matrimonio por el cónyuge de una persona”.

considerando el cumplimiento de determinados requisitos legales para contraer matrimonio, generando como ya se mencionó, derechos y obligaciones, estableciendo un vínculo de manera pública con la inscripción en el registro correspondiente.

Este capítulo se enfoca en el matrimonio legal y en sus características, teniendo en cuenta para ello, la siguiente definición:

El matrimonio genera vínculos jurídicos (parentesco de primer grado) y modifica el estado civil de los contrayentes, y con ello genera todo un listado de deberes y derechos entre ellos, y las consecuencias jurídicas que correspondan. En esencia, el matrimonio es realidad jurídica porque crea relaciones de justicia entre las partes y terceros. (Carrillo, 2014, p.36)

### 1.3. El matrimonio en nuestra Constitución

En nuestra Carta Magna de 1993, en su capítulo II, dentro de los derechos sociales y económicos, se dice:

**Artículo 4°.**- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. **También protegen a la familia y promueven el matrimonio.** Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. **La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.**

Chanamé expresa que: “En principio la familia constituye la unidad fundamental de la sociedad y como tal requiere la protección del Estado, en ese entendido tanto las leyes nacionales y los instrumentos internacionales buscan fomentar la unidad de la familia [...]”. (2011, p.307).

Desde la perspectiva de Almeida, la Constitución defiende el matrimonio por su vinculación con temas económicos, como lo expresa en el siguiente párrafo:

Entre las razones de la protección constitucional de la familia se encuentra indudablemente su aporte a favor de la sociedad. Las familias bien constituidas actúan de manera cohesionada en lo económico y en lo social. Economistas y sociólogos han demostrado como los elementos fundamentales de la economía (inversión, ahorro, gasto, trabajo, consumo) se resienten y llegan a deteriorarse si no se cumplen los fines destinados a la familia. (Almeida, 2008, p. 37)

#### 1.3.1. El matrimonio en anteriores códigos civiles

### **1.3.1.1. Código Civil de 1852**

Las codificaciones de las normas civiles en el país se crearon bajo un proceso largo y suspendido, de forma tal que tuvieron que pasar un poco más de dos décadas de lograda la independencia política para que Ramón Castilla promulgara el 9 de octubre de 1845 una ley que ordenaba conformar una comisión de siete personas con la finalidad de redactar diversos códigos, poniendo como plazo dos años. Transcurrido dicho tiempo, a mediados de 1847, se entregó lo que sería el Código Civil de 1852 con el nombre de Proyecto de Código Civil para la República del Perú, cuya promulgación quedó estancada debido al debate para establecer el matrimonio civil.

El 21 de diciembre de 1849 se creó una nueva comisión que se encargaría de revisar los proyectos del código, llegándose a promulgar posteriormente el código de enjuiciamiento civil y el Código civil. Sin embargo, el Presidente José Rufino Echenique (sucesor de Ramón Castilla), a inicios del año 1851, decidió la suspensión de los efectos del decreto de promulgación de los códigos. Posteriormente, se empezó a revisar ambos códigos, hasta que se emitió una ley de fecha 23 de diciembre de 1851, promulgado el 29 del mismo mes, donde se ordenaba promulgar el Código Civil y el de Enjuiciamiento Civil el 28 de julio de 1852, entrando en vigencia desde el día siguiente.

Dentro de la sección tercera de este código, se establecieron las leyes que regularon el matrimonio.

#### **Artículo 132. Código Civil 1852**

Por el matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana.

En efecto, el código sustantivo de esa época establecía claramente que el hombre y la mujer que se unían en matrimonio lo hacían de manera perpetua, es decir, imperecederamente. Es por esa razón que dentro de las causales de divorcio, no se encontraba el mutuo disenso. Asimismo, este artículo insta que la razón de ser del matrimonio es la procreación para así conservar la especie En ese sentido humana.

### **1.3.1.2. Código Civil de 1936**

Durante el Gobierno de Augusto B. Leguía en el año 1922 se nombró una comisión para reformar el Código Civil de 1852. En ese sentido dicha comisión adoptando como referencia el Código Alemán de 1900, y manteniendo de manera parcial el contenido de su antecesor, logró elaborar el nuevo Código Civil, el que fue promulgado en 1936.

Una de las novedades de este Código es la inscripción del matrimonio en el Registro de Estado Civil. Así, en el artículo 30° se establecía que los Registros de Estado Civil se llevan por duplicado, mediante partidas extendidas en libros, uno para los nacimientos, otro **para los matrimonios** y otro para las defunciones. Creando así un registro especial para los matrimonios. También, se le da la potestad a la Iglesia para que las partidas expedidas por éstas tengan igual valor que los Registros de Estado Civil en los lugares donde no hay registros, dándole eficacia legal a las partidas parroquiales suscritas antes de 1936. Todo esto se encontraba establecido en el artículo 1827° del Código Civil de 1936.

Por otro lado, un símil que tiene este código con su antecesor es la potestad que tiene el marido en la relación conyugal, otorgándosele la facultad de dirigir la sociedad conyugal, ejercer su representación y administración, según se advierte del artículo 161° del texto normativo mencionado. Por su parte, el artículo 162° agrega: “Al marido compete fijar y mudar el domicilio de la familia, así como decidir sobre lo referente a su economía”. No obstante, mediante Decreto Ley N° 17838, del 30 de septiembre de 1969, emitido en el gobierno de Juan Velasco Alvarado, se modificó el texto original del Código Civil de 1936 (en específico el artículo 188°), en el sentido de que “El marido es el administrador de los bienes comunes con las facultades que le confiere la Ley, requiriéndose la intervención de la mujer cuando se trate de disponer o gravar bienes comunes a título gratuito u oneroso”.

### **1.3.1.3.El Código Civil Peruano actual**

Nuestro Código Civil actual entró en vigor el 14 de noviembre de 1984, estableciendo en su libro III la regulación referida al Derecho de Familia, desde el artículo

233° hasta el artículo 659°. El libro se divide en disposiciones generales, la sociedad conyugal, sociedad paterno-filial y por último, el amparo familiar.

Siendo que en el artículo 233° establece que la finalidad de regular la familia es contribuir con la consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas que proclama nuestra Constitución. Es decir, se busca tener cohesión armoniosa de la familia, siendo el aparato normativo legal un conjunto de herramientas para lograr ese fin y así poder beneficiar a nuestra sociedad. Para ello, establece la noción de matrimonio de la siguiente manera:

**Artículo 234°.-** El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

En este artículo se puede observar el gran cambio que existe en comparación con los códigos civiles anteriores, pues, lo que predomina tanto para el código como para nuestra Carta Magna, es la igualdad entre varón y mujer. Por ello, el hombre deja de ser el jefe supremo de la familia y la mujer ya no es relegada, dándole un papel más importante y notorio. Teniendo ambos la misma autoridad para conducir la familia y el matrimonio.

Algo que también es notorio en la legislación, es que siguiendo los anteriores códigos indica que el matrimonio sólo se puede contraer entre un hombre y una mujer; de manera que descarta la posibilidad de que se realicen matrimonios entre personas del mismo sexo.

Respecto a ello, realizando una interpretación gramatical de la norma civil en este aspecto refiere que el matrimonio es la unión concertada entre un varón y una mujer con el fin de hacer vida en común y procrear. No obstante, en la doctrina se cuenta con definiciones o interpretaciones que establecen que la finalidad del matrimonio no es únicamente la procreación; al respecto se tiene:

En efecto, el objetivo de hacer vida en común se orienta al deber de cooperación y asistencia de los cónyuges, así como a la conformación de una familia. La finalidad del matrimonio, entonces, es no solo gozar de la vida conyugal, sino formar una alianza para soportar mejor los contratiempos de la vida. (Gutiérrez y Rebaza, 2014, p.19)

De acuerdo con el autor, el objeto del matrimonio sería hacer vida común y ayudarse mutuamente en los conflictos o incertidumbres que devengan de su interrelación social. Demostrando así que existe una visión diferente del objeto del matrimonio, generando así la siguiente incertidumbre: ¿por qué no se encuentra regulado el matrimonio entre personas del mismo sexo?

En otro extremo, en nuestro Código se tienen tres líneas de parentesco: consanguinidad, afinidad y adopción. Las primeras se dan entre personas que descienden una de otra o de un tronco común (Art. 236° C.C.), teniendo efectos en línea colateral hasta el cuarto grado. Mientras que el parentesco por afinidad se produce entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro, lo que está positivizado de la siguiente manera:

**Parentesco por afinidad Artículo 237°.-** El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

Por último, el parentesco por adopción se da cuando la persona adoptada se vuelve parte de la familia y legalmente se generan obligaciones y derechos, siendo los mismos que se tiene con un hijo procreado dentro o fuera del matrimonio.

Luego de ello, se encuentra la regulación de impedimentos para que se realice un vínculo matrimonial, existiendo tres tipos: absolutos, relativos y especiales. Los impedimentos absolutos se dan entre adolescentes que aún no han cumplido la mayoría de edad; las personas que se encuentran en estado de coma, siempre y cuando no exista manifestación expresa o tácita anterior a ese estado, y los casados.

Los impedimentos relativos están relacionados con las líneas de parentesco antes mencionadas (consanguinidad, afinidad y por adopción)<sup>3</sup>; con adición de dos supuestos:

---

**Artículo 242.-** No pueden contraer matrimonio entre sí:

1.- Los consanguíneos en línea recta. El fallo que condena al pago de alimentos en favor del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente produce también el impedimento a que se refiere este inciso.

2.- Los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y el tercer grados. Tratándose del tercer grado el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves.

**Impedimentos relativos Artículo 242°.- No pueden contraer matrimonio entre sí:  
(...)**

6.- El condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente.

7.- El raptor con la raptada o a la inversa, mientras subsista el rapto o haya retención violenta.

Mientras que en el caso de los impedimentos especiales, estos se dan con el tutor o curador del menor o con persona con capacidad restringida establecida en los numerales que van del 4 al 7 del artículo 44° del mismo cuerpo normativo, mientras siga en el ejercicio del cargo; el viudo (a) que no acredite la realización del inventario judicial; de la viuda, mujer divorciada o matrimonio inválido, hasta que no transcurran 300 días. Esto se da para descartar la existencia de un embarazo.

Otro punto importante del matrimonio como institución legal, es la capacidad de generar ciertas obligaciones, una de ellas es la de prestar alimentos recíprocamente, la cual está regulada en el artículo 474° numeral 1 del Código Civil.

Eduardo Zannoni explica que dentro de un enfoque legal paternalista, se conceptúa que el deber de protección que tradicionalmente tiene el marido a la esposa, lo es como contraprestación del deber de obediencia de ésta, en función de la clásica potestad marital. El concepto de potestad marital era correlativo al status de incapacidad de hecho de la mujer casada y su representación necesaria por el marido (como se citó en Cabello, 1996, p.423).

Dicho de otra manera, esta protección se otorga bajo la tesis de que la mujer no puede sostenerse sola económicamente y por eso necesita asistencia del cónyuge. En la actualidad, este enfoque paternalista ha sido rebatido, debido a que se lucha constantemente para que las mujeres obtengan igualdad de condiciones en nuestra sociedad y en algunos casos ellas son las que sostienen económicamente a sus familias; logrando hasta generar mayores ingresos que su cónyuge; por lo que, un hombre también puede pedir asistencia a su cónyuge, si es que se encontrara en una situación de desventaja

---

3.- Los afines en línea recta.

4.- Los afines en el segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el ex-cónyuge vive.

5.- El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 a 4 para la consanguinidad y la afinidad.

económica, no pudiendo obtener ingresos por sí mismo; conforme lo determina el artículo 342° del Código Civil.

En síntesis, el matrimonio civil se encuentra regulado en nuestro Código Civil, teniendo como límite que “solo se puede establecer entre varón y mujer”. Además, de las limitaciones por impedimentos absolutos, relativos y especiales, los cuales ya fueron mencionados en los párrafos precedentes.

Por último, la institución matrimonial también genera bienes en conjunto, los cuales pueden ser bajo el régimen de la sociedad de gananciales o se puede optar por la separación de bienes; así también se generan otras obligaciones y derechos patrimoniales tales como: beneficios sociales, indemnización, derechos sucesorios y el divorcio. Temas que serán abordados en los subcapítulos subsecuentes.

#### **1.4. Derechos conexos al matrimonio según el Código Civil actual**

##### **1.4.1. La sociedad de gananciales**

En la época romana cuando se generaba el vínculo matrimonial, el patrimonio que poseía la mujer se transfería al hombre, volviéndose éste titular de sus bienes; patrimonio que no era de libre disposición de la mujer, sino que se transfería de la potestad del padre a la del esposo, ya que en esa época la mujer era concebida como una persona sin derechos; Jörs y Kunkel (como se citó en Palacios, 2005, p.5) dicen: “Cuando el matrimonio se realizaba adquiriendo el marido la *manus* (poder marital sobre la mujer), ésta no tenía ninguna capacidad patrimonial. Por tanto, si la mujer era *sui iuris*<sup>4</sup>, todo lo que tenía pasaba automáticamente al marido”.

A través de los años, la distribución del patrimonio siguió siendo la misma, solo se cambió la denominación a “dote”. En la época de Justiniano se estableció que la “dote” debía ser restituida al acabar el matrimonio. De acuerdo con Kunkel (como se citó en Palacios, 2005, p.8) la reforma de Justiniano también realizó cambios en las hipotecas:

---

<sup>4</sup> *Sui iuris*: “de derecho propio”

Entre los cambios efectuados por Justiniano se destacan también el concederle a la mujer una hipoteca general sobre los bienes del marido, y también éste fue protegido con el derecho a otra hipoteca que respaldara sus acciones para obtener la dote prometida y en cuanto a la garantía de evicción por los objetos recibidos en dote.

Pero al igual que el matrimonio, esta institución fue cambiando y evolucionando a través del tiempo, hasta llegar a las definiciones actuales, por ejemplo, en el libro “Tratado de Derecho de Familia”, Varsi Rospigliosi define la sociedad de gananciales de la siguiente manera:

La sociedad de gananciales es una comunidad de bienes aplicable al matrimonio compuesta por aquellos adquiridos a título oneroso por los cónyuges, por los frutos y productos de los bienes propios, correspondiéndoles a cada uno la gestión de su patrimonio y a ambos el patrimonio social con base en el interés familiar. (Varsi, 2012, p.143)

Nuestro Código Civil establece que los futuros cónyuges pueden determinar entre constituir una sociedad de gananciales o la separación de patrimonios.

Los regímenes patrimoniales del matrimonio determinan cómo contribuirán marido y mujer en la atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar, así como la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes presentes o futuros de los cónyuges y, también la medida en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los esposos (Vilcachagua, 2014, p.234).

Es decir, determinar el régimen patrimonial entre los cónyuges es relevante para que puedan disponer de bienes muebles o inmuebles, y generar con ello un posible enriquecimiento patrimonial. Que generen ganancias de manera inmediata o a futuro, depende del caso.

Varsi Rospigliosi nos explica cuáles son los bienes que pueden componer la sociedad de gananciales. Dentro de este régimen puede haber deudas propias y sociales. Las propias son las que fueron constituidas a título personal y en interés privado, por ello no deben ser asumidas por la sociedad ganancial. Teniendo como excepción que cuando se acredite un interés familiar con el que fue asumida la deuda, el cónyuge no deudor puede subsidiariamente respaldar el cumplimiento de esta obligación. Mientras que las deudas sociales están ligadas a las necesidades básicas familiares y la conservación de su patrimonio.

Además de los supuestos antes mencionados, existe una tipificación más compleja: llamada mixta. Dentro de esta separación, se encuentran los bienes en copropiedad: son los bienes donados a los cónyuges y los adquiridos con dinero propio de cada uno.

Los bienes sociales mixtos serían la combinación de los bienes propios y sociales, donde se encuentra el bien adquirido en parte con dinero propio de uno y otro con dinero ganancial; y el bien adquirido en parte con dinero propio de ambos y otro con dinero ganancial. También se encuentra bajo esta categoría, el bien propio en copropiedad que puede ser con la sociedad o con un tercero, y el bien social y en copropiedad con un tercero que son los adquiridos con dinero ganancial y con la participación de un tercero adquirente.

Debe tenerse presente que los bienes propios, sociales y copropiedad con un tercero, es el bien adquirido en parte con dinero propio, con dinero ganancial y con la participación de un tercero adquirente.

Otra tipificación es el fideicomiso, que no es propio ni ganancial, caso de la propiedad fiduciaria.

Existen las ganancias anómalas, que son absolutas y transitorias. Las primeras son las adquiridas por el cónyuge inocente de un divorcio y las segundas son bienes sujetos a cargas (derecho real de habitación y patrimonio familiar).

La sociedad de gananciales se puede extinguir por: divorcio, muerte de uno de los cónyuges, invalidez de matrimonio, por sustitución de régimen patrimonial a separación de patrimonios, causales que se encuentran explicadas dentro de este capítulo.

En el caso de contraer una deuda - una hipoteca, por ejemplo - ambos cónyuges conjuntamente deben responder por ella, así compartirán las obligaciones, los derechos y los beneficios que de ellos deriven. Por ejemplo, cuando una de las partes quiere vender un automóvil que fue adquirido dentro de la sociedad conyugal, cuando se realiza la transacción, no se permite que solo uno se apersona y firme, debiendo asistir ambos para que quede constancia de que hubo manifestación de voluntad de ambas partes en conjunto. En el acta de transferencia vehicular que expiden las notarías, queda establecido

que existe una sociedad conyugal que está vendiendo el vehículo. Así como también se encuentra inscrito en Registros Públicos y se muestra en la tarjeta de propiedad del vehículo.

En conclusión, a diferencia de la época romana, actualmente ambas partes administran y disponen sobre el patrimonio conyugal. Por lo cual, no bastará la sola firma de una de las partes para disponer sobre los bienes. Ya que al ser bienes que se han adquirido conjuntamente, estos deben beneficiar o pueden perjudicar a ambos cónyuges.

#### **1.4.2. Separación de bienes**

Por la separación de bienes, los cónyuges (o futuros cónyuges) no unifican sus patrimonios, sino deciden mantenerlos separados, teniendo cada uno autonomía sobre lo que posee y lo que poseerá en el futuro sin necesitar el consentimiento de la otra parte. Esta figura se encuentra reconocida en el segundo párrafo del artículo 295° del Código Civil donde se establece como formalidad el otorgamiento de escritura pública, y para que surta efecto contra terceros se debe inscribir en el registro personal. Mencionando que si no existiera escritura pública, se entenderá que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

Para que la separación de bienes surta efecto de manera legal, se debe declarar en el Registro Personal que se encuentra dentro del Registro de Personas Naturales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP); debiendo presentar el parte notarial de la escritura pública por separación de patrimonios, con la debida autorización.

En los artículos 296° y 297° del Código Civil, se establece que se podrá cambiar de un régimen al otro (sociedad de gananciales a separación de patrimonios o viceversa). La separación de bienes se puede dar de tres formas: la primera es llegar a un acuerdo privado entre los cónyuges, así ambos expresan de manera voluntaria el querer separar los patrimonios, el cual se debe realizar ante notario elevando el documento a una minuta, para luego ser formalizado por escritura pública. Mientras que dentro del mecanismo judicial, la parte interesada acude al juez, demostrando que una de las partes actuó de manera dolosa en la administración de bienes, para que se dé la separación de

patrimonios. Por último, está el proceso concursal, allí cuando uno de los cónyuges entra en un proceso de quiebra, se pide la separación de bienes.

La variabilidad de un régimen patrimonial puede realizarse no solo por convenio de los cónyuges; también se ha previsto que ocurra con aprobación judicial, pero solo cuando se pretenda sustituir el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. Ello es así, por cuanto la desaparición de la comunidad de intereses que supone la sociedad de gananciales justifica contrarrestar los mayores perjuicios económicos para uno de los cónyuges. Esto se comprueba cuando el artículo 329 dispone que la variabilidad judicial procede cuando uno de los cónyuges abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa en la gestión de los bienes (Vilcachagua, 2014, p.248).

Como menciona la cita, al pretender cambio de régimen de gananciales por el de separación de patrimonios, el cónyuge agraviado debe interponer la demanda judicial, ya que ha habido una afectación por parte del otro cónyuge abusando de sus funciones (por dolo o culpa). Luego del fallo del juez, se deberá inscribir en el registro personal para que surta efectos.

Gracias a la separación de bienes, no solo se conserva la autonomía patrimonial, sino que cada cónyuge responde por sus deudas con sus propios bienes. Por lo cual, no habría responsabilidad solidaria. Y si uno de los esposos adquiere una deuda, los bienes del otro no serán embargables.

La separación de patrimonios fenece en los casos de invalidación de matrimonio, por divorcio, por muerte de uno de los cónyuges y por cambio de régimen patrimonial<sup>5</sup>.

En el caso de invalidación y divorcio se terminan todas las obligaciones y derechos que otorga el matrimonio. Mientras que en caso de muerte de uno de los cónyuges se heredan bienes, derechos y obligaciones. Por otro lado, cuando se da el cambio de régimen patrimonial, el vínculo matrimonial persiste, simplemente se advierte

---

<sup>5</sup> Art. 331 Código Civil

El régimen de separación de patrimonios fenece en los casos del Artículo 318º, incisos 1, 3, 5 y 6.

una variación de bienes separados de la sociedad conyugal o viceversa.

En conclusión, la separación de patrimonios se da por un acuerdo mutuo entre las partes, normalmente se da antes de concretar el matrimonio. Pero en algunos casos se puede realizar durante el matrimonio, conforme al articulado pertinente del Código Civil.

Este cambio patrimonial puede ser establecido a voluntad de partes o por pedido expreso de uno de ellos, en una demanda judicial, esperando el fallo del juicio. Luego de esto se debe realizar una escritura pública vía notarial, y con posterioridad se debe inscribir en SUNARP.

### **1.4.3. Beneficios sociales**

Los beneficios sociales emanan de un contrato laboral, así como también las vacaciones, gratificaciones, compensación por tiempo de servicios (CTS), utilidades, asignación familiar, seguro de vida ley, maternidad o paternidad; el tipo de beneficios depende del régimen laboral en el que se encuentre la persona; puesto que cuando la persona beneficiada se encuentra casada, alguno de estos derechos se transfiere a su cónyuge.

La CTS es el beneficio que prevé el riesgo que origina el cese laboral, esto beneficia tanto al empleado como a sus familiares, es una forma de realizar un ahorro forzoso ya que este no es de libre disposición, hasta que se tenga el excedente de seis (6) remuneraciones brutas, luego de ello, se puede disponer sólo el 70% de dicho excedente, de conformidad con las normas laborales.

Así también, cuando una persona empieza a trabajar en una empresa, por ley se adscribe a un seguro (sea público o privado). En el caso de los seguros privados, estos tienen un formulario que debe ser llenado por el empleado, en el cual debe nombrar a los beneficiarios en caso de accidente o fallecimiento. Si la persona es soltera, puede otorgar el beneficio a sus padres o hermanos menores de 18 años. Sí es una persona casada, este seguro se extiende a su cónyuge y a la prole.

En el caso del Seguro Social de Salud del Perú (ESSALUD), este derecho también comprende a los cónyuges o concubinos, de acuerdo el caso. Para que se efectúe este

beneficio, se deberá realizar trámites documentarios, presentar el acta de matrimonio, llenar el formulario N°1010 que debe estar debidamente firmado por el representante o Gerente General de la empresa donde es empleado y DNI de ambos.

El artículo 3° de la Ley N° 26790 de Modernización de la Seguridad Social en Salud considera como asegurados a:

Los afiliados regulares o potestativos y **sus derechohabientes...** Son derechohabientes **el cónyuge o el concubino a que se refiere el Art. 326, del Código Civil**, así como los hijos menores de edad o mayores incapacitados en forma total y permanente para el trabajo, siempre que no sean afiliados obligatorios. La cobertura de los hijos se inicia desde la concepción, en la atención a la madre gestante. Así como también lo establece en el Art 7 de su reglamento en el Decreto Supremo N° 009-97-SA.

Así también en algunos supuestos se otorgan beneficios académicos, como descuentos para llevar ciertos cursos de aprendizaje cultural: idiomas, danza u otros. También existen los descuentos en tiendas comerciales, de comida o lugares deportivos, para la recreación. Como se advierte, existen infinidad de beneficios sociales que les dan las empresas a sus trabajadores, los cuales naturalmente se pueden extender a los cónyuges.

**Artículo 7°.- Son asegurados del Seguro Social de Salud los afiliados regulares y potestativos y sus derechohabientes.**

Son afiliados regulares: los trabajadores activos que laboran bajo relación de dependencia o en calidad de socios de cooperativas de trabajadores, y los pensionistas que reciben pensión de jubilación, incapacidad o sobrevivencia. Las personas que no reúnen los requisitos de afiliación regular, así como todos aquellos que la Ley determine, se afilian bajo la modalidad de asegurados potestativos.

#### **1.4.4. Derecho Sucesorio**

El Derecho sucesorio se rige por las normas del Derecho Privado. Tal regulación se encuentra establecida en nuestro Código Civil y se encuentra vinculado con los derechos reales y de obligaciones, por los cuales la herencia (bienes, derechos y obligaciones) del causante es transmitida a sus herederos o legatarios. Los elementos de esta figura jurídica son: el causante, los causahabientes y la herencia.

El causante es la persona que fallece, dando inicio al proceso sucesorio para la transmisión de la herencia. Los causahabientes son los sucesores que son llamados por testamento o por ley para recibir la herencia. Estos pueden ser herederos o legatarios o ambos de manera simultánea. Los primeros son a título universal de todos los bienes y obligaciones de una herencia o de una alícuota (parte proporcional en la que se divide la herencia), mientras que los legatarios son a título particular:

Los legados son disposiciones testamentarias en virtud de las cuales el causante, por un acto de liberalidad, otorga un bien determinado o un conjunto de ellos en beneficio de cualquier persona natural o jurídica, sin que en ningún caso exceda la cuota de libre disposición. (Fernández, 2014, p. 225)

La herencia es el patrimonio que contaba el causante al momento de su muerte. Dentro de ella están los bienes, derechos y obligaciones. Esta herencia se subdivide en dos apartados, en sentido amplio y en sentido estricto. Siendo en sentido amplio cuando se habla del patrimonio, así como los derechos y bienes (activos) y las deudas (pasivos). Por otro lado, en sentido estricto, se considera la masa hereditaria neta y solo se toman en cuenta los activos (acreencias, derechos reales y otros).

Cuando uno de los cónyuges o un integrante de la unión de hecho fallece, el *supérstite* se vuelve heredero forzoso, conforme se encuentra establecido en el artículo 724° del Código Civil.

Por otro lado, en el artículo 730° del mismo cuerpo normativo, se establece que la *legítima* del cónyuge es independiente de los gananciales correspondientes a la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio, lo cual es explicado con mayor precisión por Lohmann:

La idea central de la norma es que producido el óbito del causante que al fallecer estuviera casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, deberán hacerse dos liquidaciones separadas. Primero, la de la sociedad de gananciales, de conformidad con el artículo 318 y siguientes del Código; después la sucesoria. Dicho de otra manera, solamente forman parte de la masa hereditaria del causante sus bienes propios y la mitad de los bienes y derechos gananciales. La otra mitad ganancial, por pertenecer al cónyuge sobreviviente, es ajena a la herencia del *cujus*. En esta parte de pertenencia ganancial del cónyuge *supérstite* no se produce fenómeno sucesorio alguno. Si los gananciales son poco o mucho es cosa que no tiene relevancia en relación al derecho sucesorio

conyugal y a la legítima en particular. Solamente tienen incidencia para el ejercicio de los derechos de que tratan los artículos 731 y 732. (2014, p.304)

Por lo tanto, el cónyuge *supérstite* no solo deberá centrarse en su derecho sucesorio, sino que antes deberá resolver la liquidación de la sociedad de gananciales, para, de esa forma, liberar ese patrimonio, el cual finalmente podrá ser objeto de herencia del causante. Luego de ello podrá ejercer su calidad de heredero. Pero este derecho sucesorio se puede perder si es que se incurre en una de las causales previstas en el artículo 333° incisos del 1° al 6° del Código Civil (referidos a las causas de la separación de cuerpos, conforme se dispone en el artículo 746° del Código Civil), estas son: adulterio, violencia psíquica o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, abandono injustificado y la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

Para adquirir derechos, obligaciones y bienes se necesita ser heredero. En esa línea para ser heredero forzoso protegido por ley, debe existir el vínculo matrimonial que permitirá que el causahabiente pueda ser llamado a heredar, siempre y cuando no pierda este derecho por causales de desheredación.

#### **1.4.5. Indemnización**

La indemnización es una compensación económica que recibe una persona por haber sido objeto de un daño, esto se aplica en diferentes ramas del derecho. En este caso en concreto se mencionará los perjuicios que puede ocasionar uno de los cónyuges que generen una indemnización.

Tradicionalmente, el Derecho de Daños ha sido un ámbito ajeno al Derecho de Familia, ya que el marco de las relaciones familiares y los intereses superiores que subyacen, así como la defensa de la estabilidad de la familia y la propia jerarquización de la estructura familiar se mostraban contrarios, en principio, a los postulados de la responsabilidad civil. Sin embargo, la relación matrimonial genera, sin lugar a dudas, una serie de derechos, pero también de deberes para los contrayentes, tanto en sus relaciones personales como en las patrimoniales. Por ello, la problemática que plantea el tema de las indemnizaciones entre miembros de la misma familia es, quizás, uno de los aspectos más interesantes, y de mayor actualidad, del Derecho de Familia. (Romero, 2012, p.9)

Como se menciona, antes no se establecía una relación directa entre el matrimonio y su disolución con daños y perjuicios. Pero en la actualidad esto ha cambiado, pues si

bien el matrimonio no es un contrato, igual genera obligaciones y derechos. Por ello, cuando una de las partes incumple dichas obligaciones y genera un perjuicio (daño) en el otro, el primero está en la obligación de indemnizarlo, para lo cual se valorará la magnitud del daño y en qué momento del vínculo se hubiese producido.

En relación con nuestro tema de investigación, existen dos supuestos de indemnización, el primero se da con la separación de hecho, cuando ésta es generada por decisión de una de las partes, siendo que el cónyuge que se encuentre perjudicado tiene el derecho de pedir una indemnización. Tal es así que el artículo 345°-A del Código Civil, establece que el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por ambos. En ese caso el Juez velará por la estabilidad económica del perjudicado de la separación, así como la de sus hijos si hubiese; así también deberá señalar una indemnización por daños, la que incluye el daño a la persona u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión alimenticia que pudiera generarse<sup>6</sup>. Al respecto, se tiene la Casación 2160-2015-Lima, donde en el quinto fundamento señala que: *“en torno a la indemnización puede colegirse que: a) se deriva de una obligación legal; b) tiene naturaleza compensatoria; c) exige que no se haya dado motivo para la separación de hecho; y, d) requiere la existencia de prueba”*.

De otro lado, en el artículo 351° del Código sustantivo, se establece la reparación del daño moral al cónyuge inocente (perjudicado), en este caso será el Juez quien procederá a conceder una suma de dinero por concepto de reparación. Debiendo entenderse como daño moral aquel que consiste en el dolor, aflicción, angustia, que sufre la víctima de un evento dañoso.

El daño moral puede ser concebido como un daño no patrimonial inferido sobre los derechos de la personalidad o en valores, que pertenecen más al ámbito afectivo que al fáctico y económico;

---

<sup>6</sup> Tercer Pleno Casatorio Civil, de fecha 15 de diciembre de 2010: “la indemnización o la adjudicación de bienes, en su caso, tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí, y que su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar”.

en tal sentido, el daño moral abarca todo menoscabo proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva. (Casación 2643-2015-Lima).

#### **1.4.6. Divorcio**

Es la separación del vínculo matrimonial, por el cual, se disuelve la sociedad de gananciales y se establece el cese de obligación alimenticia entre marido y mujer, dando paso a que cada uno pueda contraer un nuevo vínculo matrimonial. Tal es así que en el artículo 348° del Código Civil se establece que por el divorcio se disuelve el vínculo matrimonial.

El término ‘divorcio’ proviene del latín *divortium* que significa separación o divergencia. Se creó como institución jurídica en Roma, mediante la cual el marido y la mujer podían pedir la disolución legal del matrimonio.

Cabe precisar que, si bien el concepto de divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso faculta a los excónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite sino hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior. Hecha esta salvedad, en lo sucesivo, la referencia a divorcio deberá entenderse efectuada jurídicamente a la destrucción del vínculo conyugal. (Muro y Rebaza, 2014, p.544)

Por su parte, en la vida ateniense existían dos tipos de divorcios: sanción y remedio. Tal como lo explica Belluscio (citado en Buis, 2003, p.20):

Nos referimos a un divorcio-sanción cuando el mismo se impone a uno de los cónyuges por haber incurrido en hechos que la ley considera suficientes para aplicar ese castigo, mientras que el divorcio-remedio se interpreta como una solución para dar por terminada una situación objetiva que dificulta el mantenimiento de la convivencia.

Actualmente, siguen existiendo esas figuras como por ejemplo la disolución del matrimonio por adulterio, violencia física o psicológica, las cuales suponen causales de divorcio-sanción, ya que una de las partes ha ocasionado un daño y el ‘castigo’ sería disolver el matrimonio.

Mientras que un ejemplo de divorcio remedio se daría en la imposibilidad de hacer vida en común o la separación convencional. En la actualidad, se divide el divorcio en mutuo acuerdo (que se encuentra regulado en las disposiciones contenidas en la Ley

29227) o por causal (las que se encuentran establecidas en el artículo 333° del Código Civil).

La Ley 29227 se encarga de regular el divorcio notarial y administrativo. En su artículo 4° establece los requisitos que deben cumplir los cónyuges para realizar una separación convencional y posteriormente un divorcio, estos son:

Para solicitar la separación convencional al amparo de la presente Ley, los cónyuges deben cumplir con los siguientes requisitos: a) No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a Ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad; y b) Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar con la Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial.

Luego de cumplir los requisitos antes mencionados y habiendo transcurrido dos meses de emitida la resolución de alcaldía o el acta notarial, podrán solicitar la disolución del vínculo matrimonial, tal como lo establece el artículo 7 de la referida ley. Siendo un proceso sencillo y sumarísimo, por el cual los cónyuges llegando a un acuerdo deben realizar los actos que la ley establece. En el caso de tener hijos, se pide como acto previo una sentencia judicial o un acta de conciliación que determine los derechos y obligaciones que seguirán teniendo frente a éstos. En el caso de tener patrimonio, deberán presentar la Escritura Pública para hacer la repartición de bienes de manera efectiva.

En nuestro Código Civil, las causales de divorcio se encuentran establecidas en el artículo 333°. que estipula como causales las siguientes: el adulterio; la violencia física o psicológica; el atentado contra la vida del cónyuge; la injuria grave; el abandono injustificado de la casa conyugal por más de 2 años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo; la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual de drogas o sustancias tóxicas; la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después del matrimonio; la homosexualidad sobreviniente al matrimonio; condena por delito doloso; imposibilidad de hacer vida en común; y la separación de hecho de los cónyuges.

Acreditados los requerimientos de la causal, la sentencia que se dicte en dichos casos mantiene vigente el vínculo matrimonial, lo que hace es declarar la separación de los cónyuges, suspendiendo los deberes de mesa, lecho y habitación, no afectando la obligación alimentaria que se deben recíprocamente. (Cabello, 2001, p.401 y 402)

La acción de divorcio tiene caducidad, esto se encuentra regulado en el artículo 339° del Código Civil, en el que se establece lo siguiente (en conexión con el artículo 333° del mismo cuerpo legal).

### **Caducidad de la acción**

1.El Adulterio	6 meses de conocida la causa por el ofendido y a los 5 años de producida.
2.Violencia física o psicológica	6 meses de producida la causa.
3.Atentado contra la vida del cónyuge	6 meses de conocida la causa por el ofendido y a los 5 años de producida.
4.Injuria Grave que haga insoportable la vida común	6 meses de producida la causa.
5. Abandono injustificado de la casa conyugal	Expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.
6. La conducta deshonrosa	Expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.
7. Uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o sustancias que puedan generar toxicomanía	Expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.
8.Enfermedad grave de transmisión sexual	Expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio	6 meses de conocida la causa por el ofendido y a los 5 años de producida.
10. Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta dispuesta después de la celebración del matrimonio.	6 meses de conocida la causa por el ofendido y a los 5 años de producida.
11. Imposibilidad de hacer vida común	Expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.
12. Separación de hecho	Expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.
13. Separación Convencional	Expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

Elaboración propia Tabla N°01

En consecuencia, la disolución del vínculo matrimonial trae consigo la liberación de ambos cónyuges, con ello recuperan la habilidad nupcial. Si el matrimonio optó por el régimen de sociedad de gananciales, este fenece y empieza la disolución y repartición de los bienes. Con esto también cesa el derecho hereditario, ya que se pierde el derecho de ser heredero forzoso. Además, cesa la obligación alimenticia entre ambos y la pérdida de llevar el apellido del marido en el caso de la mujer.

#### **1.4.7. La adopción por parte de parejas del mismo sexo**

Uno de los derechos que se encuentra conexo al matrimonio es la adopción que está regulada en el artículo 377° del Código Civil Peruano, de donde se advierte que por

la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

La adopción en nuestro país conlleva un trámite largo y engorroso, el cual contiene los siguientes requisitos que deben cumplir los adoptantes, estos son: que el solicitante sea de preferencia casado, aunque también pueden ser personas solteras, divorciadas y viudas (en el rango de 30 a 45 años); haber terminado la secundaria como mínimo; las parejas deben tener como mínimo 2 años de convivencia, entre otros requisitos.

Para establecer que una pareja es apta para adoptar se debe considerar diversos parámetros, uno de ellas, es saber si existe un sentido de responsabilidad respecto al cuidado de otra vida (adoptado) o si se cuenta con la solvencia económica para brindarle una vida de calidad; así como establecer criterios de crianza, creencias, religión, etc.

Respecto a ello, se debe considerar que de por sí es un tema sensible y dificultoso el analizar si una persona o pareja será la correcta para proveer a un niño(a) de amor, educación y valores, más aún es saber cómo una pareja homosexual podría realizar dicha labor, debido a que en nuestro país existe una gran controversia y rechazo a estas parejas, teniendo una oposición mayoritaria, por ende, las parejas homosexuales que desean adoptar son entendidas como la minoría social.

A fin de sustentar lo expresado precedentemente, debe tenerse presente expresiones tales como Maricela Gonzáles Pérez de Castro:

Las parejas homosexuales están caracterizadas por la inestabilidad y, en términos generales, carecen de la idoneidad para proporcionar al niño adoptado un ambiente estable, de humanización y socialización adecuados, que compense las carencias sufridas por el adoptado durante los primeros meses o años de su existencia. La misma Asociación Española de Pediatría señala que un núcleo familiar con dos padres o dos madres, o con un padre o madre de sexo distinto al correspondiente a su rol es, desde el punto de vista pedagógico y pediátrico, claramente perjudicial para el desarrollo armónico de la personalidad y adaptación social del niño (...). (Gonzáles, 2013, p. 288-289)

Debo precisar que el presente proyecto de investigación no pretende abordar el derecho a la adopción, debido a que al ser un tema amplio y delicado merece un análisis profundo y por separado, a efectos de poder disgregar las ventajas y desventajas de otorgar tal derecho; además, debe considerarse que el derecho de las personas

homosexuales a adoptar se encuentra ligado al matrimonio y para poder valorar ese derecho primero se debe aprobar el matrimonio homosexual, para poder dar el siguiente paso.

### **1.5. Otras instituciones del derecho familiar**

Existen otras instituciones reconocidas en el Código Civil que para el presente trabajo de investigación tienen especial relevancia, tales como: alimentos<sup>7</sup> de los ex cónyuges, el cual corresponderá al ex cónyuge que se encuentre en estado de indigencia; patrimonio familiar, entendida como la institución jurídica por medio del cual se afecta una casa - habitación para que sirva de morada de la familia o un predio que este destinado a la artesanía-agricultura-u otros comercios que sirvan como fuente de ingreso para el sustento de los integrantes de la familia, se constituirá dicho patrimonio a través de un proceso no contencioso, gozando tales bienes del beneficio de no ser objeto de embargo u otra afectación.

### **1.6. Cuestiones pertinentes del Anteproyecto de Reforma al Código Civil Peruano**

El Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano propuesto por el Grupo de Trabajo creado por Resolución Ministerial N°0300-2016-JUS, fue establecido a efectos de modificar el articulado del Código Civil de 1984. En lo que respecta al Derecho de Familia, y en específico a las reformas que incorporan normas relacionadas al presente tema de investigación tenemos las siguientes:

a) Artículo 233°.- Finalidad de la regulación de la familia

La regulación jurídica de la familia **y las diversas formas de constituirla** tienen por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú y **en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado peruano.**

---

<sup>7</sup> **Artículo 472.-**Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. (...)

Al respecto, lo resaltante de esta norma es el supuesto jurídico de ‘las diversas formas de constituir la’, en relación con la conformación de la familia, que parecería decir que el ordenamiento jurídico peruano estaría aceptando otras formas de constituir una familia y no necesariamente la familia nuclear o conformada. Sin embargo, dicho precepto no se limita a una interpretación gramatical, siendo que sistemáticamente aún se mantienen los supuestos de conformación de una familia nuclear o conformada.

b) Artículo 233°.- Unión de hecho.

1. La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, **sin que haya unión de hecho inscrita por alguno de ellos**, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

2. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal.

3. **Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el numeral 1 producen derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio, por lo que son de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil.**

4. **Tratándose de una unión que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento sin causa.**

En relación con este artículo, aún se conserva la descripción de la unión de hecho como la unión voluntaria realizada y mantenida por un ‘varón y una mujer’ libre de impedimento matrimonial, esto es, se mantienen los presupuestos que sólo podrán contraer unión de hecho (y también matrimonio) las personas de diferente sexo.

c) Artículo 333.- Causales.

1. Son causas del divorcio o, en su caso, de separación de cuerpos:

a) **Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, que hagan intolerable la convivencia de estos o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos.**

b) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años.

c) El mutuo acuerdo de los cónyuges, después de transcurrido un año de la celebración del matrimonio.

2. **El divorcio o separación de cuerpos convencional será judicial, notarial o administrativo municipal.**

La propuesta de modificación de este artículo sí resulta útil a los fines de la presente investigación, por cuanto suprime todos los supuestos (causales) que en suma causaban dificultades interpretativas al momento de invocarlos, así como algunos atentaban contra el derecho a la igualdad como el inciso 9, referido a la ‘homosexualidad sobreviniente al matrimonio’.

## **CAPÍTULO II: EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN**

La igualdad es un concepto tridimensional, pues es a la vez: derecho, principio y valor. Dentro del ordenamiento jurídico se encuentra reconocido como uno de los derechos fundamentales conforme al inciso 2 del artículo 2° de nuestra Carta Magna. Dicho dispositivo también lo reconoce como principio, teniendo así esa doble condición legal. Es también un valor, y desde esa perspectiva Montoya en “La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental”, señala:

La igualdad es un valor de alcance general –quizás el más importante de todos, junto a la libertad– en los sistemas políticos modernos, indispensable para cimentar el Estado social y democrático de Derecho en el que vivimos. Su fundamento es el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos por el hecho de serlo –dignidad que es innata a la persona e inalterable por razón de las circunstancias–, lo cual se traduce en la afirmación de una serie de derechos fundamentales inviolables y en la asignación al poder político de la función de garantizarlos y de facilitar su ejercicio. (Montoya, 2007, p.1)

Es importante mencionar que este derecho tiene una relación de dependencia con el derecho a no discriminar a alguien por razón de origen, sexo, raza, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico admite ciertos tratos desiguales que no son considerados como actos discriminatorios, un ejemplo de ello es lo regulado en la Ley N°28683 (ley de atención preferente), la que establece que se deberá dar un trato preferencial a las madres gestantes o con niños en brazos, adultos mayores de 60 años de edad y personas con discapacidad; evidenciándose este trato diferenciado, por ejemplo, en los buses de transporte público, en los centros de atención al usuario (público o

privado), entre otros. Lo que nos lleva a concluir que este trato desigual a un grupo determinado de personas no representa un acto discriminatorio en sí mismo.

De otro lado, para determinar si tal transgresión de derechos existe, se apela al test de proporcionalidad y razonabilidad. La razonabilidad para establecer un fundamento o razón que justifique el trato diferenciado; y dentro de la proporcionalidad, se debe establecer si existe una justificación objetiva, idónea o adecuada entre medio y fin.

## **2.1. Origen y evolución del reconocimiento constitucional del Derecho a la Igualdad**

El Derecho a la Igualdad ha variado durante los años, su reconocimiento se genera en virtud del cambio social. Así mientras la sociedad cambia, el derecho se adapta para poder sobrellevar las nuevas realidades sociales. Durante muchos años, los hombres y las mujeres no tuvieron el mismo valor en la sociedad (desigualdad por razón de género), del mismo modo existió la diferenciación por el grupo humano al cual pertenecía una persona (desigualdad por razón de raza), o incluso por motivos de creencias espirituales (desigualdad en razón de la religión); sin embargo esas y otras diferenciaciones, no han ido desapareciendo conforme el progreso paulatino de la sociedad, creándose leyes que garantizan (o tratan de garantizar) la igualdad entre sus miembros.

La palabra igualdad proviene del latín *aequalitas*, que significa equilibrado, es decir, proporcional. Esta relación con la proporcionalidad se evidencia en la construcción legal que tiene la igualdad que se ve reflejada en el desarrollo del presente capítulo. De otro lado, de acuerdo al diccionario de La Real Academia Española: la igualdad es el principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones.

La esclavitud existió durante muchos años en el mundo, y nuestro país no fue la excepción, el trato desigual entre los individuos y la discriminación se vieron reflejados en los distintos estratos sociales, circunstancias que en su tiempo eran toleradas por el contexto social y por falta de regulación normativa. Es evidente que el paso del tiempo ha quebrado las barreras de la desigualdad en diversos aspectos de las interrelaciones sociales. Las concepciones modernas de igualdad entre hombre y mujeres, nos lleva a

plantearnos la duda de ¿por qué sus relaciones interpersonales, como el matrimonio, no pueden ser alcanzadas también por personas del mismo sexo?

A lo largo de la historia, un ejemplo notorio donde se ve reflejado el reconocimiento de igualdad entre personas (aun siendo una igualdad parcial), lo advertimos en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del año 1776 y los derechos del Hombre. Al respecto, en la revista Estudios Políticos (Nueva Época) se anota:

La Declaración de Independencia comienza manifestando que la igualdad humana es una verdad evidente en sí misma. Esta afirmación aparece en primer lugar, adelantándose al derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Para Jefferson el principio de igualdad era una idea matriz, ya que su violación, concretada en las continuas ofensas sufridas por los habitantes de raza negra, conllevaba la trasgresión de su derecho a la libertad y a la búsqueda de la felicidad. (Aparisi, 1990, p.217)

Bajo esa perspectiva, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, se expone: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad...”.

De lo que se colige que en la mencionada declaración no existía una definición ni delimitación sobre a qué hacía referencia el término “igualdad”, considerándose solo como base para aplicar los derechos fundamentales de la vida, libertad y búsqueda de la felicidad.

Otro hecho importante en la historia se dio con la Revolución Francesa en 1789. Esta revolución fue un movimiento político, social, económico y militar, el cual, terminó con la monarquía absolutista de esa época, que concentraba el poder en el monarca y desconocía la división de poderes.

Al no existir esta separación de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), el monarca podía tomar cualquier tipo de decisiones sin interferencias de ningún tipo, ya que tenía el poder supremo. Por ello, muchas veces esas decisiones podían ser arbitrarias, inclinadas a favorecer solo a la nobleza.

Gracias a la Revolución Francesa, se aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que, en su artículo primero, establece lo siguiente:

**Artículo primero.**- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

En este artículo se tiene un concepto amplio, que no llega a especificar bajo qué ámbitos se puede aplicar. El único parámetro que establece es la utilidad común, por la cual se podían aceptar ciertas distinciones, aunque este parámetro no llega a definir la exactitud de esa expresión. Actualmente, la ‘utilidad’ es entendida como bien común. El bien común es una denominación filosófica. Desde esta perspectiva, en la obra de Platón, titulada “La República”, señala que “era el bien que trascendía los bienes particulares y a que la felicidad de la ciudad debe ser superior y hasta cierto punto independiente de la felicidad de los individuos” (Platón, 1988).

Por otro lado, Castillo hace la siguiente reflexión en torno al bien común:

Sin justicia el bien común no puede existir y dicha situación se logra cuando los miembros de una colectividad disponen de los medios necesarios para la satisfacción de sus necesidades en forma integral, es decir, tanto materiales como espirituales, así como el desarrollo y el perfeccionamiento de sus aptitudes. Se trata de una exigencia de la justicia distributiva. Este problema del “bien común” se ha originado por la exigencia de que los Estados deberían proporcionar a sus miembros una serie de bienes que les faciliten su subsistencia y el bienestar. (2015, p.285 y 286)

Como se muestra, se invoca la relación igualdad-felicidad. De ello, se desprende que el reconocimiento pleno de los derechos fundamentales del hombre conlleva a una mejor realización de cada individuo para que pueda encaminarse a una vida plena sin estar desprotegido del Derecho. De acuerdo con Millán en su libro *Léxico Filosófico*: "El bien común es el que puede tener conjuntamente varios beneficiarios o partícipes (...). El bien común no tiene hablando rigurosamente dueño alguno, sino varios beneficiarios o partícipes" (Millán, 1984, p.376).

Por ello, las distinciones sociales solo podrían fundarse en el bien de la comunidad y en la felicidad como colectivo. Al establecerse que el bien común es el que favorece a todos, se crean ciertas contradicciones, debido a que no siempre se puede favorecer a todo el colectivo, lo que evidentemente vulneraría a un grupo menor que no está de acuerdo con alguna decisión, creándose con ello diferenciaciones que afectan claramente a un grupo minoritario, como si este no conformara la sociedad.

En consecuencia, las diferencias sociales iniciaron movimientos a favor de la igualdad. En ese conflicto constante se han producido hechos históricos y redactado

innumerables textos legales que tratan de asimilar a la igualdad como un pilar fundamental para la subsistencia y desarrollo de la sociedad.

Se entendía que las normas legales al tener como uno de sus límites el bien común, por el cual se busca la igualdad, estas solo se consideraban solo si eran exigidas por un colectivo mayoritario en la sociedad. En ese sentido, si la vulneración solo era para una persona o un grupo minoritario, no creaba importancia en el mundo legal, porque el bien común era más grande.

Poco a poco, en distintas legislaciones, se fue delimitando más el derecho de igualdad. Tuvieron mucha relevancia los cambios sociales: nuevas necesidades establecieron nuevas exigencias.

En efecto, los problemas han variado y temas referidos a la discriminación por religión, sexo, ideales políticos, cultura, etc. que antes no parecían tan relevantes o a los que no se les había dado la importancia que tenían, fueron más considerados. Se trata de problemáticas más actuales. Lo cual, demuestra que a medida que la sociedad avanza, también cambian los ideales o costumbres, y el Derecho tiene que avanzar de manera conjunta. No olvidemos que el Derecho es dinámico por naturaleza, y los hechos que van ocurriendo dentro de una sociedad hacen que cambien las normas, o que éstas se adapten a las nuevas exigencias. Las normas no cambian realidades, son las realidades (hechos) las que cambian las normas.

Así las cosas, los organismos internacionales han elaborado nuevos tratados o proyectos internacionales relacionados al derecho a la igualdad, lo que ha sido adoptado por la mayoría de los países, redactando normas de manera similar y teniendo a las normas internacionales como derechos vinculantes. Por ello, es pertinente abordar algunas normas que tratan el tema de derecho a la igualdad.

## **2.2. Aplicación del derecho a la igualdad**

### **2.2.1. Normas Internacionales**

El derecho a la igualdad se encuentra reconocido de manera internacional como derecho, principio y valor. Gracias a estas normas fuente, diversos países han podido

establecer normas parecidas en sus Estados, ya que existen derechos que tienen carácter universal y que no solo se deben aplicar en una nación.

Desde hace algunas décadas atrás, en América Latina se vienen condensando y afirmando como derechos fundamentales de los sujetos de derechos, **a un conjunto de necesidades materiales y espirituales**, dentro y fuera del Estado de Derecho. Asimismo, podemos precisar que, los derechos fundamentales son aquellos derechos inherentes al ser humano que **pertenecen a toda persona** sin excepción, en razón a su *dignidad humana* (Sánchez, 30 de enero de 2018).

Las normas internacionales que regula este derecho son: la Declaración Universal de Derechos Humanos; de allí se desprende el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) en sus artículos 2 y 7 prescribe que todos somos iguales en dignidad y derechos. Es decir, el derecho abarca a todo ser humano, sin importar el sexo. Pero como esa sola distinción no es suficiente, genera como agregados que no puede haber distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole.

Al realizar estas distinciones, se puede relacionar este derecho con el de la libertad, ya que a pesar de que cada persona tenga libertad para escoger que religión profesar o abstenerse de tener alguna, o el poder opinar libremente, ello no implica que se pueda discriminar a las personas, por más que nos encontremos en contra de sus decisiones o ideales.

Al respecto, la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), que es la institución rectora del Organismo Ejecutivo para la promoción y protección de los Derechos Humanos de las personas que integran la sociedad guatemalteca, realizó una versión comentada de la DUDH, siendo que respecto al artículo primero refirió lo siguiente:

En este artículo la DUDH expone su fundamentación ética, es decir establece los valores que guían la formulación de derechos que viene a continuación. Aquí se

refleja la importancia que los autores concedían a la libertad, la igualdad y la fraternidad, valores impulsados en el marco de la Revolución Francesa, y que como tales no son realidades sino aspiraciones, pues eso son justamente los valores: modelos de lo que es bueno, correcto, bello en una sociedad determinada y en un momento determinado. (2011, p. 13)

A pesar de encontrarse reconocido el derecho a la igualdad, se han seguido cometiendo actos de discriminación y desigualdad. Como lo menciona la COPREDEH: “La DUDH proclama la igualdad, pero a lo largo de la historia personas y pueblos han sufrido discriminación por su raza, sexo, religión, opinión política, origen nacional o étnico, posición económica o social, nacimiento, rasgos físicos” (2011, p.15). Históricamente, para lograr que estos derechos queden regulados, se necesitó de una lucha constante por parte de la sociedad civil, debido a que los textos normativos surgieron luego de la existencia de un conflicto.

En el artículo 7 de la DUDH se menciona que todos son iguales ante la ley y sin distinción. Esta igualdad se daría frente a las instituciones de justicia, tribunales y cortes de justicia, ya que dentro de los procesos se necesita que todos sean iguales para que no se cree favoritismos, por eso se pide que el juez sea objetivo e imparcial.

Dentro del sistema normativo universal también encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. Son un refuerzo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. El primer pacto se concentra en los derechos de libertad, lo cual, implica una abstención de la intervención del Estado en la libertad de todo ser humano. Mientras que el segundo pacto se refiere a los derechos que garantizan un nivel adecuado de vida; de manera que el Estado es el encargado de dar medidas adecuadas para garantizar su aplicación.

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o denominado Pacto de San José de Costa Rica, establece lo siguiente:

**Artículo 24. Igualdad ante la Ley**

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (como se citó en Pérez, 2016) menciona lo siguiente:

En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *iuscogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico (p.20).

Por ello, en su calidad de *iuscogens*, se crea la protección de normas de carácter internacional que protegen ciertos valores esenciales compartidos entre los Estados que están adscritos a los tratados. El término *iuscogens* supone que no admite exclusión ni alteración.

Este artículo menciona el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Pero no menciona los parámetros. Por ello, no es tan exacto como las normas antes mencionadas. Lo cual, en cierta medida es bueno, porque al no existir limitaciones, se puede invocar este artículo para sustentar cualquier vulneración al derecho de igualdad, sin importar sobre qué índole sea.

### **2.2.2. En Nuestra Constitución**

La Constitución de Cádiz de 1812 (la cual, no fue considerada como la primera Constitución, debido a que en esa época el Perú no era una República) en la que se evocaba a la Santísima Trinidad; luego de ello, se dio la Declaración de Independencia por parte de José de San Martín en 1821. Como ya había pasado en otros países, el segundo paso después de dicha declaración era la redacción de una Constitución. Siendo ello así, se realizó la Carta Magna del Perú fue de 1823 (considerada como la primera constitución), desde ahí hemos tenido doce constituciones, quedándonos con la actual del año 1993.

	Constitución 1823	Constitución 1856	Constitución 1979	Constitución 1993
--	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------

Derecho a la igualdad	<p>ARTICULO 193°.- Sin embargo, de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:</p> <p>9.- La igualdad ante la ley, ya premié, ya castigue.</p>	<p>Art. 31°.- Las leyes protegen y obligan igualmente a todos: podrán establecerse leyes especiales porque lo requiera la naturaleza de los objetos, pero no por solo la diferencia de personas.</p>	<p><b>Artículo 2.</b>Toda persona tiene derecho:</p> <p>2.- A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón.</p>	<p><b>Artículo 2.</b>Toda persona tiene derecho:</p> <p>2.- A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.</p>
-----------------------	---	--	--	--

### Elaboración propia Tabla N°02

En la Carta Magna de 1823 dentro del capítulo de garantías constitucionales, en el Art 193 inc. 9, se establece lo siguiente: “La igualdad ante la ley, ya premié, ya castigue”. En este caso solo menciona la igualdad, pero no es mencionado el derecho de no discriminación. En las subsiguientes constituciones, se tiene el mismo enfoque, hasta llegar a la Constitución de 1856 que realiza un agregado a este derecho.

**Art. 31°.-** Las leyes protegen y obligan igualmente a todos: podrán establecerse leyes especiales porque lo requiera la naturaleza de los objetos pero no por solo la diferencia de personas.

Se puede inferir que, gracias a este artículo, se autoriza a utilizar otras normas o a crearlas para poder lidiar con los problemas de desigualdad en nuestro país. Otro cambio importante en materia de igualdad fue en la Carta Magna de 1979. En esta se incluyó el reconocimiento de los derechos fundamentales: la vida, igualdad, libertad, honor, propiedad, entre otros.

**Artículo 2.**Toda persona tiene derecho:

2.- A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón.

Allí se menciona por vez primera la discriminación, poniendo parámetros sobre en qué ámbitos se aplicará la ley. Estos son: sexo, raza, religión, opinión e idioma. Destaca también un enfoque marcado en la igualdad que existe entre varón y mujer, dejando así de lado el trato inferior que se tenía hacia las mujeres, estableciendo que ellas son parte de la sociedad y también tienen derecho a ser defendidas. Era indispensable

que exista tal regulación constitucional porque el código civil y normas de rango legal habían restringido los derechos de las mujeres a favor de sus padres o esposos. Otra problemática era respecto a que las mujeres no podían estudiar o trabajar, debido a que se tenía el pensamiento retrógrado de que solo debían realizar actos domésticos.

Siguiendo esta línea, nuestra constitución actual estableció los mismos principios sobre igualdad, pero con algunos cambios. La Carta Magna de 1993, expresa lo siguiente:

**Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho:**

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Como podemos distinguir en esta redacción se deja de lado el énfasis de la diferenciación entre varón y mujer, ya que esto se encontraría establecido en “nadie debe ser discriminado por sexo”, lo cual abarcaría todas las distinciones y problemáticas que se podrían crear en base a ello.

Por otro lado, establece que no se podrá discriminar a las personas por ‘cualquier otra índole’, abriendo así la posibilidad de invocar este derecho para otro tipo de discriminación que aparezca en el futuro. Se puede apreciar que se redactó, tomando en cuenta que el mundo y nuestro país están sufriendo cambios. Por estos cambios, se debe extender la protección de los ciudadanos. Tal es el caso de una factible regulación normativa del matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo, en mérito a nuevas formas de expresión del derecho a la igualdad.

Desde la perspectiva jurídica, todos somos iguales ante la ley, lo cual nos confiere derechos y obligaciones; esto nos ayuda a garantizar nuestro pleno desarrollo sin que nadie vulnere nuestros derechos y sin nosotros vulnerar el de otros.

Para poder entender de manera más amplia la aplicación de esta norma, es pertinente enfocarnos en la doctrina.

Como expone Bernales (1998, p.118 y 119):

La igualdad ante la ley no supone que todos los seres humanos sean iguales unos a otros, en sentido material; ello sería simplemente negar la realidad. Al contrario, es correcto decir que una de las

grandes riquezas del ser humano es que cada uno de nosotros es diferente en muchos elementos. Sin embargo, al propio tiempo, la humanidad considera actualmente que la unidad básica está en la pertenencia a la misma especie, participando todos de las mismas condiciones y calidad que configuran al ser humano. Este es el núcleo central determinante de derechos. Entonces, la igualdad ante la ley no borra las diferencias naturales, sino que establece una igualdad básica de derechos, a partir del cual podemos realizarnos mejor en medio de nuestras diferencias.

Por lo tanto, se establece que existe igualdad ante la ley, lo cual, no quiere decir que todos somos iguales, como explica el autor antes mencionado, sino que tenemos diferencias naturales. Ya que la igualdad debe adaptarse a los cambios sociales, se piensa que es un permanente desafío para el Derecho, como se explica en los “Comentarios a La Constitución Comentada” de la siguiente manera:

De este modo, la igualdad es un permanente desafío para el Derecho, más aún en un mundo en que las diferencias se revelan y reclaman a cada instante. Si hay un rasgo verdaderamente humano es ese afán, que compartimos todos por diferenciarnos, si algo caracteriza a la sociedad moderna es precisamente el pluralismo, el derecho a que se reconozca nuestra individualidad, las características y particularidades de cada ser humano. Solo tal reconocimiento y respeto garantiza el pleno desarrollo de la personalidad del sujeto, pero en ese contexto de diferenciación, aun cuando parezca contradictorio, ha de existir y garantizarse el derecho a la igualdad. (Gutiérrez, W. y Sosa, J. M, 2005, p.81)

En la Sentencia N° 02437-2013-PA/TC en el fundamento N°5, se determina lo siguiente:

5. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional [cfr. STC N.º 0045-2004-PI/TC, 20]. Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes.

Por lo tanto, la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra como derecho y como principio sirviendo este para asegurar la democracia. Como derecho, dándonos la herramienta para ejercer esa igualdad frente a otro.

### **2.3. Discriminación**

La palabra discriminación proviene del latín *discriminatio* que significa distinción, es decir, la diferenciación que se da entre uno y otro individuo. De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española -RAE, *discriminatio* significa acción y efecto de discriminar; el cual se genera cuando se distingue o diferencia entre personas o cosas.

La discriminación en sentido lato, es la diferenciación que se ejerce a un grupo determinado de personas, la cual no significa un trato discriminatorio o peyorativo a alguno de ellos, como por ejemplo ocurre en el trato a personas extranjeras por las características físicas que representan, o a grupos de personas que presentan alguna discapacidad física o mental y requieren un trato diferenciado.

El conflicto se crea cuando una persona realiza este acto de distinción sobreponiendo un afán de marginación (discriminación negativa). Por el contrario, existen diferenciaciones que se hacen porque las circunstancias lo requieren o lo ameritan, como por ejemplo, tener baños con infraestructura adecuada para personas que están en silla de ruedas (discriminación positiva).

### **2.3.1. Discriminación Negativa**

De manera más amplia, el informe “La discriminación y el derecho a la no discriminación” de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México expone lo siguiente:

Discriminar significa seleccionar excluyendo; esto es, dar un trato de inferioridad a personas o a grupos, a causa de su origen étnico o nacional, religión, edad, género, opiniones, preferencias políticas y sexuales, condiciones de salud, discapacidades, estado civil u otra causa. Cabe señalar que estas causas constituyen los criterios prohibidos de discriminación. (2012, p.5 y 6)

La idea de inferioridad supone que otra persona cree que está en un nivel superior, por ello, puede tratar de manera excluyente a los demás. Quien discrimina piensa que los otros no llegan a ser tan buenos como él ni alcanzan su estándar. Se trata de una idea errada que se ha transmitido por muchos años en distintas épocas. Ese era el fundamento que tenían para poder minimizar a ciertos sectores y aprovecharse de ellos, sin importar el daño y la vulneración constante que esto creaba.

Al respecto, Sartori (como se citó en Rodríguez, 2006) opina lo siguiente:

La contradicción parece provenir de que el principio de no discriminación se ha formulado en los terrenos político y jurídico como una extensión, o como un capítulo, de un principio llano de igualdad. Por ello, el consenso general en las democracias acerca de que es inaceptable todo tratamiento diferenciado que pueda ser considerado discriminatorio se transforma en una agria disputa apenas se entra a la discusión de cuál ha de ser la conducta del Estado y los particulares a la vista de los efectos históricos de la discriminación sobre grupos como las mujeres o las minorías étnicas. (p.24)

### **2.3.2. Discriminación Positiva**

Existen diferencias por edad, sexo, habilidades diferentes, entre otras, que relegan a unos en comparación con otros. Debido a ello, es frecuente encontrarse con grupos minoritarios en una sociedad, respecto de los cuales los gobiernos, para lograr una equiparación, adoptan ciertas medidas a favor de estas minorías. Con estas acciones, se pretende crear políticas para llegar a la igualdad de oportunidades lo que se conoce bajo el término “discriminación positiva”.

Huerta refuerza esta idea, de la siguiente manera:

No todo trato diferenciado implica una discriminación. Pero, para que ese trato diferenciado no sea considerado como discriminatorio, debe analizarse si el mismo se encuentra justificado. Para llevar a cabo esta tarea, la doctrina y la jurisprudencia comparada han desarrollado una serie de lineamientos a ser tomados en consideración. Estos son: El trato diferenciado debe llevarse a cabo respecto a personas que se encuentran en una situación de desigualdad. El trato diferenciado debe sustentarse en un objetivo legítimo (principio de razonabilidad). Esto significa que la diferenciación debe basarse en causas o motivos objetivos y razonables. Estas causas o motivos pueden ser de diferente índole, no necesariamente relacionados con la necesidad de garantizar algún valor constitucional, sino orientados a enfrentar una situación de desigualdad. El trato diferenciado debe guardar una relación con el objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de racionalidad). El trato diferenciado debe aplicarse o llevarse a cabo en forma proporcional al objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de proporcionalidad). (2005, p.314)

Como menciona, debe existir un objetivo que sea fundamentado para crear estas diferencias que generarán un favorecimiento a cierto sector, siempre teniendo en cuenta la racionalidad y proporcionalidad, para no realizar un abuso que perjudique a alguna de las personas.

El Consejo General del Poder Judicial de Madrid, en su libro “La discriminación positiva”, publicado en 2006, establece que la discriminación positiva debe cumplir cuatro parámetros para que se encuentre dentro de la esfera de licitud. Estos son: necesidad, objetividad, transitoriedad y legalidad<sup>8</sup>, explicadas de la siguiente manera:

Dentro de la **necesidad** se encuentra el caso hipotético de que no se lograra el mismo objetivo de equiparación en un sector social determinado y en tiempo razonable a través de medidas menos extremas de acción positiva.

La **objetividad** versa a través de estadísticas comparativas donde se demuestra desigualdad en el ámbito concreto.

Debe existir una cuota que tenga un periodo de tiempo necesario para lograr la igualdad, esa sería la **transitoriedad**.

Por último, la **legalidad** está referida a la afectación de un derecho fundamental, en este caso, la igualdad. La discriminación positiva debe establecerse por vía legal para asegurar pluralidad y publicidad.

---

<sup>8</sup>Manuales de Formación Continuada: La discriminación positiva p. 29 y 30

El trato diferenciado es reconocido por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N°0606-2004-AA/TC en el fundamento N° 11, se establece lo siguiente:

Fundamento 11: [...]Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o la circunstancia en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual.

Un claro ejemplo de discriminación positiva sería el periodo de descanso que se otorgan a las mujeres embarazadas en los trabajos, antes y después de dar a luz. Este tipo de licencia solo se les da por la condición de embarazadas que tienen en ese momento, debido a las necesidades que ellas y el recién nacido pudieran tener, para que no sean forzadas a regresar a su labor luego del parto.

Para lograr identificar si existe una discriminación positiva (aceptada) o una discriminación negativa (prohibida legalmente); se necesita analizar cada caso en concreto, siguiendo los parámetros del test de proporcionalidad y razonabilidad.

#### **2.4. Test de Proporcionalidad y Razonabilidad**

El test de proporcionalidad surge del principio con el mismo nombre, el cual, es una norma de optimización que está limitada a la intervención estatal en los derechos fundamentales. Así, se evitará que exista una utilización desproporcional entre el accionar de discriminación con el fin que se quiere lograr.

3. (...) Mediante este test se controla si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación. En segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación. Y, finalmente, determinar si se trata de una medida adecuada y necesaria, esto es, si respeta el principio de proporcionalidad.<sup>9</sup>

Se obtiene una definición primigenia gracias a la jurisprudencia, siendo esta una fuente material de nuestro ordenamiento jurídico donde se logra establecer de manera

---

<sup>9</sup>Sentencia del TC N° 0649-2002-AA/TC

práctica el uso de este test. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia N°0606-2004-AA/TC en el fundamento jurídico N° 11, establece lo siguiente:

11. [...] Por tanto, el problema es determinar qué tratos diferenciados son constitucionalmente admisibles, lo que deberá de analizarse en cada caso concreto conforme al *test* de razonabilidad y proporcionalidad.

Así, este método se volvió vinculante para aplicarlo en otras sentencias en el que además de determinar que el test de proporcionalidad no tendrá un resultado único, sino que será de acuerdo al caso determinado y los juicios de valor que se necesiten.

El test de proporcionalidad forma parte del examen de ponderación de Robert Alexy por el que se establece que al existir una confrontación entre dos derechos, se debe analizar en cada caso, cual es prescindible y cual no.

En la Sentencia 00045-2004/PI-TC, se menciona lo siguiente:

25. La proporcionalidad, por su parte, en este contexto, conjunto al principio de razonabilidad, como parámetro de los supuestos de discriminación, alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación “proporcional” entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso.

Por ello, dependerá de cuan proporcional es el medio que se emplea para conseguir el fin requerido. Por ejemplo, si se establece que las empresas privadas deben recoger y retornar a sus casas a todo el personal que sufra algún tipo de discapacidad, esta normativa tendría como fin generar una facilidad para que estas personas puedan acercarse a trabajar sin ningún inconveniente, pero el medio que se usa, obligando a todas las empresas, no siempre será proporcional, ya que esto generará un gasto adicional que podría invertirse en contratar más personal.

Para explicar en qué consiste la razonabilidad, es pertinente citar el fundamento 23 de la sentencia antes mencionada.

23. En este contexto, la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente. Aquí, el tratamiento diferente aparece como un medio para la prosecución de una finalidad. La comprensión del principio de razonabilidad en estos términos ha sido acogida por este Tribunal cuando ha manifestado que: “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

Por medio de este test se hace una comparación entre derechos para ver qué tan conveniente es la aplicación de cada uno, para saber si se está actuando de manera idónea o si se puede adoptar otra medida que sea menos restrictiva de derechos. Esta aplicación del test se hace necesaria debido a la existencia de conflicto entre los derechos fundamentales, de acuerdo sea el caso.

Marcial Rubio, en su libro “El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, realiza una compaginación de la historia del test, donde establece que finalmente se configura una estructura de acuerdo al numeral 33 de la Sentencia 0045-2004-PI-TC, siguiéndose los siguientes pasos: a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: intervención en la prohibición de discriminación; b) Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad; c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); d) Examen de idoneidad; e) Examen de necesidad y f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Se podría estar tentado de decir que, en realidad, el Tribunal ha desarrollado dos versiones del test: uno de igualdad, cuando se discute sobre este derecho específico, que consta de los seis pasos que establece la sentencia 0045-2004-PI-TC citada al final del capítulo anterior, y otro de cinco pasos para la discusión de los demás derechos [...]. (Rubio, 2011, p.24)

De acuerdo con Marcial Rubio, en el libro antes mencionado, dentro del primer paso del test se fijan los grupos humanos con tratamiento distinto. Dentro de la intervención del legislador, se encuentra como opción legislativa, un medio del que aquel se sirve para la obtención de un fin.

En el segundo punto se debe establecer qué tan afectado se encuentra el derecho; es decir, saber si la afectación fue grave, media o leve. Estableciendo la diferencia entre los tres de la siguiente manera:

35. [...] **a)** Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v. gr., derecho a la participación política) o un derecho constitucional. **b)** Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo. **c)** Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustentan en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como

consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.<sup>10</sup>

Por otra parte, el tratamiento diferente debe establecer la distinción entre el objetivo y el fin, lo cual se realizará de la siguiente manera. El objetivo es el estado de las cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado<sup>11</sup>. Mientras que el fin o finalidad es el derecho en sí, principio o bien jurídico donde la optimización se genera con la conformación del objetivo.

La idoneidad es la relación de causalidad de medio a fin, entre el medio adoptado por intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador. Allí se debe examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.

En el examen de necesidad se indaga si existen otros medios alternativos al escogido que sea menos gravoso o de menor intensidad. Aquí se analiza la relación medio-medio, donde se da una comparación entre medios, el elegido y el o los hipotéticos que habrían podido usarse para llegar al mismo fin<sup>12</sup>.

Mientras que el último proceso, es el del principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Consiste en hacer una equiparación de la intensidad de intervención en la igualdad y el grado de realización u optimización del fin constitucional. Para ello se deberá establecer dos elementos: la afectación o no realización de un principio y la satisfacción o realización del otro.

Aplicado en el Derecho a la Igualdad, este sería el principio intervenido, por otro lado, la afectación a la igualdad sería el fin constitucional. Ocasionando así una colisión entre el principio-derecho de igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado<sup>13</sup>.

---

10 Sentencia del TC N° 0045-2004-PI/TC.

11 Numeral 37 de la Sentencia N°0045-2004-PI-TC

12 Información encontrada en Sentencia N°0045-2004-PI-TC

13 Numeral 40 de la Sentencia N°0045-2004-PI-TC

## **CAPÍTULO III: EL MATRIMONIO IGUALITARIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

### **3.1. Matrimonio entre personas del mismo sexo en otros países**

El matrimonio entre personas del mismo sexo no está regulado en nuestra legislación; sin embargo, en otros países sí se encuentra contemplado dentro de las normas constitucionales como en las de carácter privado (Códigos Civiles). Dichas regulaciones no se lograron de la noche a la mañana, ya que se necesitó una lucha constante de parte de los miembros pertenecientes a grupos sociales, tales como los grupos LGTBI (Lesbianas, gays, transgéneros, bisexuales e intersexuales) y personas heterosexuales que se sumaron a la iniciativa para que se concretara la igualdad legislativa en estos países.

Dentro de estos, el primer país que aceptó el derecho de matrimonio entre personas del mismo sexo fue Holanda, en septiembre del año 2000 y entró en vigor el primero de mayo del 2001, fecha en que se celebraron las primeras cuatro bodas entre personas del mismo sexo. Se realizó una modificación en el artículo 30° de su Código Civil, donde se incorporó la unión matrimonial entre parejas homosexuales, quedando la legislación de la siguiente manera:

Artikel 30

1.Eenhuwelijkanwordenaangeaan door twee personen van verschillend of van gelijkgeslacht.

TRADUCCIÓN PROPIA: Un matrimonio puede ser contraído por dos personas del sexo opuesto o del mismo.

El siguiente país en aceptar el matrimonio entre personas del mismo sexo fue Bélgica el 30 de enero de 2003, por el Parlamento de dicho país, entrando en vigencia el lunes 02 de junio del mismo año, en donde se aprobó sólo el matrimonio, mas no la filiación ni la adopción para personas del mismo sexo; sin embargo, la aceptación del matrimonio generó vinculación con el derecho de herencia, la cobertura social al cónyuge que no trabaja con derecho a recibir atención sanitaria y una pensión, ya que estos derechos se encuentran conectados y nacen del vínculo matrimonial.

Los siguientes países fueron Canadá y España que lo aprobaron en el año 2005. En España, el primero de julio del mismo año se aprobó la ley 13/ 2005, donde se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Con esta ley, el legislador ha removido de manera insospechada el panorama legislativo español. Recordemos que hace menos de cuatro décadas, en España, aún se condenaba la homosexualidad y las relaciones homosexuales estaban prohibidas; hace tres, ya despenalizada, comenzaba a mostrarse en público; entrada la década de los noventa apenas se permitía su inscripción en algunos registros municipales, y algunas comunidades autónomas aprobaron sus propias leyes de parejas de hecho —incluyendo a las homosexuales—7. (Sánchez, M. 2016, p. 225)

Lo expuesto demuestra que en España no se encontraba moralmente aceptado que dos personas del mismo sexo tuvieran relaciones amorosas, inclusive se encontraba penalizado, pero, así como la sociedad fue cambiando, las leyes también tuvieron que modificarse. Primero se despenalizó la prohibición de parejas homosexuales. Si bien fue un gran avance en ese país (que no fuera visto como un delito, no significaba que los matrimonios homosexuales fueran aceptados y regulados normativamente. Al pasar los años, las leyes se fueron modificando hasta que se aceptó la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, generando que diversos artículos derivados del matrimonio sean cambiados, teniendo como primer artículo el siguiente:

Artículo único.

Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

El Código Civil se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se añade un segundo párrafo al artículo 44, con la siguiente redacción: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.»

Luego de ello, otros países también regularon el matrimonio entre personas del mismo sexo. Los países que aceptan el matrimonio homosexual son: Sudáfrica, desde el año 2006; Noruega y Suecia, 2009; Portugal, Islandia y Argentina, 2010; Dinamarca, 2012; Francia, Brasil<sup>14</sup>, Uruguay, Reino Unido / Inglaterra y Gales, 2013; Escocia, México ( sólo en algunos estados) y Finlandia, 2014; Irlanda, Australia y Estados Unidos, 2015; y Colombia, 2016.

Irlanda tuvo una particularidad, debido a que aprobó el matrimonio entre parejas del mismo sexo, por medio de un referéndum (como herramienta de consulta en un estado democrático), que se realizó el día 23 de mayo de 2015, teniendo como consecuencia un resultado de 62% de electores a favor.

Por otro lado, se tienen los países que no han reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo, empero, sí aceptan la unión civil de personas entre homosexuales, otorgando derechos similares al de un matrimonio, dentro de estos países se encuentran Italia, Alemania, Austria, Croacia, Estonia, Hungría, Suiza, Malta, La República Checa, Chile y otros países.

Es pertinente explicar los procesos de aceptación de parejas homosexuales en las legislaciones de América Latina, tal como ocurren en los países de Uruguay, Bolivia, Ecuador, Chile, Argentina, Colombia y México.

### **3.1.1. Uruguay**

En Uruguay el día 03 de mayo de 2013 se promulgó la Ley N°19075 Matrimonio Igualitario, la cual, fue publicada el 09 del mismo mes y año, con el voto a favor de 71/92 parlamentarios (Cámara de Diputados) presentes en la sesión, convirtiéndose así en la décimo segunda nación en aprobar el matrimonio igualitario y la segunda en América Latina, dicha propuesta fue impulsada por el presidente de aquel entonces José Alberto Mujica Cordano.

---

<sup>14</sup> País donde el Consejo Nacional de Justicia de Brasil (STJ) aprobó en el año 2013 el matrimonio entre personas del mismo sexo mediante Resolución.

Con la entrada en vigor de dicha ley se modificaron diversos artículos del Código Civil, estableciendo que los matrimonios se podían realizar entre personas del mismo o de diferente sexo:

Matrimonio	Entre dos personas del mismo o diferente sexo
Impedimentos de matrimonio	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ser menor de 16 años de edad (mujer) y ser menor de 14 años para el varón</li> <li>- La falta de consentimiento de los contrayentes</li> <li>- El vínculo no disuelto de un matrimonio anterior</li> <li>- El vínculo de parentesco legítimo o natural como ser padre, madre, hijo, hermanos, quien fue suegro (a), nuera o yerno, descendiente del otro cónyuge (nacido antes del matrimonio)</li> </ul>
Derechos y obligaciones	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deber de convivencia</li> <li>- Deber de fidelidad, mientras exista vida en común</li> <li>- Contribuir con los gastos del hogar de manera conjunta y proporcional a sus posibilidades económicas</li> </ul>
Educación de los hijos	El mantenimiento y educación de los hijos son de cargo de ambos cónyuges sin diferenciarse si son hijos de la pareja o propios de cada uno de los cónyuges
Ayuda material para cónyuges separados El plazo del matrimonio se cuenta desde su celebración y la resolución del juez que decrete la separación provisoria de los cónyuges	<p>Tanto hombres como mujeres pueden pedir asistencia, siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El matrimonio haya durado más de un año, el cónyuge o ex que no sea culpable de la separación tiene derecho a una pensión que le permita conservar en lo posible la posición que tenía durante el matrimonio. (por un periodo igual al que duró el matrimonio)</li> <li>- Cuando haya durado al menos un año, el ex cónyuge que demuestre que realizaba las tareas del hogar (por un periodo igual al que duró el matrimonio)</li> </ul>
Aspectos que considera el juez para fijar la pensión alimenticia Se termina la obligación alimenticia cuando: si el beneficiario se vuelve a casar; o mantiene un concubinato declarado judicialmente o cumple con los requisitos para declararlo judicialmente; o si tiene vida común, estable o con una duración mínima de un año con otra pareja.	De acuerdo a las posibilidades del obligado y las necesidades del beneficiario, en especial si se apartó total o parcialmente de la vida laboral por su dedicación matrimonial o familiar, considerando su edad, salud y otros elementos
Reproducción asistida	Es un acuerdo para realizar la concepción con persona ajena al matrimonio
Sobre los nombres de los hijos	Primero irá el apellido del padre y luego el de la madre, pero esto se puede cambiar por acuerdo
Edad mínima para que los padres puedan reconocer a sus hijos	En el caso de la mujer menor de 12 años y el varón menor de 16 años, se necesitará el informe del Ministerio Público para que el Juez realice un reconocimiento válido; mientras que la patria

	potestad podrá ser ejercida a partir de que uno de ellos cumpla los 18 años
Separación de cuerpos y divorcio	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El cambio de género producido luego del matrimonio es causal de separación judicial y de divorcio</li> <li>- El adulterio con personas del mismo o diferente sexo</li> <li>- Tanto la mujer como el varón pueden divorciarse por su sola voluntad</li> </ul>

Elaboración propia Tabla N°03

Estando a la presente ley, se puede inferir que el matrimonio igualitario no solo estableció una incorporación de la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, además de ello abarca la legislación sobre los derechos y obligaciones que se tienen frente a los hijos propios de la relación de cónyuges o los provenientes de uniones anteriores, así como también asegura que los cónyuges tengan igualdad sobre las tareas del hogar y la asistencia familiar mutua que se pueda generar durante el matrimonio.

### 3.1.2. Bolivia

En Bolivia el día 21 de mayo de 2016, se promulgó la Ley de Identidad de Género o Ley N° 807, la cual permite que se reconozca el cambiar de nombre, sexo e imagen de personas transexuales y transgénero a través de un proceso por la vía administrativa; teniendo como requisitos la presentación de: una carta de solicitud de cambio de nombre, dato de sexo e imagen; un examen técnico psicológico donde la persona conoce y asume voluntariamente las implicaciones de su decisión; certificado de nacimiento original y computarizado; certificación de datos de personas emitido por el Servicio General de Identificación Personal (SEGIP); certificado de libertad de estado civil, certificado de descendencia; certificado de Registro Judicial de Antecedentes Penales (REJAP); y una fotografía actualizada, siendo necesario que se presenten esos documento al Servicio de Registro Cívico (SERECI), quienes tendrán el plazo de 15 días calendario para emitir Resolución Administrativa que autorice el cambio con el nuevo nombre propio y dato de sexo en la partida de nacimiento, generando una extensión de un nuevo certificado de nacimiento de la persona solicitante. Una vez realizado el cambio, éste tiene como efecto que la persona pueda ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales, así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida (artículo 11 punto II de la referida ley).

Teniendo esta ley como punto de partida, las personas que hayan realizado el cambio de sexo pueden contraer matrimonio con personas que en un comienzo eran de su mismo sexo, con lo que el matrimonio transgénero y transexual se vuelve válido, sin embargo, el matrimonio homosexual no se encuentra regulado expresamente en ese país.

Empero, existe el proyecto de Ley de Unión Legal Igualitaria, donde se realiza una interpretación del artículo 63 de la Constitución Política de Bolivia<sup>15</sup>; teniendo como base que existen contradicciones entre el referido artículo y el 14° del mismo cuerpo normativo, puesto que, expresamente se prohíbe y sanciona que exista discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género y otros.

### **3.1.3. Chile**

Este país tuvo un comienzo particular, no fue como los demás que iniciaron la batalla por los derechos con proyectos de ley, sino que en el año 2012, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) decidió denunciar al Estado Chileno ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por infringir varios artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos con la prohibición del matrimonio igualitario.

El 04 de abril del 2012 la Corte Suprema de Chile rechazó de manera unánime el recurso de Apelación contra una sentencia previa de la Corte de Apelaciones de Santiago, donde se denegó un recurso de protección presentado por tres parejas gay's después de que el Registro Civil se rehusara a casarlas.

Luego de ello tenemos que en el año 2015, el Estado chileno promulgó el Acuerdo de Unión Civil (AUC) Ley N°20.830, la cual es un contrato celebrado entre dos personas de igual o de diferente sexo que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos que emanan de su vida en común, de carácter estable y permanente;

---

<sup>15</sup> Artículo 63 de la Constitución Política de Bolivia: I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges; II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquellas.

adquiriendo el estado de “convivientes civiles”, siendo necesario para esa unión solamente su documento de identidad, cédula chilena o documento del país de origen de ser el caso. Esta unión puede ser realizada con comunidad de bienes o separación total de bienes, depende lo que elijan las partes de dicha unión, pudiéndose cambiar de la primera a la segunda solo por única vez; y, estando prohibido cambiar de la segunda opción a la primera.

Después en el 2016, se incorporó la orientación sexual e identidad de género como categoría protegida de discriminación en la Ley N°20.940, regulando las relaciones laborales a fin de que se impida la discriminación de personas por su orientación sexual. Posterior a ello el Estado firma un acuerdo de solución amistosa con el MOVILH ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de comprometerse a generar e ingresar un proyecto de ley sobre la regulación del matrimonio igualitario y que impulse otras medidas que logren solucionar las demandas de la comunidad de la diversidad sexual.

Por ello, en el año 2017, la presidenta Michele Bachelet firmó el Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario el día 28 de agosto del año en referencia y el 05 de septiembre fue ingresado al Senado Nacional; con el cual se sustituye la expresión marido o mujer por cónyuge, cambiando su Código Civil, permitiendo que las parejas homosexuales puedan contraer nupcias y adoptar de igual manera que los heterosexuales; sin embargo, al realizarse el cambio presidencial, el proyecto en mención quedó en revisión, siendo que recién el 15 de enero del 2020 con 22 votos a favor, 16 en contra y 1 abstención la Sala del Senado aprobó la idea de legislar sobre el referido proyecto, el cual constituye el primer trámite para regular el matrimonio de parejas del mismo sexo<sup>16</sup>.

#### **3.1.4. Ecuador**

En este país las ciudadanas Pamela Troya y Gabriela Correa, el día 05 de agosto de 2013, decidieron presentarse ante el Registro Civil de San Blas en Quito, a fin de solicitar una fecha para realizar su matrimonio civil, lo cual fue negado por la entidad en

---

<sup>16</sup> Revisado de: <https://www.senado.cl/aprueban-en-general-proyecto-sobre-matrimonio-igualitario/senado/2020-01-15/182508.html>

mención, basándose en que tanto la Constitución de ese país como su Código Civil solo concebían el matrimonio entre hombre y mujer y no contemplaba el matrimonio entre dos mujeres.

Por ello, el 13 de agosto de 2013, la pareja antes referida presentó una acción de protección ante la Unidad Especializada Tercera de la Familia, Mujer y Niñez y Adolescencia, sin resultado positivo, logrando impugnar esa decisión. En junio de 2014, presentaron una acción de protección extraordinaria ante la Corte Constitucional en contra de la Dirección Provincial del Registro Civil de Pichincha, la cual fue declarada fundada. No en tanto, a partir del 15 de setiembre de 2014, se permitió que parejas del mismo sexo también pueda registrar su unión de hecho en el registro civil.

Luego de ello, el día 02 de marzo de 2015, Alberto Acosta y Ramiro Ávila presentaron un “Amicus Curiae”<sup>17</sup> en la Corte Constitucional aportando argumentos a favor de que se apruebe el matrimonio homosexual. Siendo que al existir diversas solicitudes referidas al matrimonio homosexual, en enero del 2018 la Corte Provincial de Justicia de Pichincha – Ecuador, solicitó a la Corte Constitucional saber si en se podía aplicar en Ecuador la Opinión Consultiva OC 24/17 emitida por la Corte IDH realizada para Costa Rica en el 2017; en la que se establece que es deber de los Estados permitir que las parejas GLBTI puedan contraer nupcias, estando ello en consideración, la Federación Ecuatoriana de Organizaciones GLBTI pidió al presidente Lenin Moreno reconocer el matrimonio igualitario.

El 29 de marzo del 2019, la Corte Constitucional realizó una audiencia para decidir si las parejas del mismo sexo podrían contraer matrimonio, posteriormente a ello, el 04 de junio se abrió el debate para la aprobación de dicha medida; no obstante, no se llegó a un acuerdo, retomándose el debate el 12 de junio de 2019, donde la Corte Constitucional aprobó el matrimonio igualitario con 5 votos a favor y 4 en contra.

---

<sup>17</sup> Es una expresión latina que se puede traducir como amigo del Tribunal, el cual, es un informe que puede ser presentado por una persona natural o jurídica, que no necesariamente tiene interés directo en el caso, donde se presenta la opinión y argumentos de un tercero a fin de coadyuvar con el órgano de justicia correspondiente.

### 3.1.5. Argentina

Durante los años noventa se presentaron varios proyectos de ley de unión civil o matrimonio igualitario por organizaciones LGBT, sin embargo, no tuvieron éxito en esa época. Recién en el año 2002, la legislatura de Buenos Aires promulgó una ley que estableció uniones civiles para parejas del mismo sexo, esta legislatura se logró por la presión que puso la Comunidad Homosexual Argentina (CHA).

Esta ley abarcaba algunos de los derechos del matrimonio, dentro de estos se encontraba el poder inscribirse a una obra social, lo cual en Argentina significa que una persona se encuentre incorporado en un Agente del Sistema Nacional del Seguro Social, dándole este beneficio a parejas del mismo sexo, también, brindando el derecho de realizar visitas hospitalarias, como cualquier otro familiar. Sin embargo, no incluía el derecho a la adopción o a la herencia.

En el año 2010 Argentina reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel nacional, convirtiéndose en el primer país de América Latina en reconocer este derecho. La Ley 26.618 Código Civil conocida como la ley de Matrimonio Igualitario, tuvo 15 horas de intenso debate, teniendo 33 votos a favor y 27 en contra, y fue promulgada el día 21 de Julio de 2010. Mediante ella, se modificaron varios artículos del Código Civil, uno de ellos es el artículo 2° de la mencionada ley, donde se establece la sustitución del artículo 172 del Código Civil, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Asimismo, se tiene la modificación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigor el 1° de agosto de 2015, establece:

Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

### 3.1.6. Colombia

En el año 2011 la Corte Constitucional de Colombia estableció que las uniones entre personas del mismo sexo constituían familia, luego de ello, en el año 2015, la misma Corte aceptó que las parejas del mismo sexo tengan la posibilidad de adoptar, otorgándoles las mismas condiciones que tienen los heterosexuales, brindándoles así la oportunidad de ir formándose como una familia.

Por último, el día 07 de abril de 2016, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo, contando con seis votos a favor y tres en contra, convirtiéndose en el cuarto país de Iberoamérica en aceptar el matrimonio homosexual, al igual que México, Argentina y Uruguay.

Estableciéndose que las personas del mismo sexo podían contraer matrimonio mediante un contrato civil, el Alto Tribunal decretó que las parejas homosexuales tienen los mismos derechos, por ello, nadie podrá negar la celebración de dichas uniones en ese país. Luego de ello, el Alto Tribunal mediante la Sentencia SU-214 de 2016, establece que los matrimonios entre parejas del mismo sexo celebrados después del 20 de junio del 2013<sup>18</sup> gozan de plena validez jurídica, teniendo en cuenta lo siguiente:

Aunque el Artículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, de esta descripción normativa mediante la cual se consagra un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras que lo ejerzan en igualdad de condiciones. Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también. (...)

Asimismo, tiene un fuerte pronunciamiento sobre el carácter desproporcional y diferenciado que puede tener el excluir a personas homosexuales, generando un menoscabo en el derecho a la libertad, dignidad humana e igualdad:

La interpretación jurídica es evolutiva y como tal se adapta a los contextos que plantea la realidad. Una interpretación sistemática basada en el “derecho viviente”, y en procura de los derechos de las minorías, no admite la existencia de dos clases de matrimonio, enviando un mensaje de inferioridad a algunas personas, pues ello comporta un trato diferenciado y desproporcionado

---

<sup>18</sup> Siendo que mediante Sentencia C-577 del 2011 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, señaló en su parte resolutive: “Si el 20 de junio del 2013 el Congreso de la Republica no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vinculo contractual”.

fundado en la orientación sexual que quebranta los derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad.

Estos derechos no son solo inquebrantables en Colombia sino también en nuestro país, ya que en nuestra Carta Magna se protege de igual manera, en su artículo 1 y 2 inciso 2<sup>19</sup>. Asimismo, como se menciona en ese apartado de la sentencia, existe una interpretación evolutiva, la cual nos dice que no existe derecho estático, que la sociedad va avanzando y el derecho debe ir a la par, para así generar las leyes correspondientes de acuerdo a los casos que existan a través del tiempo.

Uno de los argumentos en contra de los matrimonios entre personas del mismo sexo en diferentes países, ha sido que las parejas homosexuales son minoritarias por lo que no se debe cambiar, ni implementar leyes para un grupo tan reducido, pero como también lo establece la sentencia antes mencionada, la democracia no solo se constituye y aplica para los grupos mayoritarios, sino que debe establecerse para todas las personas que se encuentran dentro de un mismo país.

La democracia no puede entenderse, exclusivamente, como el conjunto de reglas que adoptan los representantes mayoritarios del pueblo en el Congreso de la República, por cuanto esta visión podría excluir el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de las minorías sin representación política.

Así como la falta de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta la igualdad y democracia, se crea una afectación al principio de dignidad, tal como se establece en el considerando número 10 de la SU214-12:

Del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía del individuo para escoger a la persona con la cual quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural o solemne, cuyos propósitos son acompañarse, socorrerse mutuamente y disfrutar de una asociación íntima, en el curso de la existencia y conformar una familia. Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona individualmente considerada y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes del ethos para determinarse en tres ámbitos concretos reconocidos por la jurisprudencia constitucional, a saber; “vivir como quiera”, “vivir bien” y “vivir sin humillaciones”. ()

Lo cual, no es muy diferente en nuestro país, ya que al establecer una relación amorosa, sea entre personas del mismo sexo o entre heterosexuales, se busca tener un

---

<sup>19</sup> Artículo 1°.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

apoyo recíproco para afrontar de mejor forma la vida en común y los problemas o dificultades que de ella deriven.

### **3.1.7. México**

México es un país que se encuentra dividido en 31 estados y la Ciudad de México, siendo que el matrimonio igualitario sólo es legal en algunos estados. En el año 2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México emitió jurisprudencia donde se consideró que las leyes que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo, basándose en que el matrimonio es un acto celebrado entre hombre y mujer con fines de procreación, sería inconstitucional y viola derechos humanos. Sin embargo, esta jurisprudencia no logró un cambio de regulación a nivel nacional, solo algunos estados eliminaron leyes que prohibían el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por ello, el presidente Peña Nieto, en junio del año 2016 promovió el proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario, donde no solo se reconoce el matrimonio igualitario, sino la adopción y el derecho a formar una familia sin importar la orientación sexual. Asimismo, se pretendía modificar el artículo 4 de la Constitución de México y diversos artículos del Código Civil Federal, garantizando así la igualdad y la no discriminación de la comunidad Lésbico, Gay, Bisexual, Transexual, Travesti, Transgénero e Intersexual (LGBTTTI).

Asimismo, Peña Nieto en su propuesta afirmó lo siguiente:

El derecho a formar una familia le corresponde a todas las personas sin importar su orientación sexual. Por tanto, la protección constitucional hacia la familia no se limita a un tipo particular o tradicional de ésta que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual y cuya finalidad sea la procreación. (Estados Unidos Mexicanos, 2016, p.3)

Esta propuesta se refiere a la persona como ser libre de escoger y poder formar una familia con quien desee, dejando lo tradicional de lado, aceptando que dentro de ese país también se está dando el cambio de la conformación de familias y que no tiene como única finalidad la procreación; sino que el derecho va más allá, teniendo en cuenta a las personas que conforman la familia.

Sin embargo, el 08 de noviembre del 2016, el proyecto presentado por Peña Nieto, fue rechazado primero por los diputados de la Comisión de Derechos Humanos y

posteriormente por la Comisión de Puntos Constitucionales, con 19 votos en contra por los Diputados quienes afirmaron que ese tema le correspondía legislar a los Congresos Estatales<sup>20</sup>.

### 3.2. Comparación entre países Latinoamericanos

Países	Matrimonio entre personas del mismo sexo	Unión civil/de hecho	Adopción
Argentina	SI	SI	SI
México	Si, pero por Estados	NO	Si, pero por Estados
Chile	No, pero existen proyectos por debatir	SI	NO
Ecuador	SI	SI	NO
Colombia	SI	SI	SI
Bolivia	No, pero sí existe el matrimonio entre personas que hayan realizado un cambio de sexo (transgénero) de acuerdo a la Ley de Identidad de Género o Ley N° 807	NO	NO
Uruguay	SI	SI	SI

Elaboración propia Tabla N°04

Los países latinoamericanos fueron testigos de una fuerte controversia para abordar el tema del Matrimonio igualitario o matrimonio homosexual, debido a que esto conllevaba enfrentarse a un gran cambio, para el cual, primero se aceptó la unión civil/ unión de hecho entre personas del mismo sexo, para darse paso a debates que permitieran el matrimonio y la adopción. Así se fueron presentando proyectos de ley o en algunos casos se iniciaron con una demanda por particulares o por miembros de los colectivos de movimientos que defendían la orientación sexual diferente a la heterosexual.

Mientras que en países como México solo se ha aceptado dicho derecho de manera parcial en algunos Estados; en Bolivia y Chile se encuentran en fuertes debates que podrían dar la aprobación a sus proyectos de ley en un futuro no muy lejano, puesto que

<sup>20</sup> Recuperado de <https://www.animalpolitico.com/2016/11/diputados-matrimonio-igualitario/>

esos debates se encuentran en un estado avanzado y a puertas de poder tomar una decisión, que se espera sea favorable para el grupo homosexual.



## **CAPÍTULO IV: NECESIDAD DE ABORDAR EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL PAÍS**

### **4.1. ¿Por qué matrimonio igualitario y no unión civil?**

La unión civil es un contrato entre dos personas de igual sexo con fines estrictamente patrimoniales. Como lo definía el artículo 1° del Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR (propuesto por los congresistas Carlos Bruce y Alberto de Belaúnde en el año 2016), la unión civil es la unión voluntaria conformada por dos personas del mismo sexo con el fin de establecer y garantizar derechos y deberes, el uno para con el otro.

Estas uniones, según el proyecto de ley, promueven la estabilidad emocional, financiera y psicológica de las parejas del mismo sexo. Éstos gozarían de derechos tributarios, seguridad social y otros. Forman unidades económicas estables, lo que contribuye con la riqueza nacional, y aporta al crecimiento de la economía.

Por su parte el matrimonio, como hemos tratado en el capítulo primero, es la unión concertada entre dos personas legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las normas del Código Civil, con la finalidad de hacer vida en común. Por ello nuestra Carta Magna protege tal institución, y lo hace dirigido a la diversidad de formas o estructuras familiares que puedan presentarse, lo que implica además la garantía de derechos individuales, en respeto del derecho a la igualdad y no discriminación. El matrimonio es una institución que no solo se limita al régimen patrimonial, como el caso de la unión civil, sino es mucho más completa. Como se advierte en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 961/2016-CR (Proyecto de Ley de Matrimonio Civil Igualitario, presentado en el Parlamento peruano el año 2017):

“(…) la institución constitucionalmente protegida del matrimonio no hace mención a la orientación sexual de las personas como un requisito para contraerlo por lo que el texto constitucional no presenta barreras para regular el matrimonio de dos personas del mismo sexo y el Poder Legislativo, puede configurar de manera razonable las formas y condiciones de su celebración, evitando vulnerar derechos de las personas (…)”. (2016, p.05)

Nosotros defendemos en el presente trabajo el matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo, porque el fin de la familia no es la procreación. La familia es el núcleo de la sociedad que encierra a su vez valores éticos y culturales. Dentro de éste, se desenvuelven mejor sus miembros, evidenciándose un desarrollo integral. En esa línea, ¿por qué personas del mismo sexo no pueden conformar una familia, bajo los mismos derechos y obligaciones que las personas heterosexuales? Los conceptos modernos de familia nos llevan a entender que esto es posible. No existe un solo modelo o tipo de familia, nuestro ordenamiento legal reconoce distintas formas de unión, como por ejemplo los concubinatos, las familias conformadas, reconstruidas, las de un segundo matrimonio, etc. Las relaciones homosexuales, tan igual como las heterosexuales, sostienen su vínculo afectivo bajo principios de reciprocidad, respeto, fidelidad, amor; en otras palabras, tal cual las relaciones heterosexuales. Por lo tanto, no se entiende la diferencia o desigualdad normativa en la sociedad para este grupo de personas.

Lamentablemente, las expresiones de diversidad sexual no son toleradas por la sociedad. Ello en razón de que la idea heterosexual de las relaciones afectivas ha creado el concepto no acertado de que la procreación es el fin de la familia. Concepto por demás erróneo, pues la propia norma civil expone que el matrimonio es la unión concertada de dos personas con la finalidad de hacer vida en común. Con ello se entiende que sea la jurisprudencia constitucional la que se ocupe de hacernos entender que el concepto de familia es mucho más amplio y diverso, y que la unión de dos personas del mismo sexo, con los mismos ideales y propósitos que una pareja heterosexual, puede configurar una familia, en mérito al derecho fundamental de la libertad, como pasaremos a exponer en los puntos subsiguientes.

#### **4.2. La problemática en el Perú**

En nuestro país, las relaciones sentimentales de personas del mismo sexo más que un tabú, es considerado un conflicto social; tal hecho es reprochado por un sector mayoritario, el cual, como aspecto social, tiene repercusión en la aprobación de leyes en nuestro país. No obstante, debemos recalcar que el Derecho no es estático, más bien va

cambiando al mismo tiempo que la sociedad lo hace, para así poder cumplir con las nuevas expectativas y requerimientos que ésta demanda con base en comportamientos, usos y costumbres.

A nivel mundial las parejas homosexuales han ganado visibilidad, volviéndose frecuente observar las demostraciones de afecto a nivel social. Por ello, surge la invocación de estos grupos de constituir una familia, contraer matrimonio y tener los mismos derechos y deberes que surgen de esta institución, tal y como lo hacen las parejas heterosexuales, iniciándose así la lucha para dar paso a aprobar leyes que permitan uniones civiles o matrimonios entre personas del mismo sexo.

Nuestro país no es la excepción a esa visibilización, por lo que también existen parejas del mismo sexo o grupos sociales que luchan día a día para lograr un trato igualitario, a efectos de que la sociedad los reconozca y deje de juzgarlos en función de prejuicios subjetivos. En tal sentido, se han presentado proyectos de ley que, lamentablemente, no han sido aprobados; correspondiendo revisar los dos que tuvieron más repercusión en nuestra sociedad en los últimos años, estos son el proyecto de Ley N° 2647/2013-CR de unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo y el proyecto de Ley N° 961/2016-CR de matrimonio civil igualitario. Sus características son las que siguen:

	Generan Derechos y Obligaciones	FAMILIA	COMPANEROS(AS) CIVILES	Registro	Requisitos:	Derechos:
Proyecto de Ley N°2647/2013-CR: Proyecto de Ley que establece la Unión Civil (Reformado por el proyecto de Ley N° 718/2016-XX)	X	SI	SI	Ante notario o juez de paz letrado.	-mayor de edad, viudo o divorciado. -no ser miembro de otra unión civil o unión de hecho. - no tener incapacidad absoluta regulada en el art.43 c.c. - no ser parientes en línea recta, ni consanguíneos en línea colateral hasta tercer grado.	-Asistencia mutua, alimentos de manera recíproca. -Seguridad social. -pensión de supervivencia. - representación conjunta.

Proyecto de Ley N°961/2016-CR: Proyecto de Ley de Matrimonio Civil Igualitario	X	SI	Cambio al art 234 c.c.	Civil, municipal idad.	Los mismos que el matrimonio heterosexual.	Los mismos que el matrimonio heterosexual.
--	---	----	------------------------	------------------------	--	--

Elaboración propia Tabla N°05

¿Pero, por qué los proyectos de ley no fueron aprobados? Para poder establecerlo, primero procederemos a explicar los dos proyectos de ley, mencionando cuáles fueron los argumentos a favor y en contra, para así determinar si se estaría vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación.

#### 4.2.1. Proyecto de Ley que establece la Unión Civil

El día 30 de noviembre de 2016, los legisladores Alberto de Belaúnde y Carlos Bruce presentaron el Proyecto de Ley que establece la Unión Civil, el cual consta de nueve artículos, una disposición complementaria y dos disposiciones finales. En este proyecto de ley se establecen las siguientes modificaciones al Código Civil:

Artículo 474.- Obligación bilateral	Artículo 724.- Herederos Forzosos	Artículo 816.- Ordenes Sucesorios
Se deben alimentos recíprocamente: (...) <b>2. Los integrantes de la unión civil de hecho.</b> <b>3. Los integrantes de la unión civil</b> (...)	Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho <b>o la unión civil.</b>	Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho <b>o unión civil</b> ; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad. El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho <b>o unión civil</b> también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

Elaboración propia Tabla N° 06

Dentro de la exposición de motivos de este proyecto, se define las palabras ‘gays’ y ‘lesbianas’ como aquellas personas adultas con una orientación sexual homosexual o bisexual. Una persona homosexual es quien siente atracción emocional, romántica o sexual hacia personas de su mismo sexo; siendo bisexuales las personas que sienten atracción hacia hombres y mujeres. Una vez determinadas esas definiciones, dicho proyecto hace referencia a la vulnerabilidad en la que se encuentran las personas pertenecientes al grupo LGBTI, mencionando el Informe Anual sobre Derechos Humanos

de Personas Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales en el Perú 2013-2014, donde se “reportó 40 casos de afectación a la seguridad personal (que no terminaron en asesinatos) contra personas LGBTI ocurridos entre enero de 2013 y marzo del 2014” (Proyecto de Ley Unión Civil, p.12).

Lo que motivó a la realización de un debate del referido proyecto de ley, en el que diversos parlamentarios emitieron su opinión, siendo transcrito en un artículo periodístico redactado por el Diario La República, el día 10 de marzo del 2015<sup>21</sup>; donde el entonces Congresista Julio Rosas dijo: *“Hoy la atracción es entre hombres del mismo sexo, mañana será atracción a menores”*. No obstante, dicha expresión evidencia un rechazo que no tiene un sustento legal, sino una orientación moralista; tal crítica no encuentra asidero, ya que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un derecho que se daría entre personas mayores de edad. Es decir, personas que tienen capacidad para decidir y discernir, siendo reconocidas por el Estado como personas capaces de tomar sus propias decisiones, por eso a partir de los dieciocho años se obtiene la capacidad de ejercicio, como por ejemplo el derecho a voto, entre otros. Asimismo, el matrimonio se concertaría entre personas libres para decidir, sin usar ningún tipo de coacción. En cambio, en la comparación que hace el congresista, menciona a los niños (as), los cuales, si bien tienen capacidad de raciocinio, no debe soslayarse que existen decisiones que no pueden adoptar por sí solos hasta que sean mayores de edad, debido a que sus padres tienen el deber de garante y de protección, hasta que los menores lleguen a una edad donde puedan tomar decisiones en todos los ámbitos de su vida.

Por otro lado, Verónica Mendoza, en aquel tiempo candidata presidencial del partido Frente Amplio, expresó:

El proyecto no le hace daño a nadie. No va a afectar a otros. Esto es algo que ya existe, no es ajeno a la realidad simplemente estamos formalizando. He escuchado posiciones de que la sociedad no estaría lista para la unión civil, con este mismo criterio las mujeres no tendríamos derecho al voto, los negros seguirían siendo esclavos y los indios también.

---

<sup>21</sup> Revisado en Diario La República <https://larepublica.pe/politica/861947-proyecto-de-ley-de-union-civil-fue-archivado-en-el-congreso-video-y-fotos>

Como menciona, existe un sesgo respecto a que la sociedad no se encuentra preparada, pero ¿acaso existe un test que pueda determinar en qué momento un grupo social está preparado para realizar cambios? Pues no lo existe, la sociedad se transforma de acuerdo a las nuevas realidades a las que se enfrenta, estableciendo nuevos parámetros para poder asumir dichos cambios.

Por su parte el parlamentario Carlos Tubino expresó: El matrimonio está promovido por el Estado, porque este debe perpetuar la nación en que se forma porque ayuda a preservar la población y por eso se le dan derechos. La unión civil, matrimonio encubierto, al final ¿el Estado tiene los mismos deberes que promoverlos?

Es correcto afirmar que nuestra Constitución promueve el matrimonio, sin embargo, no señala explícitamente que la finalidad de ello es la procreación ¿Acaso el casamiento entre heterosexuales asegura la procreación? La respuesta es negativa, existen muchos matrimonios que deciden no tener hijos, actualmente, se podría decir que el estilo de vida de un matrimonio en general ha cambiado, debido a que antes quien se encargaba de realizar las labores domésticas era la mujer, que en buena cuenta era su única obligación, no tenían derecho a trabajar, eran relegadas por los esposos y familiares; pero en nuestra realidad actual, las mujeres tienen los mismos derechos y obligaciones que los hombres. Esa sería una de las razones por la que un matrimonio actual no tiene hijos, ya que tanto mujer como hombre se encuentran enfocados en su desarrollo personal (laboral, educativo, económico, etc.), y no tienen tiempo suficiente para encargarse del cuidado de los hijos.

Así que no es válido indicar que la unión civil entre personas del mismo sexo genere una amenaza a la procreación, ya que existen muchos factores externos que la afectan; por lo tanto, a la luz de estos comentarios, no existe una fundamentación jurídica para no aceptar la unión civil, solo comentarios morales; a pesar de ello, el proyecto de ley no fue aceptado en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, archivándose con siete votos en contra, cuatro a favor y dos abstenciones.

#### **4.2.2. Proyecto de Ley de Matrimonio Civil Igualitario**

Las congresistas Indira Huilca y Marissa Glave del partido Nuevo Perú, el 14 de febrero de 2017, presentaron el Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario- Ley N°961, donde se proponía modificar el artículo 234 del Código Civil. Dicho proyecto retiraba los

términos varón y mujer para así incluir a las parejas homosexuales, otorgándoles a estas los mismos derechos y deberes que corresponden a parejas heterosexuales, teniendo como base jurisprudencial, la sentencia recaída en el Expediente 09332-2006-PA-TC, cuyo fundamento jurídico 6 y 7 expresan lo siguiente:

6. La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia "está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco.

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

Demostrando que existen nuevas formas de familia, teniendo como fundamento legal los cambios que se pueden dar en las familias. Asimismo, se menciona la sentencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile que emitió la Corte IDH, donde se establece el control de convencionalidad que se aplica a las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, en concordancia con los tratados internacionales que se han ratificado, obligándolos a velar porque se cumplan las leyes establecidas en el tratado y que las leyes del Estado que lo ha ratificado no vayan en contra de esas normas. Siendo que dicho proyecto de Ley se encuentra a la espera de que sea agendado para su revisión, no habiéndose aprobado ni archivado hasta la fecha.<sup>22</sup>

#### **4.3.Comentarios referentes a la unión civil homosexual**

En un artículo del Diario El Comercio, de fecha 04 de abril del 2014, titulado “¿Se debe aprobar la unión civil?”, se recopiló la opinión del ex Ministro de Defensa Rafael Rey Rey, respecto al proyecto de Ley 2647/2013 unión civil no matrimonial, donde establece lo siguiente:

---

<sup>22</sup> Recuperado de RPP Noticias <https://rpp.pe/lima/actualidad/verdadero-o-falso-alejandra-aramayo-en-el-caso-del-matrimonio-igualitario-no-hay-ningun-proyecto-de-ley-en-este-momento-en-debate-en-el-congreso-noticia-1192553>

“... los fines que persigue la Constitución respecto de la promoción y protección de la familia y el matrimonio. Las uniones homosexuales no son el modelo social que la Constitución propugna. Así que la aprobación de una ley de uniones civiles homosexuales, requiere una reforma constitucional”<sup>23</sup>.

En este comentario se hace referencia a los fines que tiene la Constitución, aduciendo que el matrimonio homosexual no es el modelo social que nuestra Carta Magna propugna. ¿Pero acaso esa afirmación cuenta con el debido sustento? Es cierto que nuestra Constitución establece que protege a la familia y el matrimonio en su artículo 4°, pero de allí hay que extraer que la familia se define como una agrupación de personas que se encuentran unidas por lazos consanguíneos o por afinidad, de acuerdo con lo analizado en el primer capítulo de este trabajo; de lo que se colige que la unión civil entre personas del mismo sexo sí se encuentra inmersa dentro del concepto de familia.

Además, como señala el Tribunal Constitucional, no existe una sola concepción de familia, ya que el máximo intérprete de la Constitución ha reconocido, por ejemplo, las llamadas “familias ensambladas”, constituidas por familias previas que se han disuelto por divorcio o viudez, siendo así una unión de familias, creando un nuevo núcleo familiar. El Tribunal Constitucional, en la citada sentencia recaída en el expediente 09332-2006-PA-TC, establece lo siguiente:

Fundamento 7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*.

Tal sentencia crea un precedente para el cambio de la conformación de una familia. De la lectura del fundamento aludido se puede resaltar que la familia se encuentra a merced de los nuevos contextos sociales. En consecuencia, desde nuestro punto de vista, las personas del mismo sexo que deciden unirse por medio de una unión civil o matrimonio estarían creando una nueva forma de familia.

---

<sup>23</sup> Recuperado del Diario El Comercio <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/debe-aprobar-union-civil-306896-noticia/>

Mientras que el ex Congresista Francisco Tudela, publicó el artículo “La Unión Civil como ficción Jurídica”, de fecha 07 de abril del 2014, expresó:

“[...] El amor no puede ser objeto de la ley. Tampoco la amistad puede ser legislada. Dados los grados y tipos infinitos de amor y amistad, los sentimientos particulares de una minoría o de un individuo no son un fundamento suficiente de carácter externo, general y real, que la razón legal demanda. El sólo querer no es una razón legal suficiente. La unión civil homosexual, fruto de una percepción psíquica de la sexualidad, aparece como una ficción jurídica desprovista de *ratio legis* fundada en la realidad sensible externa<sup>24</sup>”

En este argumento, se refiere que los sentimientos de una minoría o de un individuo no son suficientes para generar leyes. Si eso fuera cierto, durante nuestra historia no se hubieran creado las siguientes leyes que protegen a “grupos vulnerables”: la promulgación y aceptación a que las mujeres tengan un rol más activo en la sociedad y puedan ejercer su derecho al voto, y en nuestro país, leyes que protegen a las personas con habilidades diferentes, las leyes que protegen a los niños y niñas, entre otras. Todas esas leyes protegen especialmente a grupos minoritarios, basándose en un derecho protegido a nivel internacional: el derecho a la igualdad y no discriminación. Por ello, el argumento antes mencionado carecería de valor jurídico e iría en contra de uno de nuestros derechos fundamentales.

Como se puede apreciar en los comentarios vertidos en contra del proyecto de ley, se tiene que el rechazo ocasionado es mayormente moralista, creado por prejuicios, los cuales parten de la educación y pensamientos desfasados en los que se ve como repudiable o aberrante la unión de personas del mismo sexo.

En un artículo del Diario El Comercio, de fecha 01 de diciembre del 2014, titulado “Alberto de Belaunde: La unión civil se ha satanizado”, donde el ex congresista en mención refirió:

“El problema es que muchas veces nos quedamos en las etiquetas y en los nombres. Se ha satanizado la unión civil, sin ver el contenido del proyecto dicen que están en contra (...) hay mucha desinformación” sobre este tema y que, por ello, “es importante tener un debate informado”. “Una unión civil es la posibilidad que tienen dos personas mayores de edad que deciden tener un proyecto de vida en común y que son del mismo sexo”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Recuperado de <https://www.franciscotudela.com/la-union-civil-como-ficcion-juridica/>

<sup>25</sup> Recuperado de <https://elcomercio.pe/politica/congreso/alberto-belaunde-union-civil-satanizado-151353>

#### 4.4. Principios de Yogyakarta

En noviembre del 2006 en la ciudad de Yogyakarta en Indonesia, se realizó una reunión de especialistas en legislación internacional, en la que se aprobó los Principios de Yogyakarta, los cuales postulan estándares legales de como los Estados podrían detener la violencia, abuso y discriminación ejercida contra la población LGTBI. Estando a que el Principio N°02, establece:

Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de **orientación sexual o identidad de género.**

Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. **La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales.** La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo el género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y posición económica. (El resaltado es nuestro)

Como se aprecia, existe esta regulación internacional específicamente para problemáticas de discriminación por motivo de orientación sexual, para lo cual se requiere a los Estados adopten las mismas para evitar la violación de los derechos humanos de personas por su orientación sexual e identidad de género.

En el principio 24 de Yogyakarta se establece que: Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Mencionando también que existen diversas configuraciones de familias. Es decir, la configuración matrimonial de personas del mismo sexo sería una de las diversas configuraciones de familia.

### EXPRESIÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO Y MOTIVOS PARA NO EXPRESARLA

(Porcentaje de la población de 18 a 29 años de edad)

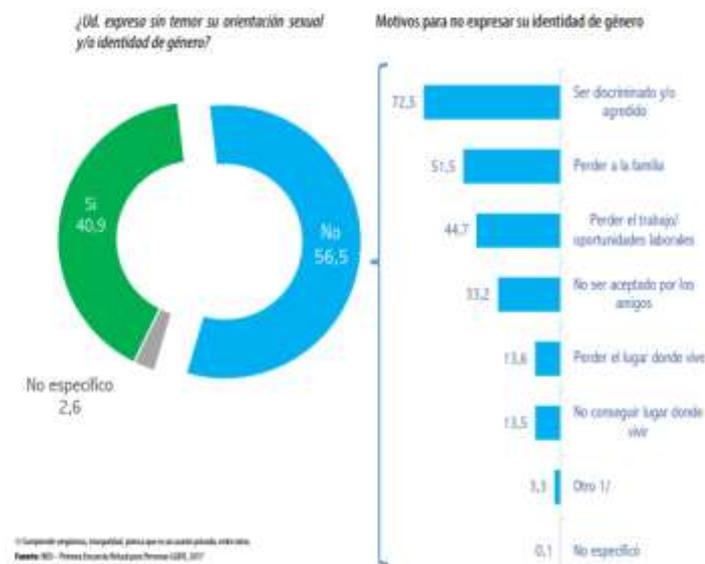


FIGURA N°1

De otra parte, en nuestro país el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) realizó la primera encuesta virtual para personas LGBTI en el 2017, teniendo en la página veinte el gráfico antes presentado, de acuerdo al cual el 56,5% de las personas encuestadas no expresa su identidad de género por miedo a ser discriminado y/o agredido. En este caso específico, se genera discriminación de perspectiva negativa; como se refirió anteriormente, esta se da cuando una persona o un grupo de personas ejercen sobre otras un trato de inferioridad por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, entre otros. Esta vulneración es lamentable, ya que a menudo esta discriminación trae consigo violencia tanto física como psicológica, y seguirá manifestándose mientras el Estado, que es el encargado de salvaguardar nuestros derechos, no realice acciones para poder cambiar las costumbres y mentalidades retrógradas que existen.

#### 4.5. Test de proporcionalidad en relación al matrimonio homosexual

Como fue mencionado en el capítulo dos de la presente investigación, el Test de proporcionalidad aprobado por el Tribunal Constitucional debe advertir los siguientes análisis:

Análisis de idoneidad: en el presente caso, la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo supera dicho análisis, dado que en el artículo 2° de la Constitución se establece que no debe existir desigualdad por motivos de cualquier índole. Actualmente parecería letra muerta en lo relativo al grupo LGTBI, ya que el derecho a la igualdad solo se queda en la teoría, pero no se aplica en la praxis. Por ello, es idóneo que se cree una regulación que acepte el matrimonio entre personas del mismo sexo, para asegurar la eficacia y la igualdad que se reconoce en Nuestra Carta Magna.

Análisis de necesidad: en nuestro país hay una población aproximada de 32 millones 162 mil 184 peruanos (según encuestas del INEI, 2018), de ellos, aproximadamente 12 mil pertenecen al grupo LGTBI. Al existir más de una persona con problemas de discriminación y no acceder a diversos beneficios, por no poder casarse con personas del mismo sexo, generando la necesidad de que el Estado los proteja, aprobando una ley que sea inclusiva o en todo caso una ley especial para que sus necesidades se vean salvaguardadas.

Análisis de proporcionalidad: se tiene que modificar los artículos pertinentes de la Carta Magna de 1993 y los del Código Civil de 1984, los cuales fueron aprobados en una sociedad que vivía una realidad diferente a la de hoy, no solo a nivel nacional sino también de manera global, en la cual el derecho constitucional a la igualdad y no discriminación es más relevante y vinculante a través de los años, dicha modificación normativa permitirá a la población de un mismo sexo que pueda optar por el matrimonio igualitario, consiguiendo una mayor libertad de elegir casarse entre sí y formar una familia.

Por otro lado, se debe establecer cuál es el objetivo que se busca con tener una regulación, pues no es más que tener inclusión, igualdad en la práctica y que no se quede en la teoría la defensa de dicho derecho-principio-valor. En ese sentido, la finalidad sería que, al aplicar el derecho de igualdad para todas las personas, se incluya el matrimonio entre personas del mismo sexo tanto en la Constitución como en el Código Civil, y cualquier otra ley que mencione o genere derechos y/o obligaciones respecto al matrimonio en general.

Entonces, como fue mencionado en el capítulo precedente, se manifiesta que, en aplicación del test de proporcionalidad, se debe determinar cuál es el nivel de intensidad de afectación que se tiene al no existir cierta regulación en nuestro país. Para ello, se hace el siguiente examen:

En el caso en específico, se tiene que, al existir una exclusión en el matrimonio, al sólo poder realizarse entre personas de diferente sexo, se recae en una afectación al artículo 2° inciso 2 de nuestra Constitución, debido a que existiría una discriminación de otra índole: por su orientación sexual. De acuerdo con la encuesta virtual del INEI, "la orientación sexual se entiende como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género".

En ese sentido, se advertiría un menoscabo a la igualdad, y por ende a un derecho fundamental, pues nuestra Constitución promueve el matrimonio y la conformación de la familia, considerando además los otros tipos de familia que presenta la sociedad, a la cual modernamente se puede añadir también el matrimonio de personas del mismo sexo. Como ya se mencionó líneas arriba, una familia se puede constituir a partir de dos personas que establecen un lazo de afectividad y de afinidad. El matrimonio se debe contraer entre personas que se encuentren libres de impedimento (según la normatividad del Derecho Privado), es decir que no estén casadas, en ese supuesto al no existir regulación permisiva para el matrimonio entre personas del mismo sexo, se generaría una intervención de intensidad grave, puesto que se evidenciaría un menoscabo y afectación permanente del derecho a la igualdad hacia personas del mismo sexo, que aun perteneciendo a un grupo minoritario, exigen, como toda persona natural que se desarrolla en la sociedad, una mejor regulación normativa que les coadyuve a satisfacer sus necesidades sociales, familiares, civiles, políticas y otros.

Respecto a lo mencionado en capítulos anteriores del presente trabajo, el matrimonio es la unión voluntaria entre dos personas, entonces si esta unión es decidida por ambas, ¿por qué la ley crea restricciones para que personas con capacidad de goce y ejercicio puedan decidir con quién casarse, sean de diferente o del mismo sexo?

Se puede colegir que respecto a esta decisión legislativa se arguyen fundamentos religiosos, sociales, entre otros, los cuales generan estigmatizaciones hacia personas del mismo sexo que deciden contraer matrimonio, debido a que se les prohíbe realizar esta unión, pero ¿acaso el derecho no es una ciencia social que, entre otros, ayuda a que las personas sean tratadas de manera igual, otorgándoles derechos y obligaciones? Siendo la respuesta afirmativa, entonces desde una perspectiva, el derecho a contraer matrimonio y hacer vida en común con la persona de libre elección debe ser contrastado con el derecho a la igualdad, donde todas las personas pertenecientes a nuestra sociedad sean libres de poder elegir, debido a que al existir normas inclusivas, se abre un abanico de opciones para escoger.

En consecuencia, no quiere decir que, porque se acepte el matrimonio homosexual, todas las personas del mismo sexo se van a casar y van a dejar de existir parejas heterosexuales, o no significa que los heterosexuales se volverán gay's, lesbianas, bisexuales, transexuales o intersexuales. Es pertinente realizar esta acotación porque, como se encuentra desarrollado en el capítulo precedente, algunos grupos sociales se encuentran enfrascados en la idea de que el matrimonio homosexual atenta contra la familia o que al permitirlo se da el pase para que se generen otras leyes que favorezcan por ejemplo “la pedofilia”, lo cual es un argumento desproporcional y sin fundamentos, ya que se debe reiterar que el matrimonio entre personas del mismo sexo implica simplemente otorgar un derecho para estas parejas (como las heterosexuales) a fin de que se sientan tratadas de manera igualitaria, como la Constitución ordena.

#### **4.6. Respeto a una visión internacional**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió la Opinión Consultiva OC-24/17 de fecha 24 de noviembre del 2017, la cual fue requerida por el Estado de Costa Rica, a fin de que respondieran cinco preguntas relacionadas a los derechos de personas LGBTI, respecto a la identidad de género, y de manera específica sobre procedimientos para realizar el cambio de nombre en razón a la identidad de género; y, como segundo eje temático, sobre los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. Para lo cual, primero, la Corte IDH realiza un examen sobre los casos de violencia ejercida en contra de personas de orientación sexual diferente a la convencional: heterosexual; siendo que dicha agresión se da de manera física y psicológica, generada

por la discriminación social que se puede dar en cualquier ámbito, desde las leyes y políticas estatales (discriminación oficial) donde se generan leyes que niegan acceso a beneficios, o tipifican penalmente la homosexualidad, ocasionando un trato injusto por parte de la sociedad, actores privados y estatales.

Empero, también reconoce que el nivel de igualdad o desigualdad de las personas LGBTI no es igual en todo el mundo, debido a que en ciertas regiones o países se cuenta con un mayor reconocimiento a sus derechos. Debiéndose tener en cuenta que la Convención Americana de Derechos Humanos se rige bajo el principio “pro persona”, el cual implica que ninguna disposición del tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que se encuentre reconocido de acuerdo con las leyes de alguno de los Estados parte o con alguna otra convención que sea parte uno de esos Estados. Aunado a ello, manifiesta que los tratados de derechos humanos son “instrumentos vivos” cuya interpretación debe ir acorde a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

Luego de la parte introductoria en mención, la Corte IDH reconoce que la noción de igualdad es inseparable de la dignidad del ser humano, la cual es una característica esencial e inherente de cada persona; por lo que, es incompatible cualquier situación de superioridad de un grupo, trato privilegiado, o algún tipo de situación que induzca a generar una discriminación de iure o de facto. Asimismo, establece que se debe garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos “sin discriminación alguna”, generando un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. De otro lado, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas calificó la orientación sexual como la identidad y la expresión de género como una de las categorías de discriminación prohibidas consideradas en el artículo 2.1<sup>26</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

---

<sup>26</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 2 numeral 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Asimismo, la Corte IDH, en el numeral 26 de la Opinión Consultiva OC-24/17, estipula lo siguiente:

26. La Corte estima necesario además recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. (p.14)

Se debe tener en consideración lo antes señalado debido a que nuestro país es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que, se encuentra sujeto a la competencia contenciosa de la de la referida Corte, en mérito a ello, estaría yendo en contra de lo establecido en la OC-24/17 respecto a los derechos de las parejas homosexuales.

Al mismo tiempo, es pertinente considerar que en la última parte del numeral 63 la Corte IDH determina: *“Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación”* (p.34) y se exhorta a los Estados parte que garanticen el derecho fundamental de la igualdad y no discriminación al proclamar nuevas leyes o modificar las anteriores, a efectos de no vulnerar derechos a los grupos minoritarios.

Aunado a ello, en el numeral 69, establece: *“(…) la Corte recuerda que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”*. (p.36) Por lo que el derecho debe avanzar de manera simultánea con la sociedad y sus nuevas necesidades.

En su segmento C., sobre las diferencias de trato que resultan discriminatorias, la Corte IDH indicó:

Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma. (p. 42)

Entonces, si precisamos cual es el fin legítimo en los derechos a parejas homosexuales, se determina que no se afecten los derechos de este grupo minoritario.

82. En otro orden de ideas, específicamente con respecto al alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual, esta Corte indicó que ésta no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. (p.42)

De ello se deriva que el derecho de una persona homosexual de querer formar una familia y casarse, se encuentra adherido a su proyecto de vida, debido a que al negarle derechos se estarían truncando sus expectativas de vida en el ámbito familiar, laboral, educacional. Aunado a ello, es importante resaltar que el proyecto de vida, debido a que se encuentra ligado con la realización integral de una persona, se encuentra relacionado con la dignidad personal, respecto a ello en el numeral 86 se afirma lo siguiente:

86. En relación con lo anterior, la Convención contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todas las personas deben ser tratadas como iguales, en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida. Además, la Convención Americana también reconoce la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas, ha sostenido la Corte, se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. (p.44)

La vida privada y familiar es un derecho que tiene el individuo para desarrollarse teniendo libertad de elegir sin transgredir los derechos de otros individuos, en ese sentido, una persona con orientación homosexual, tiene el derecho de elegir y querer formar una familia con alguien de su mismo sexo. “(...) *de conformidad con el principio del libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses*”. (p.45) En tal sentido, la autonomía personal nos brinda la potestad de elegir sobre nuestro propio cuerpo, sobre nuestras relaciones interpersonales, así como nuestra manera de formar una familia, guiados por nuestras convicciones e intereses, sobre todo teniendo en cuenta que en la actualidad el concepto de familia está en proceso de evolución de acuerdo a los cambios sociales surgidos en el último periodo. Al respecto la Corte IDH establece lo siguiente:

“[...] [L]a definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño”. (p. 74)

Con lo cual reafirma que no existe una sola noción de familia, si bien es cierto que la familia tradicional estaba conformada por los padres de diferente sexo, hijos, tíos, sobrinos y abuelos; mientras que actualmente las familias pueden estar conformadas solo por una pareja heterosexual u homosexual.

Por último, se debe recordar cual es la finalidad del matrimonio, respecto a ello la Corte IDH en la opinión consultiva 24/17, señaló lo siguiente:

La Suprema Corte señaló que pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial o con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso a dicha institución a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción fue considerada discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una sola mujer”. La Suprema Corte estimó que dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión y “recordó que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”(p. 82)

#### **4.6.1. Consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, fue adoptado el 04 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa en Roma y entró en vigor en 1953, el cual, fue suscrito por los Estados miembros del Consejo Europeo. Siendo que en su artículo 14° establece:

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

Teniendo en consideración el artículo antes referido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se pronunció en el caso Kozak vs. Polonia, en el cual el peticionario Kozak, quien convivía con su pareja del mismo sexo, en un inmueble que éste último había arrendado, siendo que tras la muerte de su pareja; Kozak accionó contra la Municipalidad a efectos de continuar con el arrendamiento, sin embargo, los tribunales de ese país desestimaron dicha petición, sosteniendo que Kozak había dejado de pagar el alquiler antes del fallecimiento de su pareja, así como argumentaron que la relación marital de hecho sólo podía generar sucesión entre heterosexuales. Debido a ello, Kozak inició una acción legal contra Polonia ante el TEDH, quien finalmente resolvió a favor de Kozak, argumentando que Polonia estaba transgrediendo el antes mencionado artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, toda vez que se estaba vulnerando su intimidad y vida privada, por motivos de orientación sexual; lo cual, significaba una discriminación<sup>27</sup>.

Por otro lado, se tiene el caso “Chapin et Charpentier vs. Francia” (Solicitud N° 40183/07) de fecha 09 de junio del 2016, donde el TEDH determinó que “el matrimonio homosexual no es un derecho”; sin embargo, reconoce también que “el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales profundamente arraigadas que pueden variar considerablemente de una sociedad a otra”. Y que además a nivel europeo no existe un consenso en torno a la regulación del matrimonio de personas del mismo sexo, dejando a consideración de cada Estado europeo, como concedores de su realidad, adopten aspectos relacionados a la regulación o no del matrimonio de personas homosexuales.<sup>28</sup>

Somos conscientes de que una sociedad debe ser capaz de decidir, para ello se debe tener una implementación educativa en la cual, los colegios y otras instituciones que sirven para el desarrollo social de las personas generen políticas de inclusión y estrategias pedagógicas, para saber por qué existe tanto rechazo y discriminación cuando las personas no son iguales al resto. ¿Acaso está bien pensar que una relación heterosexual debe llegar al matrimonio a pesar de que durante la etapa de enamoramiento las parejas tienen

---

<sup>27</sup>Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1894&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/voces.aspx?voces=ALQUILERES>

<sup>28</sup> Recuperado de <https://lpderecho.pe/matrimonio-homosexual-no-derecho-2/>

problemas que llegan a la vejación y violencia?, y de otro lado, ¿está mal que personas del mismo sexo que sienten atracción física y emocional, compromiso patrimonial y otros, decidan formar una familia?

Si bien los Códigos Civiles de los años 1852, 1936 y de 1984, y las sucesivas constituciones consideraron que el matrimonio era la unión libre entre hombre y mujer, no existe una razón imperativa para que ello no pueda ser cambiado. Las leyes son dinámicas y van acorde a los cambios que una sociedad adopta con el tiempo.

No tener una regulación normativa de la unión matrimonial de personas del mismo sexo, significa discriminar a un sector de la población, negándoles derechos que tienen los heterosexuales, y de otro lado, considerar al matrimonio solo como una fuente de procreación es inaceptable. Como se ha tratado en los capítulos anteriores, ya no se puede vislumbrar el rol de la mujer, como una fuente de vida para la procreación, al contrario, actualmente se considera a la mujer como una parte activa en nuestra sociedad, en vías de empoderamiento. Por lo cual, tener la visión de que un matrimonio tiene como finalidad la mera procreación sería inaceptable, debido a que ya no nos encontramos en una sociedad donde reine el patriarcado, sino en la interacción igualitaria de género.

Al respecto, Datum Internacional realizó una encuesta denominada “¿En qué se diferencian los millennials del Perú?”, teniendo como resultado estadístico que sólo el 21% de los ‘millennials’ peruanos (nomenclatura popular que define a personas nacidas entre 1980 y el año 2000) tienen hijos, justamente ese porcentaje se debe a que la sociedad actual no se encuentra enfocada en formar una familia, sino en obtener éxito a nivel educativo, económico, prestigio personal, entre otros, lo que genera nuevas prioridades y deja de lado la visión patriarcal de que el matrimonio esté ligado con la procreación<sup>29</sup>.

#### **4.7. Modificaciones normativas del Ordenamiento Jurídico Peruano**

Es menester concluir la presente investigación señalando cuáles serían las modificaciones normativas que tendrían que efectuarse en nuestro Ordenamiento

---

<sup>29</sup> Recuperado de [http://www.datum.com.pe/new\\_web\\_files/files/pdf/Millennials.pdf](http://www.datum.com.pe/new_web_files/files/pdf/Millennials.pdf)

Jurídico, para la inclusión del matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo, y los derechos y obligaciones que de esta institución deriven:

#### 4.7.1. Constitución Política del Perú

Dice la Constitución actual:	Debería estipular:
<p><b>Artículo 4.-</b> La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.</p> <p>La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley</p>	<p><b>Artículo 4.-</b> La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven <b>el matrimonio de dos personas de distinto o igual sexo</b>. Reconocen a estos últimos como <b>institutos jurídicos</b> y fundamentales de la sociedad.</p> <p>La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.</p>
<p><b>Artículo 5.-</b> La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.</p>	<p><b>Artículo 5.-</b> La unión estable entre <b>dos personas de distinto o igual sexo libres de impedimento matrimonial</b>, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable</p>

Elaboración propia Tabla N°07

#### 4.7.2. Código Civil Peruano

<p>Artículo 234: El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.</p>	<p>Artículo 234: El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por dos personas de distinto o igual sexo, legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, <b>a fin de hacer vida común.</b></p>
<p>Artículo 277. Es anulable el matrimonio: (...)5. De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, <b>la homosexualidad</b>, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado. (...)</p>	<p>Artículo 277. Es anulable el matrimonio: (...)5. De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado. (...)</p>
<p><b>Artículo 315.-</b> Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.</p> <p>Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los</p>	<p><b>Artículo 315.-</b> Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención de <b>ambos cónyuges</b>. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.</p> <p>Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los</p>

<p>cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.</p> <p><b>Artículo 326.-</b> La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. (...)</p>	<p>cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.</p> <p><b>Artículo 326.-</b> La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por <b>personas de distinto o del mismo sexo</b>, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. (...)</p>
<p><b>Artículo 333:</b> Causales de la separación de cuerpos: Son causas de separación de cuerpos: (...)9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio. (...)</p>	<p>Deróguese el numeral 9 del artículo 333 del C.C.</p>
<p><b>Artículo 342.-</b> El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa</p>	<p><b>Artículo 342.-</b> El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, <b>así como la de uno de los cónyuges con el otro.</b></p>
<p><b>Artículo 345.- Patria Potestad y alimentos en separación convencional</b></p> <p>En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. (...)</p>	<p><b>Artículo 345.- Patria Potestad y alimentos en separación convencional</b></p> <p>En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y <b>los cónyuges</b>, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. (...)</p>
<p><b>Artículo 350.-</b> Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.</p> <p>Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. (...)</p>	<p><b>Artículo 350.-</b> Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre <b>los cónyuges.</b></p> <p>Si se declara el divorcio por culpa de <b>uno de ellos</b>, y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. (...)</p>
<p><b>Artículo 1630.-</b> Cuando la donación se ha hecho a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales y no se dará entre ellas el derecho de acrecer.</p> <p>Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar el derecho de acrecer, si el donante no dispuso lo contrario</p>	<p><b>Artículo 1630.-</b> Cuando la donación se ha hecho a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales y no se dará entre ellas el derecho de acrecer.</p> <p>Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente <b>por parte de los cónyuges</b>, entre los cuales tendrá lugar el derecho de acrecer, si el donante no dispuso lo contrario</p>

Elaboración propia Tabla N°08

## CONCLUSIONES

1. En nuestro país existen personas que tienen relaciones afectivas diferentes a los heterosexuales, es por ello que durante los últimos años se ha generado una preocupación sobre la discriminación a estos grupos, y que en consecuencia se han practicado encuestas dirigidas a estas minorías y elaborado informes nacionales para analizar qué tan frecuente es que se les discrimine en cualquier contexto social (educativo, laboral, etc.). A pesar de tomar medidas preventivas para disminuir la discriminación, no se aceptan los proyectos de ley en torno al matrimonio igualitario.
2. Dentro de nuestra legislación se reconoce el Derecho a la igualdad y no discriminación en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución. Allí se establece que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole, siendo que bajo esta última expresión (*númerus apertus*), se puede entender que la discriminación por motivos de orientación sexual atenta claramente contra uno de los derechos fundamentales de nuestra Constitución.
3. Al no encontrarse regulado el matrimonio entre personas homosexuales, se excluye a dicho grupo, quienes piden tener los mismos derechos que los heterosexuales, por lo que, se debe regular el matrimonio igualitario teniendo como referencia principios, normas internacionales y el Derecho comparado donde se promueve y regula la igualdad de derechos y obligaciones entre todas las personas.

4. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece: “Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” Este artículo enfatiza el derecho a la libertad, en ese sentido, una persona que tiene orientación distinta a la heterosexual, ¿acaso no es libre para elegir a su pareja, aunque sea del mismo sexo? La libertad abarca el tomar decisiones sobre nuestra vida, siempre y cuando no afecte a los demás; máxime, si en dicho artículo se promueve la igualdad entre los seres humanos, siendo que el matrimonio es un derecho que sólo comprende a los heterosexuales, el Estado debe garantizar la igualdad de éste.
5. Si bien un país es soberano para crear, modificar o derogar leyes dentro de su territorio, también lo es que un Estado se encuentra vinculado a los tratados internacionales a los cuales se encuentra adscrito, los cuales tienen incluso un rango superior al Constitucional. Entonces, por qué si existen tratados, pactos y otros documentos internacionales mencionados en el presente trabajo, respecto a que no debe existir ningún tipo de desigualdad o discriminación entre las personas, el no tener una regulación inclusiva que regule el matrimonio entre personas del mismo sexo, se estaría incumplimiento o descatando estas normas internacionales respecto al derecho de igualdad y no discriminación.
6. Al existir sólo regulación de matrimonios heterosexuales, mas no de personas del mismo sexo, también se restringen derechos como: la herencia, la sociedad de gananciales, separación de bienes, beneficios sociales, indemnizaciones, divorcio y otros.
7. Por otro lado, se tiene que nuestra Constitución también defiende a la familia y promueve el matrimonio en el artículo 4º, ¿pero un matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser familia? De acuerdo con las citas que se han proporcionado en esta investigación, la familia es la unidad fundamental de la sociedad, conformada por un grupo (dos a más personas) que se protege, se apoya económica y moralmente de manera mutua. Entonces, una familia de dos personas del mismo sexo que se unen en matrimonio, sí debería ser consideradas como familia, por lo que, el Estado debería

incorporar a los matrimonios entre personas del mismo sexo y otorgarles los mismos derechos y obligaciones que contempla el matrimonio entre heterosexuales.

8. Respecto a los proyectos de ley que no fueron aprobados en nuestro país, se tiene que los comentarios dirigidos en contra de los dichos proyectos han sido exclusivamente de carácter moral, sin fundamentos de fondo sobre el derecho que se pretende brindar a estas parejas, generando prohibiciones que la ley no establece.
9. Sostenemos la institución del matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo, mas no la unión civil, porque el fin de la familia no es la procreación. La familia es el núcleo de la sociedad que encierra a su vez valores éticos y culturales. Siendo así, ¿por qué personas del mismo sexo no pueden conformar una familia, bajo los mismos derechos y obligaciones que las personas heterosexuales? Los conceptos modernos de familia nos llevan a entender que esto es posible. Las relaciones homosexuales, tan igual como las heterosexuales, sostienen su vínculo afectivo, bajo principios de reciprocidad, respeto, fidelidad, y amor. Por lo tanto, debería existir regulación normativa respecto al matrimonio igualitario y los derechos conexos que surjan de ella.
10. La no regulación normativa del matrimonio de personas del mismo sexo no se condice con el desarrollo del test de proporcionalidad realizado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N°0606-2004-AA/TC, debido a que se estaría vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de la orientación sexual. La igualdad de las personas ante la ley implica, además, el derecho de contraer matrimonio y con ello, los deberes y obligaciones que de ello deriven.
11. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus opiniones consultivas, alientan a efectuar tratos igualitarios en grupos minoritarios como las personas pertenecientes al grupo LGTBIQ, recordando que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, desalentando cualquier trato discriminatorio hacia este grupo de personas.

## RECOMENDACIONES

1. Se debe aprobar una ley a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, teniendo como fundamentación jurídica el derecho a la igualdad y no discriminación.
2. Implementar políticas municipales y regionales que brinden apoyo a las personas con orientación sexual diferente a la heterosexual, para que no se sientan discriminados o excluidos en nuestra sociedad.
3. Crear espacios públicos y/o privados donde se impartan valores sobre la igualdad, no discriminación, respeto, entre otros; para que las personas que sienten rechazo hacia las parejas del mismo sexo puedan interiorizar que excluir a este grupo genera un menoscabo a su dignidad y que vulnera el derecho a igualdad.
4. Implementar herramientas pedagógicas en todos los niveles educativos, para aceptar que en nuestro país no solo existen parejas heterosexuales, sino que existe diversidad sexual.
5. La modificación de nuestra Constitución respecto de los artículos 4° y 5°, donde se incluya la promoción del matrimonio de dos personas del mismo sexo, reconociendo ello como institutos jurídicos y fundamentales de la sociedad, y que la conformación de la familia se vea protegida por la norma suprema.

6. La modificación de los artículos del Código Civil donde mencionan entre otros que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, para que solo exprese que es la unión entre dos personas libres de contraer la unión matrimonial. De esa forma, las parejas del mismo sexo podrán acceder a los derechos y obligaciones que provienen del matrimonio.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### LIBROS Y REVISTAS

- Aguilar Llanos, B. (2013). *Derecho de Familia*. Lima, Perú: Ediciones Legales.
- Aguilar Llano, B. (2016). *Tratado de derecho de familia*. Lima, Perú: Editorial Lex & Iuris.
- Anónimo. (01 de diciembre de 2016). Alberto de Belaunde: “La unión civil se ha satanizado” *El Comercio*. Recuperado el día 12 de noviembre de 2018 <https://elcomercio.pe/politica/congreso/alberto-belaunde-union-civil-satanizado-151353>
- Anónimo. (11 de mayo de 2018). ¿Cómo hacer un test de proporcionalidad alexyano y no morir en el intento? Una crítica a propósito de la resolución de incautación de bienes emitida por el Juez Concepción Carhuanchu. *Ius Et Veritas IUS* 360. Recuperado el día 12 de noviembre de 2018 <http://ius360.com/notas/como-hacer-un-test-de-proporcionalidad-alexiano-y-no-morir-en-el-intento-una-critica-a-proposito-de-la-resolucion-de-incautacion-de-bienes-emitida-por-el-juez-carhuanchu/>
- Anónimo. (10 de marzo de 2015). Proyecto de Ley de Unión Civil Archivado en el Congreso. *La República*. Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/861947-proyecto-de-ley-de-union-civil-fue-archivado-en-el-congreso-video-y-fotos>
- Almeida, J. (2008). *La sociedad de gananciales*. Lima, Perú: GRIJLEY.
- Aparisi, M. A. (1990). La Declaración de la Independencia Americana de 1776 y los derechos del Hombre. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. (70), 209-223.
- Bernaldes & Otárola. (1998). *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*. Lima, Perú: ICS
- Buis, E.J. (2003). Matrimonios en crisis y respuestas legales: el divorcio unilateral o de común acuerdo en el derecho ateniense. *Revista Faventia*, 25 (1), 9-29. Recuperado de <http://www.raco.cat/index.php/Faventia/article/viewFile/21865/21699>
- Cabello, C. J. (1996). Derecho alimentario entre cónyuges. *Revista de la facultad de Derecho PUCP*, (50), 417-431. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5938> el día 03/10/17

- Cabello, C.J. (2001). Divorcio ¿remedio en el Perú?. *Revista de la facultad de Derecho PUCP*, (54), 401-418.
- Carrillo, I. E. (2014). *Fundamentos para la protección jurídica del matrimonio frente a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo en el Perú*. (Tesis de maestría). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo Escuela de Postgrado, Perú.
- Castillo, M. (2015). *Filosofía del Derecho*. Lima, Perú: FECAT.
- Chanamé Orbe, R. (2011). *La Constitución Comentada*. Arequipa, Perú: Editorial Adrus S.R.L., Tomo I, 6ta Edición.
- Churruga, J. D., & Mentxaka, R. (2015). *Introducción histórica al derecho romano (10a. ed.)*. Bilbao, España: Universidad de Deusto-Bilbao.
- Consejo General del Poder Judicial. (2006). *Discriminación positiva*. Madrid, España.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2012). La discriminación y el derecho a la no discriminación. Recuperado de [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2\\_Cartilla\\_Discriminacion.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2_Cartilla_Discriminacion.pdf) el día 29/05/2017
- Cornejo, H. (1999). *Derecho Familiar Peruano (10ª ed.)*. Lima- Perú: Gaceta Jurídica.
- Fernández, C. (2014). *Manual de Derecho Sucesorio*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Estados Unidos Mexicanos (2016). *Ley de Matrimonio Igualitario en México*. Recuperado el día 16 de noviembre de 2018 [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/92616/Sharp\\_reforma\\_cjef\\_gob\\_mx\\_20160517\\_164352.compressed.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/92616/Sharp_reforma_cjef_gob_mx_20160517_164352.compressed.pdf)
- Datum Internacional, recuperado de [http://www.datum.com.pe/new\\_web\\_files/files/pdf/Millennials.pdf](http://www.datum.com.pe/new_web_files/files/pdf/Millennials.pdf)
- Gallegos, Y. (2008). *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- García del Corral, Ildefonso. *Corpus Iuris Civilis*. J. Molinas, Barcelona, 1898
- Gonzáles Pérez de Castro, Maricela. “La verdad biológica en la determinación de la filiación”. Piura. 2013. Editorial DYKINSON S.L.
- Gutiérrez, W. y Rebaza, A. (Ed.). (2014). *Código Civil Comentado*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, Tomo II.
- Gutiérrez, W. y Sosa, J. M. (2005). *La Constitución comentada*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Huerta, L.A. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, 11(11), 308-334. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7686> el día 10/04/2017
- La Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH). (2011). *Declaración Universal versión comentada*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28141.pdf> el día 28-05-2017
- Lohmann Luca de Tena, G. (Ed.). (2014). *Código Civil Comentado*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, Tomo IV.
- Millán, A. (1984). *Léxico Filosófico*. Madrid, España: Ediciones Rialp S.A.

- Montoya Melgar, A. (2007). *Igualdad de mujeres y hombres: comentario a la Ley Orgánica 3/2007*. España, Ed. Arazandi.
- Ministerio Público de la Defensa, recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1894&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/voces.aspx?voces=ALQUILERES>
- Palacio, Y.A. (2005). Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la novísima recopilación. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, (24), 2-31. Recuperado de <http://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=5&sid=ebbfbb73-a7c2-450d-b82f-e0e4d6c0c907%40sessionmgr120> el día 13/09/17
- Pérez, E. J. (2016). *La igualdad y no discriminación en el Derecho Interamericano de Los Derechos Humanos*. Ciudad de México, México: D.R. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Platón. (1988). *Diálogos, La República*. Madrid, España: Gredos S.A.
- Planiol, Marcel Fernand. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*. Cultura, La Habana, 1932. Tomo II.
- Ramos, C. (1994). La idea de familia en el Código Civil Peruano. *Themis*,(30), 97-107.
- Rebaza, A. y Muro, M. (Ed.). (2014). *Código Civil Comentado*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, Tomo II.
- Rodríguez, J. (2005). Definición y concepto de la no discriminación. *El Cotidiano*, (134), 23-29 Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32513404> el día 28/05/2017
- Rojas Donat, L. (2005). Para una historia del matrimonio occidental la sociedad Románico -Germánico Siglos VI-XI. *Theoría: Ciencia, Arte y Humanidad*, 14 (1), 47-57. Recuperado de <https://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=1d88974b-a201-4f66-8317-723a3de61bc4%40sessionmgr101>
- Romero, A. M. (2012). *Incumplimiento de deberes conyugales y derecho a indemnización*. Madrid, España: Editorial Reus.
- Roudinesco, E. (2006), “*La familia en desorden*”. Ed. Segunda- Distrito Federal México. Editorial Fondo de cultura económica.
- Rubio, M.A. (2011). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Sánchez, L.A. (30 de Enero 2018). La protección de los derechos fundamentales en la legislación peruana. *Legis Perú*. Recuperado <https://legis.pe/proteccion-derechos-fundamentales-legislacion-peruana/> el día 02 de noviembre de 2018
- Sánchez, M. M. (2016). Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio Comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 219-253. Recuperado el día 16 de noviembre de 2018 <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/51632>.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima-Perú, Gaceta Jurídica. Tomo I.
- Varsi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, Tomo III,.
- Vilcachagua, A.P. (Ed.). (2014). *Código Civil Comentado*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, Tomo II.

## **NORMAS**

- Código Civil de 1852
- Código Civil de 1936
- Código Civil de 1984
- Constitución Política del Perú 1993
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
- Decreto Supremo N° 009-97-SA.
- Ley N° 26790 de Modernización de la Seguridad Social en Salud
- Ley N°29277
- Ley 26.618 Matrimonio Igualitario Argentina
- Ley 13/2005 España
- Principios de Yogyakarta

## **SENTENCIAS**

- Opinión consultiva 24/17
- Sentencia del TC N° 0606-2004-AA/TC.
- Sentencia del TC N° 0045-2004-PI/TC.
- Sentencia del TC N°02437-2013-PA/TC.
- Sentencia del TC 09332-2006-PA-TC.
- Sentencia SU 214/ 2016