

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



DISCRIMINACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS
PATRIMONIALES DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES

Informe de tesis presentado por la bachiller en Derecho:

HERRERA ESCOBEDO, Jenny Fernanda

Para optar título profesional de abogada.

AREQUIPA - PERÚ

2015

EPIGRAFES

En sí, la homosexualidad está tan limitada como la heterosexualidad: lo ideal sería ser capaz de amar a una mujer o a un hombre, a cualquier ser humano, sin sentir miedo, inhibición u obligación.

Simone De Beauvoir

Al estudiar a personas homosexuales se presentan exactamente las mismas características que en los heterosexuales, sólo que esas manifestaciones van dirigidas a alguien del mismo sexo. Es como el impulso del miedo: en algunos países te da miedo ser comido por un león; en otros, ser atropellado por un taxi, pero la sensación de miedo es la misma.

Helen Fisher

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

Dedicatorias

Dedico esta tesis a todos mis amigos gais y lesbianas, para que los que aún no hayan salido del “closet”, ¡salgan y luchen por sus derechos!; y

A ti papá, a ti mamá...por que los quiero tanto...Tanto!

Agradecimientos

Agradezco profundamente a mi asesora de tesis, la Dra. Ana María Amado porque desde un principio me hizo hacer las cosas bien, por ser tolerante a mi tema y por ayudarme a desarrollar la tesis.

Agradezco a mis padres, no solamente por la realización de esta tesis, si no por todo lo que me han dado en la vida, gracias a Uds. papás, soy lo que soy ahora.

Agradezco a Cecilia Fernández y Walter Fuentes, ya que me permitieron avanzar la tesis en el trabajo, apoyándome con mi quehacer.

Agradezco a todos Uds. chicos y chicas que me hicieron entender y vivir en carne propia el ser discriminado por tu orientación sexual y por toda la información que me brindaron.

Y agradezco a mi hermano, por ser el mejor del mundo!

INTRODUCCION

La discusión en torno al reconocimiento de los derechos de la población LGTB (lesbianas, gays, transexuales y bisexuales), no es de exclusividad del Estado Peruano. A nivel internacional, se ha venido regularizando la situación de las uniones homosexuales, ya que cada vez son más los países que se suman al reconocimiento de sus derechos estableciendo dentro de sus ordenamientos jurídicos internos, el matrimonio homosexual o las uniones civiles entre personas del mismo sexo.

En la actualidad, en el Perú, la polémica se trata de reconocer derechos que fijan su materialización al interior de una pareja homosexual que funda una familia y desarrollan vida en común. Se tendría entonces que analizar cuáles son los argumentos a favor y en contra para el reconocimiento de dichos derechos y comparar las propuestas legislativas que hoy, se debaten en el seno parlamentario, para buscar la mejor solución al actual problema que sufren la población LGTB.

Cabe señalar que los derechos que se reclaman se encuentran íntimamente vinculados con derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, el de la libertad, el derecho a formar una familia entre otros.

Veremos entonces, si el Estado Peruano al no regularizar las uniones de parejas homosexuales, estaría discriminando a la población LGTB o se estaría salvaguardando otros fines esenciales para la sociedad Peruana.

RESUMEN

En el presente trabajo de tesis se mira la importancia del actuar de un Estado Democrático, interpretando los problemas socio-jurídicos de acuerdo a la realidad existente, más aun cuando se trata de derechos fundamentales.

Se observa que cuando un problema socio-jurídico involucra derechos fundamentales, estos tienen que ser analizados bajo los principios constitucionales, ya que por tratarse de derechos inherentes a todas las personas el Estado tiene la obligación de protegerlos.

Bajo esta premisa se observa que el Estado Peruano no está protegiendo los derechos fundamentales de las personas homosexuales, ya que actualmente sufren todo tipo de discriminación, ya sea social, laboral, familiar, legal, por parte de la sociedad o de una manera indirecta por parte del Estado al no regularizar sus uniones afectivas. Se descubre entonces que esta discriminación lesiona el fin supremo del Estado que es la defensa y la dignidad de la persona, como también el derecho a la igualdad, a la libertad, a la vida privada, a la identidad y al libre desenvolvimiento de la personalidad.

La vulneración de estos derechos no solo conlleva a las molestias o restricciones que en sí ocasionan, sino por ejemplo, al no regularizar las uniones afectivas de las parejas homosexuales, se les niega el poder acceder al reconocimiento de su unión de hecho, vulnerando con ello el poder formar una sociedad de gananciales junto a su pareja, el derecho a heredar, derecho a alimentos, el derecho a gozar de una pensión en caso de accidente o muerte de su pareja dejando así en un desamparo legal a la persona superviviente.

Otros derechos que lesionan la no regularización de las uniones afectivas de las parejas homosexuales son los derechos básicos que gozan cualquier pareja heterosexual como el derecho a visita a centros hospitalarios, derecho a tomar decisiones para el inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencias, derecho a la visita íntima, derecho de habitación vitalicio y gratuito, entre otros.

Bajo toda esta gama de derechos vulnerados se desprende que el Estado Peruano tiene la obligación de reivindicar dicha situación ya sea bajo la normas, leyes, resoluciones y/o

ordenanzas contra la discriminación por orientación sexual y regularizando uno de los problemas más importantes de la población LGTB (lesbianas, gais, transexuales y bisexuales), que es el reconocimiento legal de sus uniones afectivas, para que así puedan gozar de los mismos derechos de las parejas heterosexuales, ya sea bajo el reconocimiento de su unión de hecho, admitiendo el matrimonio homosexual o creando una nueva figura legal que incluya todos los derechos mencionados.



ABSTRACT

In this thesis you can see the importance of acting in a democratic state, interpreting the socio-legal problems according to existing reality in Peru, even more so when it comes to fundamental rights.

It is observed that when a socio-legal problem involving fundamental rights, these have to be addressed under the constitutional principles as for being inherent rights to all persons the State has an obligation to protect them.

Under this premise is observed that the Peruvian government is not protecting the fundamental rights of homosexuals, as currently suffer any discrimination, whether social, work, family, legal, by the Company or indirectly by part of the State to regulate their emotional bonds. It then finds that discrimination harms the supreme end of the State's defense and dignity, as well as the right to equality, freedom, privacy, identity and the free development of personality .

The violation of these rights not only leads to discomfort or restrictions that cause itself, but by example, not regularize affective unions for homosexual couples are denied access to the recognition of their union, in breach of power form a community property with his partner, the right to inherit, the right to food, the right to enjoy a pension in case of accident or death of a spouse leaving a legal helplessness to the surviving person.

Other rights not injure the regularization of affective unions for homosexual couples are the basic rights enjoyed by any heterosexual couple as the right to visit hospitals, the right to make decisions for starting emergency surgical treatment, right to visit intimate, right to life and gratuity room, among others.

Under this range of violated rights is clear that the Peruvian State is obliged to claim that situation either under the rules, laws, resolutions and / or ordinances against discrimination based on sexual orientation and regulating one of the most important problems of the population LGBT (lesbian, gay, bisexual and transgender), which is the legal recognition of their affective unions, so they can enjoy the same rights as

heterosexual couples, whether in the recognition of their union, admitting gay marriage or creating a new legal concept that includes all those rights.



INDICE

EPIGRAFES.....	2
DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS.....	3
INTRODUCCION	4
RESUMEN	5
ABSTRACT	7
INDICE	9
CAPITULO I: ANÁLISIS DE LA BASE CONSTITUCIONAL.....	12
1. La Constitución del constitucionalismo contemporáneo.....	12
1.1. Los derechos Humanos.....	20
a) Derechos sociales.....	20
b) Derechos nuevos, implícitos y expresos o viejos	21
1.2 Los Derechos Fundamentales	22
1.2.2. Derecho a la libertad.....	29
1.2.3. Derecho a la vida privada	31
1.2.4 Derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	32
1.2.5 Derecho a la no Discriminación.....	34
CAPITULO II: LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN EL PERÚ Y LAS POSTURAS SOBRE LA UNIÓN CIVIL EN EL PERÚ	37
2.1 Definición de Derechos patrimoniales.....	37
2.2. El matrimonio	38
2.2.1 Concepto	38
2.2.2 El matrimonio en el código civil.....	38
2.2.3 Naturaleza jurídica del matrimonio	38
2.2.4. Efectos del matrimonio	40
2.2.5 Obligaciones recíprocas entre cónyuges.....	41
2.2.6. El régimen patrimonial durante el matrimonio.....	44
2.2.7 El matrimonio homosexual	50
2.2.8 Reconocimiento civil de las uniones de las parejas homosexuales en el Perú	52

2.2.9 Importancia del reconocimiento civil de las uniones de las parejas homosexuales	75
2.3. El concubinato	77
2.3.1. Cuestiones generales.....	77
2.3.2. Antecedentes históricos	78
2.3.3 Causas determinantes del concubinato	81
2.3.4 Concepto y clases de concubinato	84
2.3.5 La constitución de 1993 y el concubinato	86
2.3.6 El código civil de 1984 y el concubinato.....	87
2.3.7 La convivencia de las parejas homosexuales.....	88
2. 4. El derecho de sucesiones	92
2.5. Derecho de la seguridad social	93
2.5.1. Concepto	93
2.5.2 Consideraciones generales sobre la teoría de la seguridad social.....	94
2.5.3. La seguridad social como derecho.....	98
CAPITULO III: FACTORES QUE INFLUYEN EN EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES AFECTIVAS DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES.....	
3.1. La Sociedad.....	101
3.1.1 La heterosexualidad como institución y la heteronormatividad como consecuencia	102
3.2 La homosexualidad	104
a) Definición de homosexualidad	104
b) El género.....	104
Definición de género.....	104
c) La identidad de la persona	108
d) La orientación sexual.....	111
3.3. Opinión de la OMS acerca de la homosexualidad.....	112
4. Análisis De La Situación Legal De Las Parejas Homosexuales.....	114
4.1. El principio de acción positiva (también llamada discriminación positiva y aún discriminación inversa).....	115
4. 2. Principio de legislar por la naturaleza de las cosas.....	116
4. 3. Principio de no legislar por la diferencia de las personas.....	123
4.4 Principio de la dignidad de la persona	124
4.5. Principio de primacía de la realidad (o de la realidad)	128

4.6 Principio de razonabilidad y principio de proporcionalidad.....	129
4.7 Principio de igualdad	133
Análisis a la postura que sostiene que el fin constitucional protegido es la protección de la familia tradicional como base de la sociedad	154
1 La familia.....	154
Análisis a la postura que sostiene que el fin constitucional protegido es la protección del matrimonio heterosexual como fin de la sociedad. (La procreación).....	165
Análisis a la postura que sostiene que el fin constitucional protegido es la crianza de un menor en una familia homoparental.....	166
4.8 Principio democrático	184
4.9 Principio pro homine	184
5. Reconocimiento de la unión civil de parejas homosexuales en el mundo.....	185
5.1 Situación actual.....	185
5.2. Medidas de prevención de discriminación por orientación sexual según la Organización Global Rights.....	188
CONCLUSIONES	190
PROPUESTA LEGISLATIVA	196
BIBLIOGRAFIA	198

CAPITULO I: ANÁLISIS DE LA BASE CONSTITUCIONAL

1. La Constitución del constitucionalismo contemporáneo.

Asumimos una concepción normativa de la Constitución, lo que significa, además que ésta regula la organización del poder y las fuentes del Derecho, que genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles tanto al Estado como a los particulares, es decir, la Constitución tiene una eficacia directa e inmediata, no dependiendo de una intervención del legislador.¹

A esta dimensión normativa también se refiere Aguiló bajo la noción de “guía de conducta” en la que es clave la claridad de los mandatos así como el establecimiento de controles sobre su cumplimiento. Esto último alude al carácter garantizado de la Constitución y que supone que sus preceptos deben hacerse valer a través de los mecanismos jurisdiccionales para la protección de los derechos.

A lo anterior se suma la concepción sustantiva de la Constitución, que se refiere a que ésta establece los principios que informan a todo el ordenamiento jurídico, que ordenan la realidad y que deben de guiar la solución de los conflictos jurídicos por parte de los jueces. Así pues, la vocación de tales principios ya no es desplegar su eficacia a través de la ley respetuosa con los mismos, sino más bien de aplicarse de manera directa e independiente de la regulación legal. Sin duda la ley sigue vinculando al juez pero solo a través de una interpretación constitucional que este debe efectuar para cada caso.

¹Prieto, Luis, 2000, Derechos fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra.

A ello hay que agregar la existencia de un conjunto de factores que combinados entre sí dan lugar a la constitucionalización del orden jurídico y que según Guastini son los siguientes :

- a. Contar con una Constitución rígida (difícil de modificar) que incorpora un catálogo de derechos fundamentales
- b. Prever la garantía jurisdiccional de la Constitución. La Constitución somete a la ley;
- c. Se reconoce que la Constitución tiene fuerza normativa vinculante. Así, todos los enunciados de la Constitución se interpretan como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios;
- d. Se produce una sobre interpretación del texto constitucional. Este ya no es comprendido en su literalidad sino a través de una interpretación extensiva deduciéndose normas y principios implícitos;
- e. Se considera que las normas constitucionales son aplicables de manera directa por todos (Estado y relaciones privadas);
- f. Los jueces deben interpretar las leyes conforme a la Constitución. Entre las distintas posibilidades de interpretación, debe preferirse la más compatible con la Constitución; y,
- g. Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y proceso político.²

Sin duda el Estado Peruano cuenta con una Constitución rígida dado que su contenido no puede ser modificado o derogado sino a través de procedimientos mucho más complejos y con mayores exigencias que los existentes para la modificación o derogación de las normas legales. Así pues, de acuerdo con el artículo 206 de la Carta de 1993, toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del

²Fernández María, 2014, La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú, Tesis para optar por el grado académico de magister en derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú.

número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum, pudiéndose evitar este último si el acuerdo del Congreso se produce en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

Así entendida la rigidez constitucional, se articula con lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución que dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.

El Tribunal Constitucional ha señalado en relación con el principio de constitucionalidad lo siguiente:

“Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recordar que, en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida, y por tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas desde y conforme con la Constitución”

A lo que añade:

“Las normas constitucionales poseen supremacía sobre cualesquiera otras del sistema, por lo que cuando estas se les oponen formal o materialmente, se preferiría aplicar las primeras. Como acota Manuel García Pelayo: «todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución»³

Este orden normativo jerarquizado emana de ciertos principios desarrollados por el Tribunal Constitucional de los cuales encontramos dentro de los más principales para la aplicación de nuestro estudio a los siguientes :

³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 20 de Junio de 2002 en el exp. 1230-2002-HC-TC, sobre proceso de hábeas corpus contra los Vocales de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, por violación de sus derechos constitucionales a la libertad individual, a la motivación de las resoluciones judiciales, al debido proceso y a la defensa, interpuesto por César Humberto Tineo Cabrera

- Principio de constitucionalidad

Las normas constitucionales poseen supremacía sobre cualesquiera otras del sistema, por cuanto cuando estas se les oponen formal o materialmente, se preferirá aplicar las primeras.⁴

- Principio de legalidad

Es una regla que exige sujeción a la ley y a aquellas normas de similar jerarquía. En tal virtud, condiciona la validez de las normas de inferior rango

Tal supremacía está prevista en el artículo 51 de la Constitución, que dispone que después del texto fundamental, la ley prevalezca sobre toda otra norma de inferior jerarquía.

Por último, en relación con que la Constitución sea practicada, Rubio destaca que:

“No hay un Estado que pueda tener asegurado el título de cumplir adecuadamente con la Constitución y esto se aplica, desde luego, también al Estado peruano. El cumplimiento de sus funciones y características se hace todos los días, en las 24 horas que trascurren. Así el Estado será la suma algebraica final de sus aciertos y desaciertos en materia constitucional pues, como bien lo señala la teoría constitucional, todo Estado tiene de los dos. No hay Constitución en el mundo que se cumpla cabal, íntegramente, minuto a minuto. Es el conjunto de la operación del Estado y la sociedad lo que permite hacer un juicio de valor constitucional de su calidad dentro de un determinado período de tiempo. Es importante que todos los ciudadanos, y especialmente quienes tienen poder dentro del Estado, sepan que el escrutinio de la constitucionalidad de su conducta se hace permanente y que el reconocimiento de ser o no constitucional se hace en un determinado momento, pero que la conducta del poder puede negar tal constitucionalidad en el momento siguiente. La conclusión más importante es que un Estado constitucionalmente correcto es resultado del esfuerzo continuo, permanente, por lograr la constitucionalidad de la vida política, social, económica y cultural en un período determinado”⁵

⁴Rubio, Marcial., 2006, El Estado peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima: Fondo Editorial.

⁵Rubio, Marcial., 2006, El Estado peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima: Fondo Editorial.

Bajo esto entendemos que la Constitución pese a ser el texto fundamental de nuestro país, no puede abarcar todos los lineamientos y situaciones garantizadas expresamente, ya que los aspectos protegidos bajo la Constitución pueden cambiar a raíz del tiempo, en nuestro caso se advierte que la regularización de las situaciones afectivas de las parejas homosexuales, debe de ser estudiada bajo los principios constitucionales que, gracias a un Estado Constitucional de Derecho, deben primar ante cualquier otra norma.

¿Cómo se trabaja con el Derecho en el Estado Constitucional?

El tránsito del imperio de la ley al de la Constitución constituye un cambio cualitativo en relación con la manera como se trabaja con el Derecho. Una de las consecuencias más importantes de este proceso es la crisis del positivismo jurídico o la crisis de la ley frente a la omnipresencia de la Constitución, lo que se traduce en una concepción teórica distinta que Prieto la sintetiza bajo los siguientes rasgos:⁶

a) Más principios que reglas

El protagonismo de los principios es sin duda una de las características del nuevo constitucionalismo y, a su vez, una de las manifestaciones de la crisis del positivismo jurídico que lo acompaña. Es importante tener presente la diferencia entre principios y reglas para poder entender las razones de la relevancia de los primeros para la resolución de casos. Una primera distinción sería la de considerar que solo los principios son constitutivos de un orden jurídico en contraste con las reglas que no tienen otra razón de ser que la de establecer una consecuencia frente a un determinado supuesto de hecho, por tanto estas se agotan en su propio significado.⁷

A ello hay que agregar que la manera de trabajar con principios es distinta que con las reglas; mientras a estas se aplican los métodos de interpretación para descubrir el mandato que contienen, los principios contienen formulaciones valorativas evidentes que no esconden nada que tenga que ser sacado a la luz a través de los métodos mencionados.

⁶ Prieto, Luis, 2002, Derechos fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Lima: Palestra.

⁷ Zagrebelsky, Gustavo, 2002, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta,

Los principios establecen soluciones normativas pero sin definir el caso, es decir, no dicen cuándo son aplicables tales soluciones. Le dan sentido a las reglas, las justifican en relación a ciertos valores jurídicos, precisamente por ello su significado operativo y alcance debe ser leído no en abstracto sino a partir de cada caso.⁸

Así pues,

“[...] son las reglas y solo las reglas las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho solo estuviere compuesto de reglas no sería insensato pensar en la «maquinización» de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se le proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La «aplicación» de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una «reacción», se «tome posición» antes ésta de conformidad con ellos”⁹

b) Más ponderación que subsunción

Como se puede deducir de lo antes expresado, esta es una consecuencia del protagonismo de los principios característico del nuevo constitucionalismo. En la aplicación de las reglas, el trabajo con estas se hace de manera subsuntiva, esto es, se encaja la situación concreta en el supuesto de la norma para aplicarle la consecuencia jurídica que contiene la regla. Este encaje no está exento de desajustes pero estos son de naturaleza semántica y, como tales, se focalizan en las expresiones y sus significados los problemas son de interpretación.¹⁰

⁸Aguiló Josep, 2008, Sobre Derecho y Argumentación. Palma de Mallorca: Lleonard Muntaner Editor, pág. 16-17.

⁹Zagrebelsky, Gustavo, 2002, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, pág. 111.

¹⁰Aguiló Josep, 2008, Sobre Derecho y Argumentación. Palma de Mallorca: Lleonard Muntaner Editor, pág. 200

Sin embargo, frente a la presencia de los principios el trabajo jurídico es distinto, exige ponderar.

Si las constituciones son el resultado de un pacto y consenso político de principios no coherentes entre sí sino más bien que potencialmente pueden presentar contradicciones, de lo que se trata no es de asumir esas contradicciones como antinomias –cosa que hacemos cuando se trabaja exclusivamente con reglas– sino enunciados válidos aun cuando en un contexto determinado uno prevalezca sobre el otro. Para mayor precisión, la antinomia de reglas se solucionan escogiendo a una válida y aplicable, el conflicto de principios que están dotados de igual valor se resuelve a través de hacer un equilibrio para buscar en el caso concreto la mejor solución.¹¹

Esta omnipresencia se corresponde con la relevancia de los principios y de la ponderación. Ambos aspectos determinan finalmente que todo problema jurídico se termine resolviendo en el Derecho constitucional. Prieto lo llama el efecto “impregnación” o “irradiación” del texto constitucional.

c) Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario

La omnipresencia de la Constitución va aparejada de la omnipotencia judicial. Como señala Grández el constitucionalismo reivindica la obra de los jueces, quienes deben ser los guardianes de la Constitución, atentos a los excesos de los legisladores. Así pues, el tránsito del imperio de la ley a la supremacía de la Constitución ha significado pasar del protagonismo del legislador al de los jueces.

Dado el denso contenido material y heterogéneo de la Constitución -la cual no se circunscribe solo a regular las fuentes del Derecho y a enunciar derechos fundamentales (en cuyo caso la garantía judicial estaría orientada velar por el cumplimiento de la producción normativa) la garantía judicial es muy amplia y va acompañada de una pérdida de la autonomía del legislador. Esto ha sido expresado por Ferrajoli en los términos siguientes:

¹¹ Prieto, Luis, 2002, Derechos fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra, pág. 136-138

“[...] en el Estado constitucional de derecho, el legislador no es omnipotente, en el sentido que las leyes que él produce no son válidas solo porque son vigentes, o sea producidas en las formas establecidas por las normas en relación con su producción, sino que lo son si, además, son coherentes con los principios constitucionales.”¹²

d) Coexistencia de una constelación plural de valores, a veces contradictorios

Finalmente, los rasgos antes enumerados explican que en el Estado constitucional lo que tenemos es la coexistencia de una constelación plural de valores, reflejo de una sociedad plural, lo que trae consigo la exigencia de un particular modo de trabajar con el Derecho. Esta diversidad no está jerarquizada, si así lo fuera, se produciría la tiranía de un valor sobre otro.

El nuevo constitucionalismo es pues una nueva concepción del Derecho que exige un modo de trabajo distinto al de las concepciones hoy en crisis. El método de trabajo que exige el nuevo constitucionalismo es la medida que pone en relieve los principios más que las reglas, la ponderación más que la subsunción así como el énfasis en una argumentación jurídica que exige importante dosis de pragmatismo, comparte con el feminismo jurídico el resultado al que se busca llegar.

[...] un desarrollo positivo de los principios y derechos constitucionales; el contenido del orden jurídico es visto ahora como concreción de las exigencias normativas derivadas de éstos. Los derechos y principios constitucionales tendrán fuerza expansiva fundamental en la determinación del contenido del orden jurídico, y ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de desarrollo y concreción: ellos serán la fuente fundamental para determinar qué se debe ordenar, prohibir y castigar”¹³

¹²Grández, Pedro, 2002, Tribunal Constitucional y argumentación jurídica. Lima: Palestra, pág. 42.

¹³Aguiló Josep, 2004, La Constitución del estado Constitucional. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, pág. 161-162

En conclusión un Estado constitucional es la organización política que reúne las siguientes características explicadas por Aguiló:

a. Cuentan con una Constitución rígida o formal, lo que implica que las disposiciones constitucionales tienen un régimen distinto y superior a las del resto del ordenamiento y, por tanto, estas constituciones tienen una diferencia de grado respecto de las otras fuentes del Derecho.

b. Estas constituciones formales están orientadas a la limitación del poder político y a la garantía de los derechos. Se alinean así con las estrategias del constitucionalismo político, es decir, la de instaurar diseños institucionales de cara a garantizar sus valores y fines, los cuales además tienen un carácter regulativo.

Estamos pues ante constituciones constitutivas y regulativas. Constitutivas en la medida que determinan las formas básicas de la acción jurídica y política idóneas para asegurar los valores y fines reconocidos, y regulativas porque han incorporado a la Constitución valores y fines en la forma de principios reguladores de la acción política.

c. La Constitución tiene que ser practicada, esto es, aceptada y usada como un catálogo completo de normas fundamentales del sistema jurídico y político. Esto supone que todo el accionar jurídico y político de la comunidad se alinea a la Constitución.¹⁴

1.1. LOS DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Constitucional se ha referido a diversas clases de derechos, no con el afán de trazar una taxonomía exhaustiva sino, más bien, para resaltar las características o potencialidades de determinados derechos. A continuación enumeramos las principales clases utilizadas en la jurisprudencia constitucional y su significación.

a) Derechos sociales

En la doctrina se suele sostener que los derechos sociales son programáticos y que, por consiguiente, son más bien aspiraciones que derechos exigibles de manera inmediata o

¹⁴ Ibídem., Ibídem. pág. 164-167

propiamente dichos. Con ello se quiere destacar que su realización requiere de ciertas condiciones materiales y de recursos que hagan posible su verificación y exigencia progresiva; por consiguiente, no pueden estar inmediatamente disponibles para todos. Conviene tener presente, no obstante, que esta «regla» no es mecánica, pues existen diversos derechos sociales, de índole laboral por ejemplo, como la huelga o la sindicalización, cuya verificación puede ser inmediata y no requieren de la existencia de condiciones materiales económicas para su ejercicio y exigencia.

b) Derechos nuevos, implícitos y expresos o viejos

El tribunal reconoce tres tipos de derechos desde el punto de vista de su existencia como tales¹⁵:

- Los derechos que están expresamente mencionados en la Constitución, que son los **derechos escritos, expresos o viejos**.
- Los **derechos nuevos**, que son aquellos que no estaban previstos en el texto constitucional y que aparecen, probablemente, por cambios sociales y tecnológicos que requieren nuevas protecciones, antes innecesarias o impensables. Estos nuevos derechos se obtienen por aplicación del artículo 3 de la Constitución. Ejemplos de ellos son: el derecho a la verdad¹⁶; el derecho a ser servidor público¹⁷, y el derecho al proceso sin dilaciones indebidas¹⁸.

¹⁵ Sentencia del tribunal Constitucional emitida el 30 de mayo de 2005 en el Exp_3208_2004_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por don Jorge Carlos Castañeada Espinoza contra Es salud, solicitando que se declare inaplicable el Art. 37º del Decreto Supremo Nº 009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud

¹⁶ «14. El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al de los que con su reconocimiento se persigue alcanzar.

»15. Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno». (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 de marzo de 2004 en el Exp_2488_2002_HC_TC sobre acción de hábeas corpus interpuesta por doña María Emilia Villegas Namuche a favor de su hermano, Genaro Villegas Namuche, por la violación de sus derechos a la vida, al debido proceso, a la legítima defensa y a la libertad individual).

¹⁷ «24. Como es sabido, la Constitución no contiene enunciado en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte». (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 25 de abril de 2006 en el Exp_0025_2005_PI_TC y Exp_0026_2005_PI_TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa y el Colegio de Abogados del Cono

- Los **derechos implícitos**, que son aquellos derechos contenidos en otros derechos escritos, o expresos o viejos. La lista de los expresamente considerados como tales puede verse en el capítulo referente al artículo 3 de la constitución. Entre ellos están el derecho a la seguridad jurídica, el derecho de acceso a la justicia o el derecho del menor a la familia.

1.2 Los Derechos Fundamentales

Existen distintas teorías, filosóficas, políticas e ideológicas, destinadas a definir y justificar el origen, contenido y fundamento de los derechos fundamentales (derecho natural, contractualismo, neo contractualismo, etcétera). En la actualidad, la definición más difundida de los derechos fundamentales señala que estos son el conjunto de derechos y libertades que, por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo. Son, así, los derechos humanos positivizados en la Constitución.

Norte de Lima, contra el artículo 22, inciso c), de la Ley N° 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura). En este caso el derecho existe por aplicación de los tratados, como manda el artículo 3 de la Constitución.

¹⁸ «26. No cabe duda que con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante, como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por el contrario, a que permanezca detenido ad infinitum, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par, consustanciales a los principios del Estado democrático de derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3° de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas». (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 29 de diciembre de 2004 en el Exp_3771_2004_HC_TC sobre acción de hábeas corpus interpuesta por Miguel Cornelio Sánchez Calderón contra la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura). Es un párrafo declarado como precedente vinculatorio por el Tribunal y por ello es que consideramos a este derecho como nuevo. En otra sentencia, el Tribunal dijo que era un derecho implícito en el derecho al debido proceso lo que, evidentemente, entra en contradicción con la sentencia anterior: 3. En relación al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, este Tribunal considera pertinente recordar que el derecho a que una persona sea juzgada dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad, que debe guardar la duración de un proceso para ser reconocido como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta Fundamental (artículo 139°3 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana (párrafo no precedente)». (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de enero de 2005 en el Exp_0549_2004_HC_TC sobre acción de hábeas corpus interpuesta por doña Luisa Jáuregui Villanueva a favor de su patrocinado Manuel Rubén Moura García, contra los vocales de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima).

En opinión del Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales son lo siguiente:

Tanto el derecho de petición como aquellos otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica. En ese orden de ideas, permiten la consagración práctica del postulado previsto en el artículo 1° del referido texto que concibe a la persona humana como «el fin supremo de la sociedad y del Estado». De este modo, la garantía de su vigencia dentro de nuestra comunidad política no puede limitarse solamente a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los diversos individuos, sino que también debe ser asumida por el Estado como una responsabilidad teleológica¹⁹.

Dice la cita que los derechos fundamentales son componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo. La idea de estructura supone elementos de apuntalamiento de un armazón y partes apuntaladas por ellos. Los derechos fundamentales no son aquello apuntalado sino losapuntalamientos. Por ello se los trata como componentes estructurales básicos: lo básico está en la base y, por consiguiente, sostiene a la estructura.

Esto quiere decir que todo el sistema jurídico se basa sobre los derechos fundamentales y se guía por ellos. Hay que notar también que se trata del orden jurídico objetivo. Con esto, el Tribunal quiere destacar que los derechos fundamentales forman parte del orden jurídico tal como está conformado y no solo como elementos subjetivos que se encarnan exclusivamente en las personas. La diferencia es significativa, como tendremos oportunidad de ver en este desarrollo: si los derechos fundamentales fueran solo subjetivos, valdrían en tanto las personas los reclamen. Si son bases objetivas del sistema jurídico, deben ser obedecidos por todos, Estado y personas privadas, porque son normas comunes a todos, independientemente que las personas los exijan: los derechos deben cumplirse porque son el sustento del sistema jurídico, no solo ni básicamente porque sus

¹⁹Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 6 de diciembre de 2002 en el Exp_1042_2002_ AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por don Miguel Cabrera León contra la Municipalidad Distrital del Rímac.

beneficiarios luchan por ellos. Por ello son una finalidad de la actuación del Estado, según la parte final de la cita.

1.2.1. Derecho a la igualdad

Análisis exegético del derecho a la igualdad

Para el Tribunal Constitucional el derecho a la igualdad y a la no discriminación, contenido en el artículo 2º inciso 2 de la Constitución, es también un principio de organización de la vida constitucional de la sociedad. Por ello, ha dedicado esfuerzos especiales a perfilar su contenido y funcionamiento. Seguiremos las que consideramos sus principales sentencias al respecto y, a través de ellas, iremos desarrollando sus características.

a) El concepto de la igualdad

La noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona.

El Tribunal considera estructuralmente a la igualdad —como a su turno lo hace con todos los principios mayores que trata— como una institución con dos manifestaciones simultáneas y convergentes: menciona en primer lugar su carácter de principio rector de la organización y actuación del Estado democrático de Derecho y, en segundo lugar, su carácter de derecho fundamental de la persona.

En realidad, al hacer de la igualdad un principio de organización del Estado de Derecho, el Tribunal recoge la regla esencial del Estado moderno según la cual todas las personas son iguales. Rompe con la regla en donde las personas podían ser consideradas distintas y agrupadas en aristocracia o pueblo, regla que existió a lo largo del Antiguo Régimen, al que la revolución liberal de los siglos XVIII y XIX puso fin en Occidente. Así, la igualdad se convierte en un principio que cualquiera puede exigir en cualquier recodo de la organización del Estado, porque cada persona y cada funcionario deben cumplirla no solo en sus quehaceres oficiales, sino en su trato cotidiano con los demás. En un país

como el nuestro, en el que la discriminación social está aún muy marcada, la regla de la igualdad dentro del sistema es, todavía, un reto a cumplir²⁰.

En tanto derecho subjetivo de la persona, la igualdad le permite reclamar un trato igual al del resto, no discriminatorio y que le otorgue igualdad de posibilidades de realización en las diversas facetas de vida en sociedad. Esto, porque las personas somos todas iguales en un punto esencial y eso debe ser reconocido por el Derecho al margen de las naturales diferencias que existen entre nosotros y que nos permiten tener, simultáneamente a la igualdad de base, un perfil propio, individual e inconfundible que nos da la oportunidad de realizarnos como seres individuales e irrepetibles. Por esta misma razón, el Derecho no establece la igualdad sino que, como dice la parte final de la cita, se limita a reconocerla y garantizarla.

Con simpleza, el Tribunal Constitucional resumió los dos aspectos centrales de la igualdad en la siguiente sentencia:

[...]Dicha igualdad implica lo siguiente:

- a) La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y
- b) La existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas²¹.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 decía respecto de este tema:

Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

[...] 2. A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón [...].

²⁰ Rubio, Eguiguren y Bernal. (2013) Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Pág. 145

²¹ Tribunal constitucional. Sentencia del 26 de abril del 2004 expedida en el Expediente N° 0018-2003-AI/TC (Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley N° 27633, modificatoria de la Ley N° 27143

Esta norma, y su equivalente en la Constitución de 1993, protegen la igualdad ante la ley en idéntica redacción global y también mencionan expresamente, y en forma idéntica, la prohibición de discriminación por sexo, raza, religión, opinión e idioma.

La Constitución de 1993 añade la prohibición de la discriminación por razón de origen, que aparentemente se refiere la pertenencia a algún lugar, a alguna nacionalidad, o a alguna cultura. Esto no se mencionaba en la Constitución de 1979²².

También la Constitución de 1993 establece la prohibición de discriminación por condición económica, que es un elemento importante en el Perú y por tanto un aporte positivo. A su vez, añade una cláusula general que prohíbe la discriminación de cualquier otra índole, que es una norma hermenéutica positiva aunque de difícil aplicación por su amplísima generalidad. En realidad, a través de esta última afirmación del texto constitucional, cualquiera puede recurrir en amparo para que se le proteja de cualquier posible discriminación, aunque no sea de sexo, raza, religión, opinión o idioma, que es el conjunto de discriminaciones enumeradas expresamente en el inciso que comentamos. En todo caso, si se realizara un mayor desarrollo mayor de la cláusula sobre discriminación y se incluyera cualquier otra índole, creemos que podrá ser hecha, fundamentalmente, por vía de especificación a través de la jurisprudencia constitucional. Es una responsabilidad que, en mucho, queda en manos del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, es de considerar negativo que se haya eliminado el segundo párrafo del artículo antecedente de la Constitución de 1979: «El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón», porque establecía dos normas muy importantes: la de igual oportunidad y responsabilidad (que no es equivalente a la igualdad jurídica de sexos porque permite compensaciones en aquellos casos en los que el varón tenga en la ley mayores oportunidades y responsabilidades), y la otra norma que reconocía a la mujer derechos no menores que al varón, con lo que establecía que podían ser también mayores. Esto, que en cierto sentido constituiría una desequiparidad en favor de la mujer, sin embargo es la forma de realizar lo primero: dar a la mujer ciertos derechos adicionales que al varón y así compensar las desventajas que puedan presentárseles en la realidad concreta. Para períodos de tránsito en el acceso a los derechos, esta compensación está inclusive

²² Rubio, Eguiguren y Bernales. (2013) Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Pág. 146.

reconocida por los instrumentos internacionales de protección a la mujer y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la denomina acción afirmativa o acción positiva²³.

Sería positivo que una norma como esta exista en la Constitución. Es lamentable, por ello, que haya sido eliminada. Sin embargo, es de considerar que esta carencia no impide que se establezcan normas que adopten acciones afirmativas o positivas, encaminadas a lograr mayores niveles de igualdad real de la mujer o de quienes se encuentren en una situación objetiva de desigualdad o desventaja.

b) Antecedentes en los documentos internacionales

Los instrumentos internacionales ratificados por el Perú se ocupan de la igualdad. La Declaración Universal de los Derechos Humanos dice:

Declaración Universal de Derechos Humanos, 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.

El énfasis está puesto no en la dimensión jurídica, sino en una visión integral de la humanidad. Es una aproximación desde un punto de vista de antropología filosófica y tiene un tinte iusnaturalista propio de aquella concepción, según la cual los derechos existen antes del Derecho y solo son reconocidos por él. El énfasis en que por la razón y la conciencia debemos ser fraternos los unos con los otros, refuerza el principio de solidaridad al que hemos hecho mención al tratar el artículo 1 de esta Constitución y que, como entonces dijimos, pertenece a una auténtica concepción humanista de la sociedad.

Pero, pensando en otras dimensiones de la igualdad, muy necesarias en el mundo que vivimos por la diversidad de las desigualdades y las discriminaciones existentes, la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas añade:

Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2.

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de

²³ Ibídem.

cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Estas disposiciones reafirman que cada persona, como parte de la humanidad, es igual a cada una de las demás.

Finalmente, la Declaración de las Naciones Unidas exige que la igualdad ante la ley sea protegida efectivamente por el Estado a través de mecanismos que restablezcan los derechos cuando se produzcan infracciones:

Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos comparte las dos inquietudes de la Declaración de Naciones Unidas: el respeto de la base común de derechos humanos declarados por él y la necesidad de establecer vías operativas de garantía a dichos derechos:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.

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.

Es pertinente aclarar que esta disposición protege a las personas en su igualdad y búsqueda de paz contra un uso desnaturalizado de la libertad de expresión y de opinión que, eventualmente, pueda pretender incitar a la violencia o a la discriminación. También

creemos que las garantías constitucionales pueden ser válidamente utilizadas para forzar el cumplimiento de esta disposición en el Perú porque hace operativa la defensa del principio de igualdad.

1.2 2. Derecho a la libertad

La Libertad es la capacidad de la conciencia para pensar y obrar según la propia voluntad²⁴

a) Definición de libertad

El tema lo regula el título IV, del libro 11 del Código Penal y su extensión es el resultado de la importancia que el Legislador le ha dado con acierto al bien jurídico "libertad". En efecto, la libertad después de la vida, es el bien jurídico principal que merece la más alta estima, pues el de la integridad corporal que tutela el delito de lesiones, salvo que aparezca merma de la libertad locomotora o ambulatoria, no lo es tanto²⁵.

Es atributo esencial y moral del humano, su libertad; en uso de ella han progresado las comunidades y sociedades, y la sola estructura nerviosa y potencialidad neuropsicológica del hombre la explica y fundamenta. Sólo cuando el hombre es libre alcanza su máxima realización y ofrece su máximo aporte a sus congéneres individual o socialmente organizados. Las sociedades, política y económicamente libres, han alcanzado un más alto grado de prosperidad en comparación con las sociedades intervenidas en esos campos.

En el Perú, la libertad como derecho tiene rango constitucional. El Artículo Segundo de la Carta Mayor de 1993, consagra:

La libertad de conciencia y religión (inc. 3)

La libertad de información, opinión, expresión (inc. 4)

La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (inc. 8)

La libertad de asociarse (inc. 13)

De esto surge que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (inc.24.a);

Y que no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal (inc.24.b)

La libertad y a la seguridad personales. (inc.24)

²⁴ Cuba Lucero, Entre Orgullos y resistencias, Perú, 2012.

²⁵ Alarcón Flores, Luis Alfredo. (2013) Delitos contra la Libertad. Recuperado el 2 de octubre del 2014, de: <http://www.monografias.com/trabajos30/delitos-contra-libertad/delitos-contra-libertad2.shtml>

La libertad sindical (inc.28)

La libertad es un bien jurídico del que sólo puede disponer su titular. La libertad se manifiesta de tan variadas formas que, el sistema de su tutelaje obliga un muy amplio título con morfología rica y variada.

b) Clases de libertad

- Libertad física. (Es el grado inferior de libertad) Posibilidad material de actuar, de moverse.
- Libertad psíquica. Capacidad de autodeterminación, sabiendo lo que se hace y los motivos por los que se hace tal cosa.
- Libertad ética y moral. Capacidad para elegir entre el bien y el mal (que supone actuar responsablemente).
- Libertad de y libertad para. La primera libertad puramente formal y negativa. La segunda libertad ejercida, puesta en práctica.
- Los límites que tiene la libertad son de diferente índole, las leyes físicas a las que el hombre está sometido, las barreras intelectuales, culturales, económicas, educativas, etc.

c) La libertad personal

Consagrada en el artículo 2º inciso 24 de la Constitución Política, la libertad personal “ampara el estado de libertad física o corporal de la persona, entendido como una situación en la cual ella se encuentra libre de medidas como la detención, el arresto o el internamiento. Se protege la facultad de la persona de autodeterminar su situación en el espacio o, más precisamente, el derecho a no ser obligada a permanecer en un lugar determinado. Dicho en otras palabras, se tutela el derecho a abandonar el lugar donde uno se encuentre; el derecho a marcharse”²⁶.

²⁶ CASAL, Jesús María. “Libertad personal, seguridad individual y debido proceso en Venezuela”, en *Ius et Praxis*, Vol. 5, Nº 1, Universidad de Talca, Talca, 1999, p. 167.

1. 2. 3. Derecho a la vida privada

Hace prácticamente un siglo, en 1891, se formulaba por primera vez en términos jurídicos una exigencia de libertad personal, desconocida hasta aquel entonces: el derecho a la intimidad «the right to privacy». Dos abogados de Boston, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en un conocido artículo publicado en la Harvard LawReview daban vida a un derecho, que más tarde sería conocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el derecho «to be let alone», a ser dejado solo, en paz, a obtener la protección de su vida íntima, de su privacidad» (Fernández Segado, 1994, p. 275-276).

El problema que aparece para el Derecho entre las dimensiones privada y pública de la vida humana, se presenta porque la persona está permanentemente interactuando en ambos escenarios: va a su vida pública de relación con los demás, para regresar a su intimidad, y volver a salir a la sociedad:

La vida íntima, personal, la individualidad, entra en una relación dialéctica dinámica y, en algunos casos, conflictiva con la sociedad. El ser humano proyecta su personalidad en dos dimensiones: una social, externa y otra de regreso hacia sí mismo; y es que el ser humano es individuo y es sociedad; y esta relación dialéctica constituye todo un problema existencial permanente de la humanidad que cobra especiales características en el hombre contemporáneo.

Zavala de González nos dice que «si bien esas facetas son discriminables desde una perspectiva teórica, vivencialmente se entrelazan de modo dialéctico en la unidad sustancial del hombre. Así, la proyección exterior de la persona es fuente de valores positivos únicamente si existe vida íntima, y será tanto más rica cuanto más intensa sea ésta: todo lo que el hombre ha creado, antes que hecho y exteriorizado ha sido engendrado y madurado en el ámbito de su ser íntimo. A la inversa, como el boomerang que necesariamente vuelve al punto de partida, la relación "hombre-mundo" repercute siempre en aquel, moldeándolo y posibilitando su realización y engrandecimiento. Esta interrelación, como toda de naturaleza dialéctica, no solo es dinámica, sino también fundamentalmente conflictiva: su desenvolvimiento supone una pugna, un choque entre la dimensión personal y la dimensión social del hombre, que ofrece estadios de equilibrio entre intereses contrapuestos (Morales Godo, 1995, p. 63).

El derecho a la intimidad se proyecta en dos dimensiones: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida la intimidad como secreto, atentan contra ella todas las intromisiones o divulgaciones ilegítimas respecto a hechos relacionados con la vida privada o familiar, o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, la intimidad trasciende y se realiza en el derecho de toda persona a tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.

La vulneración de la intimidad personal y familiar se produce por la sola intromisión externa o perturbación no autorizadas en las áreas privadas o reservadas (actos, hechos, hábitos, datos) que comprende, así como con la divulgación de su contenido sin contar con el consentimiento de su titular (Eguiguren Praeli, 2004, pp. 260-261).

Solo cabría añadir que la regla general debe ser que todo lo que puede interpretarse como lo que la persona deja a su espacio personal o familiar está prohibido de ser divulgado y que en esto hay que tener criterio amplio antes que estrecho a favor de la intimidad. En realidad, esta debe ser interpretada extensivamente y la información restrictivamente en estos aspectos. La responsabilidad de quien publica debe guiarse por los principios del riesgo y de la responsabilidad objetiva, y no por la responsabilidad subjetiva.

1. 2.4 Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Carlos Mesía ha definido así este derecho:

El libre desarrollo de la persona significa la plena realización del individuo como ser humano. Supone, como afirma García Torna, el ejercicio de una facultad que reconoce a cada persona la posibilidad de hacer uso de todas sus potencialidades físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio, con la finalidad de alcanzar un nivel de vida cualitativamente mejor. Es el derecho de todo ser humano a lograr la realización de su personalísimo proyecto de vida, lo que es de imposible concreción si no se goza de los bienes materiales y espirituales indispensables para una existencia digna y compatible con la condición humana (Mesía, 2004, p. 98).

El derecho al libre desarrollo —que para nosotros estaba mejor expresado en la Constitución de 1979 como derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, porque es

más específico de lo superior de la individualidad humana—, consiste en la posibilidad que debe tener cada ser humano de desarrollar todas sus potencialidades y que, en conjunto, son irrepetibles en otro ser humano. En otras palabras, el libre desarrollo de la persona no es sino lo que en términos de antropología filosófica se llama su realización como ser humano. Es un derecho que se ejecuta necesariamente en el devenir, del presente hacia el futuro, para sentirnos realizados como seres válidos por nosotros mismos.

Este derecho protege a la persona en dos aspectos complementarios: el primero, en mantener sus potencialidades como tales, es decir, establece el derecho que no se le cierren posibilidades de desarrollo desde hoy en adelante dentro de la sociedad. El segundo, en tomar las acciones que la conduzcan a desarrollarse dentro del cumplimiento de sus deberes y de los límites que imponen las leyes.

El libre desarrollo es una libertad de poder realizarse en todos los aspectos de la personalidad. Esto quiere decir que cada persona tiene la libertad de elegir los más diversos detalles de su vida según su libre albedrío.

Esto incluye dos aspectos específicos que el Tribunal ha vinculado a este derecho a través de su jurisprudencia:

El derecho de casarse libremente²⁷. El Tribunal analizó un caso en el que se discutió si la Policía Nacional del Perú podía exigir a sus miembros que, antes de casarse, recibieran autorización de la institución para ello. Dijo que tal criterio era inconstitucional y que no se podía exigir tal autorización²⁸.

²⁷ «14. [...] El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución». (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 24 de noviembre de 2004 en el Exp_2868_2004_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por José Antonio Álvarez Rojas contra el Ministerio del Interior).

²⁸ «18. B) En segundo lugar, el Tribunal considera que se ha violado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que así se hubiese satisfecho el principio de legalidad, la exigencia de contarse con una autorización de la PNP para que uno de sus efectivos contraiga matrimonio constituye una intolerable invasión de un ámbito de libertad consustancial a la estructuración de la vida privada del recurrente. Este último, como todo ser humano, es libre de decidir con quién contrae matrimonio y cuándo lo celebra, sin que para ello requiera el visto bueno de un órgano estatal, por más que se preste servicios en dicha institución». (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 24 de noviembre de 2004 en el Exp_2868_2004_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por José Antonio Álvarez Rojas contra el Ministerio del Interior).

- El derecho a las propias ideas mediante la libertad de conciencia"²⁹.
- El derecho a la educación, que permite el libre desarrollo"³⁰.

En síntesis, el derecho de libre desarrollo consiste en la posibilidad que debe tener cada ser humano de desarrollar todas sus potencialidades y que, en conjunto, son irrepetibles en otro ser humano, ejercitando su libertad y realizándose como persona válida por sí misma. Es un derecho que se ejecuta necesariamente en el devenir, del presente hacia el futuro. Protege a la persona en dos aspectos complementarios: el primero, en mantener sus potencialidades como tales, de manera que no sean afectadas por otros; y el segundo, en facilitar que la persona tome las acciones que la conduzcan a desarrollarse dentro del cumplimiento de sus deberes y de los límites que imponen las leyes.

El derecho al bienestar consiste en lograr la satisfacción de las necesidades de la persona dentro de un concepto de realización integral a lo largo de la vida. No es el consumismo por sí mismo: hay una dimensión ética en la determinación de las necesidades y de cómo son satisfechas.

1.2.5 Derecho a la no Discriminación

a) Definición de discriminación

La discriminación es todo acto de separar a una persona de una sociedad o bien denigrarla de una forma a partir de criterios determinados. En su sentido más amplio, la discriminación es una manera de ordenar y clasificar otras entidades. Puede referirse a cualquier ámbito, y puede utilizar cualquier criterio. Si hablamos de seres humanos, por ejemplo, podemos discriminarlos entre otros criterios, por edad, color de piel, nivel de

²⁹ «El derecho a la libertad de conciencia supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo. El libre desarrollo de la personalidad del individuo implica que en el transcurrir de la vida la persona vaya formándose en valores o principios que den lugar a la generación de un propio cúmulo de criterios e ideas». (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 19 de agosto de 2002 en el Exp_0895_2001_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por don Lucio Valentín Rosado Adana que contra el Seguro Social de Salud-Es salud, Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo).

³⁰ «36. Lo anterior quiere decir que los poderes estatales, dentro del Estado Social y Democrático de Derecho que propugna la Constitución, deben cumplir ciertos márgenes de actuación mínimos que aseguren un nivel de bienestar que facilite el desarrollo de los ciudadanos, lo cual implica el respeto de los derechos fundamentales al libre desarrollo y bienestar (Inciso 1 del Art. 2º de la Constitución).

estudios, nivel social, conocimientos, riqueza, color de ojos diferente, orientación sexual, etc.³¹

No obstante, en su acepción más coloquial, el término discriminación se refiere al acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad. Normalmente se utiliza para referirse a la violación de la Ley de igual libertad y la igualdad de derechos para los derechos individuales de los individuos por cuestión social, crecimiento humano edad, razas humanas racial, religión religiosa, política, orientación sexual o por razón de género.

b) Derecho a la no discriminación

Cada hombre, mujer y niño tiene el derecho a estar libre de discriminación basada en género, raza, etnia, orientación sexual u otra condición, así como a otros derechos humanos fundamentales que dependen de la realización plena de los derechos humanos para la protección de la discriminación. Estos derechos se encuentran establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y otros tratados y declaraciones internacionales; todas éstas constituyen herramientas poderosas que deben ser puestas en marcha para eliminar todo tipo de discriminación³²

c) Discriminación en el ámbito social

- La discriminación racial o étnica

La discriminación constituye una problemática extendida que se encuentra presente en los diversos ámbitos de nuestra sociedad. Tales prácticas deshumanizan a las personas por atacar la dignidad misma del ser humano y son un obstáculo para la integración y cohesión social.

De esta manera, los individuos que pertenecen a esos grupos son juzgados no por sus méritos y acciones sino por los prejuicios que la sociedad generaliza al grupo de manera injustificada. En efecto, la discriminación se encuentra vinculada con el prejuicio, actitud

³¹ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial(1965) Art 1

³² Movimiento de los Pueblos para la Educación de los Derechos Humanos. (2014). El derecho humano a la no-discriminación.

arraigada en el ámbito de las convicciones personales que considera a un determinado grupo humano como inferior.

Algunos estudiosos afirman que el prejuicio, cultivado tanto en la intimidad de la persona como en la de su grupo inmediato de familia y amigos, genera en el espacio público, diversas formas de restricción de derechos, recursos y acceso a servicios de ciertas personas, alimentando inevitablemente la discriminación³³.

- La discriminación sexual

El término homofobia hace referencia a la aversión (fobia, del griego antiguo Φόβος, fobos, ‘pánico’) obsesiva contra hombres o mujeres homosexuales, aunque generalmente también se incluye a las demás personas que integran a la diversidad sexual, como es el caso de las personas bisexuales o transexuales, y las que mantienen actitudes o hábitos comúnmente asociados al otro sexo, como los metrosexuales y los hombres con ademanes tenidos por femeniles o las mujeres con ademanes tenidos por varoniles.

- La discriminación por orientación sexual

La orientación sexual constituye un aspecto fundamental del ser humano pues es como las personas manifiestan sus intereses sexuales y emocionales³⁴. La desinformación y los prejuicios que existen respecto a una orientación sexual distinta a la heterosexual generan un conjunto de efectos nocivos para la persona y el ejercicio de sus derechos

³³SEGATO, Rita Laura. "Racismo, Discriminación y Acciones Afirmativas: Herramientas Conceptuales". En: Racismo, discriminación y acciones afirmativas. Serie Antropología Nº 404, Brasilia, 2006. Recuperado el 1 de octubre del 2014, de: <http://www.unb.br/ics/dan/Serie404empdf.pdf>.

³⁴ Vivanco, José Miguel. "Orientación sexual: evolución de la jurisprudencia". Recuperado el 6 de octubre del 2014, de: <http://www.educacionsexual.com.ar/biblioteca-online/educacion-sexual-aspectos-ideologicos-y-conceptuales/sexualidad-sana-responsable-y-placentera>

CAPITULO II: LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN EL PERÚ Y LAS POSTURAS SOBRE LA UNIÓN CIVIL EN EL PERÚ

2.1 DEFINICIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES

Los derechos patrimoniales son una clasificación dentro de los derechos subjetivos. Son susceptibles de tener un valor económico y se contraponen a los derechos extra patrimoniales (derechos personalísimos o derechos de la personalidad y derechos de familia).

Los derechos patrimoniales se subdividen en derechos reales, derechos personales y derechos intelectuales.

Los derechos patrimoniales reflejan sobre el patrimonio y son aptos para satisfacer necesidades valorables en dinero. Integran los derechos patrimoniales los derechos reales y los derechos personales. Para los romanos el patrimonio estaba constituido por todos los bienes, créditos, derechos y acciones que fuere titular una persona y las deudas y cargas que la gravaran. Los modernos basados en la concepción de Aubry y Rau lo consideraron un atributo de la personalidad, consistente en todos los bienes y créditos de los que era titular una persona, y las cargas que la gravaran. No puede existir persona sin patrimonio, ni patrimonio sin persona de su tutela.

2.2. EL MATRIMONIO

2.2.1 Concepto

Tratando de precisar el concepto de matrimonio, siguiendo a Cornejo Chávez, quien a su vez cita a D'Aguanno, quien sostiene que la familia como fenómeno natural tiene su origen en la unión de los sexos y como institución jurídica en el matrimonio, se podría comenzar indicando que el matrimonio no es otra cosa que la unión de los sexos sancionados por la ley.

De inmediato, Cornejo Chávez objeta dicha idea elemental del matrimonio por insuficiente, ya que sólo se refiere a un hecho, que es la unión de los sexos, y a una forma, que sanciona la ley, pero que no penetra en la esencia del fenómeno matrimonial, lo que es únicamente posible a través del estudio teleológico o de los fines del matrimonio³⁵.

2.2.2 El matrimonio en el código civil

El Código Civil dice que “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” (artículo 234°).

2.2.3 Naturaleza jurídica del matrimonio

En la doctrina no hay conformidad en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio, se han formulado varias teorías que pretenden explicarla, figurando entre las más importantes las siguientes:

- **El Matrimonio como Sacramento.**-Es una concepción proveniente del cristianismo. A partir de la edad media, cuando se consolida la hegemonía de la Iglesia Católica, que incluye entre sus principios básicos o sacramentos a la institución del matrimonio, por lo que adquiere el carácter indisoluble, que sólo se termina con la muerte de uno de los cónyuges.

Si bien el artículo 5° de la Constitución de 1979, al introducir la pluralidad matrimonial, admitió la posibilidad del restablecimiento del matrimonio religioso con efectos civiles, en concurrencia con el matrimonio civil y otras formas matrimoniales, el artículo 4° in fine, de la Constitución de 1993, al restablecer el principio tradicional del matrimonio

³⁵Zanabria y Carrera (2010) Derecho de Familia. Editorial de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. Pág. 26

único, ha consolidado el criterio aplicado por el Código Civil de 1984, de imponer el matrimonio civil como único válido para los peruanos, descartando la posibilidad de restablecer la vigencia del matrimonio canónico³⁶.

- **El Matrimonio como Contrato.-** Es una teoría que proviene del derecho antiguo, de Roma. El matrimonio se celebra en la misma forma que los contratos y genera afectos semejantes a ellos, por lo que, no obstante la mayor importancia que se le pueda reconocer, en esencia el matrimonio no es otra cosa que un contrato.

En efecto, para la celebración del matrimonio los contrayentes tienen que reunir los requisitos esenciales que se requieren para la celebración válida de cualquier contrato. De modo que, en los casos de ausencia de alguno de dichos requisitos o la presencia de vicios que interfieran la expresión libre del consentimiento; estaremos ante el mismo resultado, o sea la producción de los diferentes casos de nulidad y de anulabilidad.

En cuanto a los efectos, no se puede negar que a semejanza de los contratos, el matrimonio genera también obligaciones, como las que contraen recíprocamente los cónyuges, o aquellas en beneficio de los hijos, cuyo incumplimiento, en el caso de los casados, puede dar lugar a la disolución del matrimonio en forma semejante a la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de las obligaciones contraídas, que en el derecho de familia se denomina divorcio³⁷.

- **El Matrimonio como Institución.-** Como consecuencia de la celebración del matrimonio se constituye la sociedad conyugal que no es otra cosa que la familia, que no es una situación transitoria y fugaz, que se extingue, rápidamente con el cumplimiento de las obligaciones que contrajeron las partes, como ocurre en la mayoría de los contratos, sino un estado permanente que generalmente, con los hijos, sobrevive a la vigencia del mismo matrimonio. Desde dicho punto de vista, el matrimonio no puede equipararse a un contrato sino que es elevado a la categoría de una institución social y jurídica, que por tratarse de la familia, el Estado protege y regula de manera especial mediante un conjunto orgánico e indivisible de normas, que determinan los requisitos que deben reunir los que

³⁶ Ibídem. Pág. 28

³⁷ Ibídem.

quieran celebrarlo y sobre todo el régimen legal al que tienen que someterse durante el desenvolvimiento o la vigencia de la sociedad conyugal.

Según el citado régimen legal, los pretendientes son enteramente libres para otorgar su consentimiento y adhesión a dichas normas, pero una vez celebrado el matrimonio y constituida la familia, la voluntad de los contrayentes resulta impotente e incapaz para variar, modificar o concluir la relación matrimonial ad-libitum, ni aún en el supuesto en el que haya coincidencia plena de las voluntades de ambas partes, porque las normas que regulan el funcionamiento de la institución tienen la fuerza o el carácter de orden público³⁸.

- **El Matrimonio como Contrato - Institución.-** Finalmente, ha surgido un criterio ecléctico o mixto, que refiriéndose a las dos últimas teorías, el matrimonio como contrato y la que sostiene que es una institución, alegan que no son inconciliables, porque cada una contiene elementos de verdad, que pueden coordinarse y complementarse en una teoría única³⁹.

2.2.4. Efectos del matrimonio

Como consecuencia de la celebración del acto jurídico en qué consiste el matrimonio, se deriva un status que tiende a ser permanente, que se manifiesta en la constitución de la familia, que tiene todos los caracteres de una institución excepcional, por lo que es regulada y protegida de un modo muy especial, con normas que tienen la naturaleza de orden público. Regulación que según lo establecido por el artículo 233° del C.C. de 1984, tiene como finalidad contribuir a la consolidación y fortalecimiento de la familia, en armonía con los principios y normas proclamadas en la Constitución Política del Perú, que el Estado, protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la nación o como institutos naturales y fundamentales de la sociedad según el artículo 4 de la Constitución de 1993.

Constituida la familia como consecuencia de la celebración del matrimonio, que por cierto no es su única fuente generadora, porque también lo son las uniones de hecho, se

³⁸ Ibídem. Pág., 29

³⁹ Ibídem. Pág. 30

ponen de manifiesto y entran en actividad, una serie de múltiples relaciones o efectos, de los que son protagonistas los cónyuges y los hijos.

La variedad, multiplicidad y complejidad de tales relaciones hace difícil, o imposible, su regulación por la ley de manera detallada, porque tienen que ver con la vida íntima y cotidiana del núcleo familiar, por lo que el legislador ha tenido que limitarse a la fijación de principios y normas generales, dejando amplio espacio para el dominio de las decisiones de la autoridad de los padres que ahora, marido y mujer, tienen que compartir el gobierno familiar, como efecto de las modificaciones que en este campo ha introducido el Derecho Moderno en términos iguales⁴⁰.

La generalidad de las normas reguladoras de la familia no conspira en contra de su eficacia, porque han previsto los aspectos fundamentales de la organización de la misma y de su funcionamiento, por lo que, además de tener el carácter de orden público, resultan suficientes para hacer posible que el Estado cumpla el mandato constitucional de proteger la familia y que ésta se desenvuelva sin tropiezos hacia el cumplimiento de sus fines.

Del cúmulo de relaciones y efectos que se deriven del matrimonio, o que se producen y se desarrollan en el universo familiar, unas son de carácter personal, que tienen que ver con los cónyuges y los hijos. En tanto que otras son de indudable naturaleza patrimonial. De ahí que para su mejor regulación y estudio pueden ser ordenados precisamente en dos grupos:

- Relaciones de orden personal;
- Relaciones de carácter patrimonial.

2.2.5 Obligaciones recíprocas entre cónyuges

Los artículos 288° y 289°, del C.C. de 1984, reiteran o consagran las obligaciones, o deberes, por su naturaleza u origen evidentemente moral, que los cónyuges contraen como consecuencia del matrimonio, del cumplimiento recíproco; estableciendo el primero que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, y el segundo que es deber de ambos cónyuges de hacer vida común en el domicilio conyugal.

⁴⁰ Ibídem Pág. 55

De modo que las obligaciones reciprocas de los cónyuges se reducen o concretan en tres:

- El Deber de Fidelidad
- El Deber de Asistencia
- El Deber de hacer vida común.

El deber de fidelidad.

Dice Cornejo Chávez, que consagrada la monogamia como el sistema matrimonial en vigencia por todas las legislaciones civiles modernas, el primer deber u obligación, que tienen los cónyuges recíprocamente, es el de la fidelidad, no sólo en las relaciones sexuales, sino que también se extiende al comportamiento en general de los cónyuges.

El incumplimiento de este deber, o sea la infidelidad, se desdobra en dos formas según la gravedad. El primer caso se refiere a las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con tercera persona, y el segundo a cualquier otro supuesto de deslealtad conyugal.⁴¹

La forma más grave de la infidelidad conyugal, o sea el adulterio, invariablemente a través de la historia del Derecho de Familia, ha sido sancionada severamente, con mayor dureza la mujer, porque según los romanos el adulterio de ésta conlleva el riesgo de incorporar a la familia hijos de terceros, lo que no ocurre con el adulterio del varón. Pero modernamente tanto el adulterio de la mujer como del varón está vedado con la misma estrictez y sancionado por igual, por tratarse de una obligación recíproca, como lo prescribe, en el caso del Perú, el artículo 288° del C.C. de 1984.

El adulterio tiene incidencias tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Penal. Según lo primero se constituye en causal de separación de cuerpos y de divorcio absoluto, como lo establecen los artículos 333° y 349° del C.C. de 1984; y de acuerdo a lo segundo, daba lugar al correspondiente delito de adulterio, sancionado por el artículo 212° del Código Penal de 1924, aunque Emilio Valverde opina que por razones prácticas debiera ser abolido el delito de adulterio por resultar inaplicable, lo que se ha logrado con el nuevo Código Penal, de 1991.

Las otras modalidades de la infidelidad conyugal, diferentes a las relaciones sexuales, pueden presentarse en diferentes y múltiples formas de deslealtad conyugal, que podrían

⁴¹ Cornejo, Héctor, 1991, Derecho familiar peruano, Dos tomos, Octava edición. Lima: Studium.

dar lugar también a la disolución del matrimonio como causal de conducta deshonrosa previsto igualmente por los artículos 333° y 349° del C.C. de 1984.

El deber de asistencia⁴².

Como se explicó anteriormente, el matrimonio tiene dos fines fundamentales, uno - específico, que persigue la procreación y la educación de la prole, y otro individual, que es el auxilio mutuo entre los cónyuges, en una plena comunidad de vida.

Entonces, la función procreadora y la comunidad material y ostensible de vida no pueden, por si solas, constituir todo el contenido del matrimonio, sino únicamente uno de sus fines. También hay que tomar en cuenta con la misma consideración la otra finalidad del matrimonio, que se traduce en la necesidad de promover, crear y mantener una plena comunidad de vida entre los cónyuges, como resultado de un profundo sentimiento de comprensión y afecto mutuos.

De modo que el deber de asistencia significa que los cónyuges se deben ayuda y mutua cooperación, auxilio recíproco, y cuidados personales en caso de enfermedades, invalidez, en una verdadera comprensión y desinteresado amor. Tan importante es este deber que puede faltar el fin específico del matrimonio o sea la aptitud de los cónyuges, de capacidad, para contribuir en la perpetuación de la especie, pero no se concibe un matrimonio en el que falta el fin individual, de la asistencia recíproca.

Por esto el artículo 288° del C.C. de 1984, consagra el referido deber de asistencia.

El deber de hacer vida común.

La fidelidad no es suficiente para hacer posible el cumplimiento de los fines del matrimonio, y sobre todo, resultaría muy difícil o imposible, que los cónyuges cumplan las obligaciones contraídas con el matrimonio y que son necesarias para su desenvolvimiento, especialmente para alimentar y educar a los hijos, sin la plena comunidad de vida conyugal, o la cohabitación y vida en común del marido y la mujer.

Por esto, la ley nacional vigente, en su artículo 289°, prescribe que es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el hogar conyugal, añadiendo el artículo 290°, in fine, que a los dos cónyuges compete fijar y mudar el domicilio conyugal en tanto que por el

⁴²Zanabria y Carrera (2010) Derecho de Familia. Editorial de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. Pág. 96

artículo 36° se establece complementariamente que domicilio conyugal es aquél en el cual los cónyuges viven de consumo.⁴³

Ahora bien, si el deber de fidelidad es inflexible, en cuanto no permite excepción alguna, no sucede lo mismo con el deber de cohabitación, el que dada su naturaleza la ley permite excepciones, en función de las cuales se faculta al Juez competente para que autorice las excepciones del cumplimiento de la obligación de hacer vida común, en los casos siguientes:

Cuando se ponga en peligro la vida o la salud de cualquiera de los cónyuges; como podría ocurrir si uno de ellos priva al otro de lo necesario para subsistir o lo somete a maltratos o cuando uno de ellos contraiga enfermedad contagiosa, demencia mental y otros.

Si se pone en riesgo la dignidad o el honor de uno de los cónyuges, como cuando se impone a uno de ellos, especialmente la mujer, la presencia de una concubina, hijos extramatrimoniales, o de someterla al papel de subordinada de otras personas.

También puede cesar la obligación de hacer vida común si pone en peligro la actividad económica de cualquiera de los cónyuges, de la que dependa el sostenimiento de la familia.

2.2.6. El régimen patrimonial durante el matrimonio

Como consecuencia de la celebración del matrimonio civil, en el aspecto económico, se genera una serie de cuestiones y problemas, tales como los referentes a la situación de los bienes y obligaciones que constituyan el patrimonio de los cónyuges con anterioridad al matrimonio; a la naturaleza jurídica y destino de los bienes que los cónyuges adquieren durante la vigencia del matrimonio, conjuntamente o separado, a título oneroso o gratuito; a la forma y medios como los cónyuges quedan obligados por las cargas y las deudas sociales o las de cada uno de ellos; y en lo que respecta al destino final de los bienes y de las obligaciones al disolverse la sociedad conyugal.⁴⁴

Como se ha dicho, en la Doctrina y en el Derecho Comparado, se ha formulado y rigen diferentes sistemas patrimoniales, figurando entre los más importantes los siguientes:

- a) Del régimen de la comunidad universal de bienes y de deudas
- b) Del régimen de la separación de bienes y deudas
- c) De los sistemas mixtos.

⁴³Ibídem. Pág. 32

⁴⁴Cornejo, Héctor, 1991, Derecho familiar peruano, Dos tomos, Octava edición. Lima: Studium, pág. 98

LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Elegido el régimen de la sociedad de gananciales, por decisión expresa o tácita de los cónyuges, el artículo 301° reitera la característica esencial de dicho sistema que en el seno de la comunidad puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad; fórmula que presenta el mismo problema de interpretación que el artículo 176° del C.C. de 1936, que no hace referencia a las deudas, de modo que debe entenderse, igualmente, que se refiere a patrimonios propios de cada cónyuge y al patrimonio común o de la sociedad.

En lo que respecta a la sociedad de gananciales hay que distinguir varias cuestiones, que deben estudiarse por separado, que entre las más importantes figuran las siguientes⁴⁵:

a) De la calificación de los bienes propios y los comunes; b) Facultades de los cónyuges, en bienes propios y los comunes; c) De las cargas y responsabilidades propias y de la sociedad; d) De la disolución de la sociedad de gananciales; y e) De la contratación entre cónyuges.

a) Los bienes propios

Corresponde la calificación y enumeración de los bienes propios de cada cónyuge al artículo 302° del C.C. de 1984, que en sus primeros cuatro incisos reproduce los casos que comprendía el artículo 177° del C.C. de 1936 con las modificaciones, que corresponde ahora a la vigencia de dos regímenes patrimoniales que son los siguientes:

Inciso 1°. Lo que aporte cada cónyuge al iniciarse el régimen de sociedades de gananciales.

Inciso 2. Lo que adquiera el cónyuge durante la vigencia de dicho régimen, de la sociedad de gananciales, a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla.

Inciso 3. Los que adquiere durante la vigencia del régimen a título gratuito.

Inciso 4. La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad. Se funda esta calificación en que la actividad o fuerza productora de uno de los cónyuges, cómo de todo ser humano, forma parte inseparable de su propia personalidad, como uno de sus atributos por lo que no podría transferirse a favor de la sociedad, por lo que resulta lógico

⁴⁵Zanabria y Carrera (2010) Derecho de Familia. Editorial de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. Pág. 106

que en los casos de menoscabo o pérdida de dicha capacidad de trabajo, las indemnizaciones que tengan que pagarse por tales causas tengan también la calidad de bienes propios.

b) Los bienes sociales

A iniciativa del ponente del Libro de Familia, doctor Héctor Cornejo Chávez, en lo que refiere a la determinación de los bienes de la sociedad, el C.C. de 1984 ha modificado el criterio adoptado por el artículo 184°, del C.C. de 1936, de hacer una prolija enumeración de los bienes comunes, que podía dar lugar a omisiones y exageraciones para sustituirlo por una solución más simple y comprensiva, al disponer: que por una solución más simple son sociales todos los bienes no comprendidos en la enumeración que de los bienes propios que hace el artículo 302°, que por tal razón deviene en taxativa.⁴⁶

En efecto, el artículo 310°, del C.C. de 1984, establece que son sociales todos los bienes no comprendidos en el artículo 302°. A continuación, evidentemente con el propósito de evitar confusiones, el mismo artículo aclara que entre los bienes comunes se encuentran también los siguientes:

- Los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo
- Los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad
- Las rentas de los derechos de autor e inventor. En tanto que estos derechos son bienes propios según lo establecido por el inciso 5° del artículo 302 del C.C. de 1984.
- Los edificios construidos a costa del caudal común en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso. Última parte que no consigna el artículo 184; inciso 5° del C.C. de 1936 que se refería a la misma clase de bienes sociales, pero sin precisar la forma como debía determinarse el monto del reembolso que la sociedad debía hacer al cónyuge propietario del terreno, con lo que se ha llenado un vacío, evitándose los conflictos que se producían bajo la vigencia del C.C. de 1936.

⁴⁶Cornejo, Héctor, 1991, Derecho familiar peruano, Dos tomos, Octava edición. Lima: Studium, pág. 108

c) De las facultades de los cónyuges sobre los bienes comunes

Como se explicó en su oportunidad, que como consecuencia de la nivelación absoluta de derechos y obligaciones entre el varón y la mujer que consagra el artículo 2, inciso 2, de la Constitución de 1979 y de 1993, el C.C. de 1984, comenzando por el artículo 234° que en su segunda parte reitera que el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales, ha tenido que introducir modificaciones radicales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges durante el matrimonio, que han acarreado la desactivación del sistema anterior que se caracterizaba por el predominio del marido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición de los bienes comunes. El predominio del marido se sintetizaba en el artículo 188° del C.C. de 1936, que él es el administrador de los bienes comunes, y, que además puede disponer de ellos a título oneroso, para ser sustituido por otro que organiza el C.C. de 1984, que se caracteriza por el principio contrario, el de la igualdad del marido y la mujer, tanto en la administración como en disposición de los bienes sociales.⁴⁷

En efecto, en lo que refiere a la facultad de administración, el artículo 313° del C.C. de 1984 consagra el principio que corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social.

Como no hay razón para que uno de los cónyuges no sea parte de la administración común y que ceda sus atribuciones a favor del otro, o para facilitarla, en su segunda parte, para el citado artículo se permite que cualquiera de ellos pueda facultar para que asuma dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes. Esta fórmula ha sido criticada desfavorablemente por el doctor Héctor Cornejo Chávez, por su carácter genérico, introducido por la comisión revisora en sustitución de la redacción original del proyecto: "Que cualquiera de los cónyuges puede dar poder al otro para que asuma exclusivamente la administración...", que indudablemente tiene mayor utilidad práctica y da la seguridad que se ha venido reclamando, que la cesión de la administración conste de manera cierta. En este caso, según el artículo 306°, el cónyuge administrador queda limitado a los actos de mera administración y está obligado a devolver los bienes en cualquier momento a solicitud del cónyuge propietario.

⁴⁷Zanabria y Carrera (2010) Derecho de Familia. Editorial de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. Pág. 121

Por la tercera parte del artículo 313° se ha llenado el vacío que presentaba el C.C. de 1936, de no haber previsto el daño que el administrador común, entonces el marido, con sus arbitrariedades pudiera ocasionar al otro; disponiendo que indemnizará al otro los daños y perjuicios que sufra éste, como consecuencia de actos dolosos o culposos.⁴⁸

d) De las deudas y responsabilidades propias y de la sociedad.

Como se explicó en su momento, y lo establece claramente el artículo 295°, según el sistema vigente, los contrayentes con motivo de su matrimonio pueden optar libremente por el régimen de la sociedad de gananciales o por el de la separación de patrimonios, y si el artículo 301° prescribe que en el primero de ellos puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad, ha de entenderse como patrimonios propios de cada uno y patrimonio común de la sociedad.

Ahora bien, si el patrimonio está integrado tanto por bienes como por obligaciones o deudas, dentro del matrimonio, según el régimen que se haya elegido, puede decirse que en el supuesto de haberse optado por la sociedad de gananciales tiene que haber tanto bienes y obligaciones propias de cada cónyuge como de bienes y obligaciones comunes a de la sociedad, y en el caso que rija el régimen de la separación de patrimonios cada cónyuge tiene que contar con sus respectivos bienes y obligaciones propias⁴⁹

DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

Respecto al régimen patrimonial materia de esta lección hay que considerar varias cuestiones, tales como la referente a su constitución, las facultades que corresponde ejercer a los cónyuges, la obligación alimentaria para con los hijos, y la terminación del régimen.

a) Constitución del Régimen de Separación de Patrimonios

Como se ha explicado en su oportunidad, el C.C. de 1984, ha recepcionado una versión morigerada de las capitulaciones matrimoniales, en virtud de la cual se otorga a los pretendientes la facultad de elegir el régimen patrimonial que consideren más

⁴⁸Zanabria y Carrera (2010) Derecho de Familia. Editorial de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. Pág. 122

⁴⁹Ibídem. Pág.124

conveniente para su matrimonio, pero que dicha elección sólo puede hacerse entre dos regímenes patrimoniales, que son el de la sociedad de gananciales y el de la separación de patrimonios, con la característica que la elección puede ser variada ilimitadamente durante la vigencia del matrimonio por la libre voluntad de los cónyuges o por declaración judicial.⁵⁰

Según el artículo 339°, como consecuencia de la declaración judicial de quiebra se produce de pleno derecho la sustitución del régimen de la sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios con la consiguiente inscripción en el registro personal para que produzca efecto frente a terceros.

b) Las facultades que corresponden a los cónyuges

Separados los patrimonios de los cónyuges, como cualquier propietario en particular, cada uno de ellos administra y dispone de sus bienes libremente, sin interferencias del otro. Así lo consagra expresamente el artículo 327°, al disponer que en el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes.⁵¹

c) La obligación alimentaria respecto a los hijos

Si bien el Capítulo Tercero, del Título de la Sección Segunda, del libro de Familia, destinado a la regulación de la separación de patrimonios, no se establece expresamente como deudas de patrimonio personal de los cónyuges las correspondientes al sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes, como se establece expresamente mediante el artículo 316° del capítulo segundo referente a la sociedad de gananciales, no tienen por qué dudarse de la vigencia de dicha obligación natural, que recae tanto sobre padres matrimoniales como de extramatrimoniales, respondiendo para su cumplimiento con sus bienes propios.⁵²

⁵⁰ Ibídem. Pág.134

⁵¹ Ibídem. Pág.136

⁵² Ibídem. Pág.136

d) Terminación del Régimen de Separación de Patrimonios

Estando a lo prescrito por el artículo 331°, en concordancia con el artículo 318°, el régimen de separación de patrimonios fenece en los casos siguientes:

- a) Por invalidación del matrimonio.
- b) Por divorcio.
- c) Por muerte de uno de los cónyuges.
- d) Por cambios de régimen patrimonial.

2.2.7 El matrimonio homosexual

El matrimonio entre personas del mismo sexo (también llamado matrimonio homosexual o matrimonio gay) es el reconocimiento social, cultural y jurídico que regula la relación y convivencia de dos personas del mismo sexo, con iguales requisitos y efectos que los existentes para los matrimonios entre personas de distinto sexo.

El matrimonio entre personas del mismo sexo —en los países en que se ha aprobado hasta ahora— se ha establecido legalmente mediante la extensión de la institución ya existente del matrimonio a aquellos formados por personas del mismo sexo. Se mantienen la naturaleza, los requisitos y los efectos que el ordenamiento jurídico venía reconociendo previamente a los matrimonios.

Se tiene constancia y documentación de las prácticas homosexuales desde los mismos albores de la humanidad, prácticamente en todas las épocas y las civilizaciones, con diferentes grados de reconocimiento social. La extensión jurídica del matrimonio forma parte de una tendencia general de reconocimiento de la homosexualidad en las sociedades occidentales posmodernas.

En el lado procesal, tenemos el Código Procesal Constitucional, en el Título III, Proceso de amparo; Capítulo I, Derechos protegidos; artículo 37 sumillado Derechos protegidos, donde al tratar sobre la procedencia del amparo declara que procede:

- 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole⁵³.

⁵³Ministerio de Justicia. Sistema Peruano de Información Jurídica. Código Procesal Constitucional.

2.2.8 La unión civil

a) Definición de la unión civil

La unión civil es uno de los varios términos (en México existen, desde el 9 de noviembre del 2006, las denominadas sociedades de convivencia, concepto que se aplica no sólo a parejas hombre-hombre y mujer-mujer, sino a cualquier otro par de personas que, por razones incluso no relacionadas con su preferencia sexual, viven juntas) usados para un estado civil similar al matrimonio, creados sobre todo para permitir el acceso de las parejas homosexuales a las ventajas de las que gozan los matrimonios heterosexuales. En algunos lugares se dispone también de uniones civiles para los heterosexuales que no desean formalizar su relación en un matrimonio.

Estas uniones homosexuales reciben el nombre legal de unión libre. Llegan a ser, en algunos estados, idénticas al matrimonio, del que sólo se diferencian en el nombre. Las uniones civiles están reguladas en Dinamarca, Israel, Islandia, Hungría, Francia, Finlandia, Alemania, Portugal, Croacia, Luxemburgo, Reino Unido, Andorra, Nueva Zelandia, República Checa, Colombia, en algunos estados de Estados Unidos (Hawái, California, Vermont, Distrito de Columbia, Maine, Nueva Jersey y Connecticut), en algunas regiones de Italia (Campania, Emilia-Romaña, Toscana, Umbría, Abruzzos, Lacio, Liguria, Apulia y Véneto), en partes de Suiza (ciudad y región de Zúrich), en parte de Australia (estado de Tasmania), en parte de México (Ciudad de México y el estado de Coahuila) y en parte de Brasil (estado de Río Grande do Sul).

b) El reconocimiento civil de las uniones de las parejas homosexuales

Matrimonios por juicio de amparo.- Algunas parejas mexicanas han optado por acceder al matrimonio mediante juicio de amparo. En estos casos se argumenta que ha habido discriminación por parte de las autoridades del Registro Civil en los estados donde radican. Las resoluciones han sido favorables puesto que en México la discriminación por cualquier causa está tipificada como delito en los códigos civiles de cada entidad federativa. Hasta 2013, por esta vía han podido acceder al matrimonio dos parejas en el estado de Oaxaca,⁵⁴ una en Colima, una en Yucatán. En Jalisco se realizó el primer matrimonio igualitario entre dos mujeres obtenido bajo juicio de amparo el 8 de

⁵⁴ Matrimonios por juicio de amparo. Recuperado el 4 de octubre del 2014 de: <http://matrimonio.blogspot.com/2014/10/tipos-de-matrimonio.html>

diciembre de 2013 y están pendientes 10 demandas más de parejas jaliscienses que interpusieron juicios de amparo el 21 de marzo de 2014 que seguramente obtendrán resultado favorable. En Guanajuato también se ganó la demanda bajo juicio de amparo para una pareja de mujeres y están pendientes varias demandas más

2.2.8 Reconocimiento civil de las uniones de las parejas homosexuales en el Perú

Proyectos de ley presentados en el Perú hasta el 2014

a) Proyecto de ley del año 1993

Presentado por Julio Castro Gómez, ex decano del colegio Médico, en 1993, cuando era miembro (por el Movimiento Democrático de Izquierda), del Congreso Constituyente Democrático. Donde propone que a través de la modificación de la Constitución el Estado garantice la unión homosexual, a la que se reconocerían derechos similares a los emanados del matrimonio. El texto del artículo constitucional propuesto establece que "el Estado garantizará la protección del derecho que tiene la persona a decidir su opción sexual, así como la posibilidad, sin exclusión, de formar pareja".

b) Proyecto de ley del año 2003

Presentado por Martha Moyano Delgado Proyecto de ley N° 9317-Proyecto de ley que establece las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, donde se propone la unión civil conformada libremente por personas del mismo sexo, donde los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los conyugues excepto a lo referido a la adopción de los menores de edad.

c) Proyecto de ley del año 2010

Presentado por José Augusto Vargas Fernández, Proyecto de Ley N° 4181, Proyecto de ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo, donde se regula la noción de la unión civil, la inscripción de las uniones civiles, los derechos como los impedimentos para esta y su disolución.

d) Proyecto de ley del año 2009-2012

Presentado por Carlos Bruce, este proyecto fue presentado por primera vez en el año 2009, bajo el N°3814/2009-CR, rectificado en el año 2010 bajo el N° 4176/2010-CR, rectificándolo en el año 2011 bajo el número N° 108/2011-CR y finalmente rectificándolo en el año 2012 donde no mencionan una unión homosexual, solo la constitución de un patrimonio autónomo llamado patrimonio compartido.

e) Proyecto de ley del año 2013

Presentado por Julio Rosas Huaranga, del partido Fuerza Popular. Proyecto de Ley N ° 2801/2013-CR, Ley de atención mutua; cuyo fin es la protección de la institución del matrimonio exclusivamente de las personas heterosexuales, pues la familia heterosexual y monogámica es la célula básica de la sociedad y cumple funciones insustituibles para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros y la convivencia en comunidad, además señala que es un acuerdo de voluntades entre dos personas con la finalidad de establecer y reconocer derechos patrimoniales.

f) Proyecto de ley del año 2013

Presentado por Carlos Bruce el día 12-09-2014, Ley N 2647/2013-CR, dicha propuesta está dirigida a crear una figura jurídica para parejas del mismo sexo, planteando un nuevo estado civil denominado compañero civil. En este proyecto también se les reconoce los derechos de carácter personal que derivan de la creación de una sociedad de gananciales, seguro social, entre otras.

g) Proyecto de ley del año 2014

Presentado por Martha Chávez de Fuerza Popular que propone un Régimen de Sociedad Solidaria donde se le reconoce como un acuerdo voluntario entre dos personas mayores de edad que hacen vida en común, con el objeto de asistirse y apoyarse, el que origina derechos patrimoniales. Este proyecto no tiene como objetivo el alterar en modo alguno el estado civil ni de parentesco de sus integrantes por tanto el reconocimiento sería netamente patrimonial.

Cuadros comparativos respecto a los proyectos de ley más relevantes

1. SEGÚN EL OBJETO DE LA LEY.

PROYECTOS DE LEY	Proyecto de ley N°1393/2012-CR, Ley del Patrimonio compartido	Proyecto de ley N°2647/2013-CR, Ley que establece La unión civil no Matrimonial para personas del mismo sexo	Proyecto de ley N°2801/2013-CR, Ley de atención mutua	Proyecto de ley N°3273/2013-CR, Ley de régimen de sociedad de solidaridad
	Presentado por Carlos Bruce el 08 de agosto del 2012.	Presentado por Carlos Bruce el 12 de setiembre del 2013 Carlos Bruce	Presentado por Julio Pablo Rosas Huaranga el 21 de Octubre del 2013	Presentado por Martha Chávez el 14 de Marzo del 2014
OBJETO DE LA LEY – FIN	Regulación del patrimonio autónomo llamado patrimonio compartido. La constitución del P.C. se efectúa mediante la expresión de voluntad de personas naturales plasmadas en un contrato de P.C.	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.	Acuerdo de voluntades entre dos personas con la finalidad de establecer y reconocer derechos patrimoniales, sean estos de carácter pensionario o hereditarios y otros.	Acuerdo voluntario entre dos personas mayores de edad que hacen vida en común con el objeto de asistirse, apoyarse y que origina derechos patrimoniales y otros que esta ley señala.

2. SEGÚN LOS PARTICIPANTES

PROYECTOS DE LEY	Proyecto de ley N°1393/2012-CR, Ley del Patrimonio compartido Presentado por Carlos Bruce el 08 de agosto del 2012.	Proyecto de ley N°2647/2013-CR, Ley que establece La unión civil no Matrimonial para personas del mismo sexo Presentado por Carlos Bruce el 12 de setiembre del 2013 Carlos Bruce	Proyecto de ley N°2801/2013-CR, Ley de atención mutua Presentado por Julio Pablo Rosas Huaranga el 21 de Octubre del 2013	Proyecto de ley N°3273/2013-CR, Ley de régimen de sociedad de solidaridad Presentado por Martha Chávez el 14 de Marzo del 2014
SEGÚN LOS PARTICIPANTES	Personas naturales Llamados Contratantes patrimoniales	2 personas del mismo sexo llamados Compañeros civiles	“ 2 personas”	2 personas mayores de edad

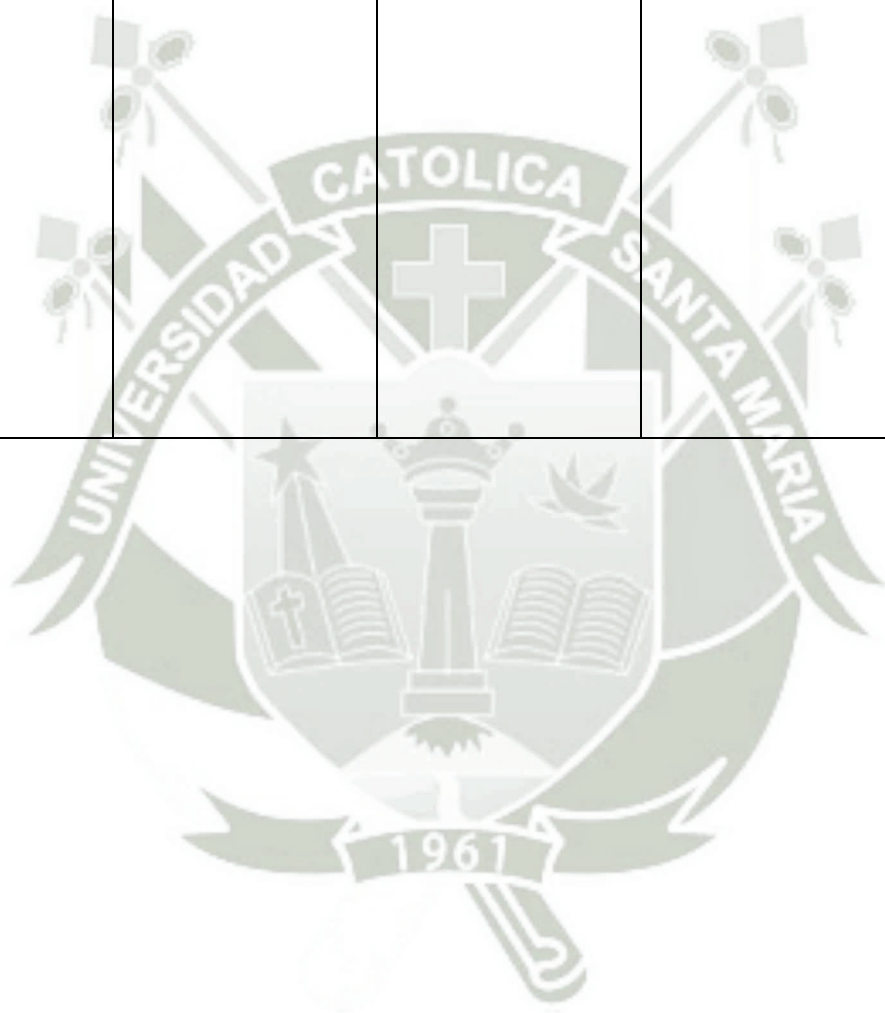
3. RECONOCIMIENTO LEGAL.

PROYECTOS DE LEY	Proyecto de ley N°1393/2012-CR, Ley del Patrimonio compartido Presentado por Carlos Bruce el 08 de agosto del 2012.	Proyecto de ley N°2647/2013-CR, Ley que establece La unión civil no Matrimonial para personas del mismo sexo Presentado por Carlos Bruce el 12 de setiembre del 2013 Carlos Bruce	Proyecto de ley N°2801/2013-CR, Ley de atención mutua Presentado por Julio Pablo Rosas Huaranga el 21 de Octubre del 2013	Proyecto de ley N°3273/2013-CR, Ley de régimen de sociedad de solidaridad Presentado por Martha Chávez el 14 de Marzo del 2014
DONDE SE REGISTRA y POR MEDIO DE QUE	Registro Personal de los RRPP de cada contratante- Por Escritura Pública	Registro Civil – declaración de unión civil no matrimonial	Registro Personal de los RRPP -Por Escritura Pública	Registro Personal de los RRPP -Por Escritura Pública

4. BIENES AFECTOS

PROYECTO DE LEY	Proyecto de ley N°1393/2012-CR, Ley del Patrimonio compartido Presentado por Carlos Bruce el 08 de agosto del 2012.	Proyecto de ley N°2647/2013-CR, Ley que establece La unión civil no Matrimonial para personas del mismo sexo Presentado por Carlos Bruce el 12 de setiembre del 2013 Carlos Bruce	Proyecto de ley N°2801/2013-CR, Ley de atención mutua Presentado por Julio Pablo Rosas Huaranga el 21 de Octubre del 2013	Proyecto de ley N°3273/2013-CR, Ley de régimen de sociedad de solidaridad Presentado por Martha Chávez el 14 de Marzo del 2014
BIENES AFECTOS	Los bienes siguientes respecto de los cuales los contratantes patrimoniales tengan un derecho o interés común: Bienes, rentas, frutos y productos de bienes adquiridos a título oneroso con posterioridad de la celebración del contrato y rentas, frutos y productos de bienes	<u>Conformación de una sociedad de gananciales</u> <u>Art 310 C.C.</u> Los no comprendidos en el artículo 302, los que se obtengan por trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor, los	Los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la atención mutua(se consideraran bienes mancomunados) siempre que haya transcurrido 2 años de la inscripción registral	Los bienes muebles e inmuebles que adquiera cualquiera de sus integrantes a título oneroso a partir de la inscripción de la Sociedad-.

	adquiridos a título gratuito con posterioridad de la celebración del contrato	edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los compañeros civiles.		
--	---	---	--	--



5. BIENES INAFECTOS

PROYECTO DE LEY	Proyecto de ley N°1393/2012-CR, Ley del Patrimonio compartido Presentado por Carlos Bruce el 08 de agosto del 2012.	Proyecto de ley N°2647/2013-CR, Ley que establece La unión civil no Matrimonial para personas del mismo sexo Presentado por Carlos Bruce el 12 de setiembre del 2013 Carlos Bruce	Proyecto de ley N°2801/2013-CR, Ley de atención mutua Presentado por Julio Pablo Rosas Huaranga el 21 de Octubre del 2013	Proyecto de ley N°3273/2013-CR, Ley de régimen de sociedad de solidaridad Presentado por Martha Chávez el 14 de Marzo del 2014
BIENES INAFECTOS	Bienes a títulos onerosos con anterioridad a la celebración, bienes a títulos gratuitos, indemnizaciones por accidentes o por seguros de vida, derechos de autor, rentas vitalicias, los objetos de uso personal.	<u>Artº 302 C.C.</u> Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales, Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla, Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito, La indemnización por accidentes o por seguros de vida, Los	Bienes muebles u objetos de uso personal.	<u>Artº 302 C.C.</u> Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales, Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla, Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito, La

		derechos de autor e inventor, Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio, La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio, Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia		indemnización por accidentes o por seguros de vida, Los derechos de autor e inventor, Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio, La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio, Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas,
--	--	---	--	---

				condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.
--	--	--	--	---



6. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES

PROYECTO DE LEY	Proyecto de ley N°1393/2012-CR, Ley del Patrimonio compartido Presentado por Carlos Bruce el 08 de agosto del 2012.	Proyecto de ley N°2647/2013-CR, Ley que establece La unión civil no Matrimonial para personas del mismo sexo Presentado por Carlos Bruce el 12 de setiembre del 2013 Carlos Bruce	Proyecto de ley N°2801/2013-CR, Ley de atención mutua Presentado por Julio Pablo Rosas Huaranga el 21 de Octubre del 2013	Proyecto de ley N°3273/2013-CR, Ley de régimen de sociedad de solidaridad Presentado por Martha Chávez el 14 de Marzo del 2014
ADMINISTRACION DE LOS BIENES	Corresponde a los contratantes patrimoniales pudiendo cualquiera de ellos otorgar poder al otro para el ejercicio individual de la administración. El contratante patrimonial que ejerza de manera individual la administración indemnizara a los otros en caso de daños y perjuicios que se generan por	Artículo 313 C.C. Corresponde a ambos compañeros civiles la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso quien sea el	No figura	La administración de los bienes de la sociedad solidaria es ejercida por ambos integrantes. No obstante, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso, quien ejerce la administración,

	actos dolosos o culposos. La disposición de los bienes inmuebles y bienes muebles que se rigen por la ley de la Garantía Mobiliaria se requerirá la intervención conjunta de todos los contratantes. Los bienes muebles pueden ser afectos por cualquiera de ellos. Para adquirir contratos de crédito deberán intervenir todos los contratantes.	administrador indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos <u>Art10°celebracion de contratos</u> Las personas que conforman la unión civil pueden celebrar contratos que regulen sus relaciones personales y efectos patrimoniales derivados de la convivencia, siempre que el objeto de los contratos no sea contrario a la ley ,el orden público ni las buenas costumbres		indemnizara al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos. -Cada uno de los integrantes conserva la libre administración y disposición de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos. -Para disponer o gravar los bienes de la Sociedad se requiere la intervención de ambos integrantes, salvo poder especial otorgado para tal efecto, de acuerdo a las formalidades legales respectivas.
--	--	--	--	--

7. DERECHOS OBTENIDOS AL APROBAR LA LEY

PROYECTO DE LEY	Proyecto de ley N°1393/2012-CR, Ley del Patrimonio compartido	Proyecto de ley N°2647/2013-CR, Ley que establece La unión civil no Matrimonial para personas del mismo sexo	Proyecto de ley N°2801/2013-CR, Ley de atención mutua	Proyecto de ley N°3273/2013-CR, Ley de régimen de sociedad de solidaridad
	Presentado por Carlos Bruce el 08 de agosto del 2012.	Presentado por Carlos Bruce el 12 de setiembre del 2013	Presentado por Julio Pablo Rosas Huaranga el 21 de Octubre del 2013	Presentado por Martha Chávez el 14 de Marzo del 2014
DERECHOS OBTENIDOS AL APROBAR LA LEY	No genera derechos	-Formar una sociedad de gananciales. -Los compañeros civiles recibirán el tratamiento y tendrán los mismos derechos que un pariente en 1 grado. - derecho a visitas a hospitales, centros médicos y a cualquier establecimiento de salud. -Derecho a tomar decisiones para el inicio de	Derechos sucesorios al cumplir los dos años, como mínimo, de su inscripción registral. En caso de muerte sin testamento de uno de los acordantes, podrá heredar el otro, siempre y cuando no existan herederos legales. -Derechos pensionarios al cumplir los dos años, como mínimo, de su inscripción registral. - Derecho a decidir para el inicio de tratamiento quirúrgicos de emergencia de uno	Derechos sucesorios : respecto de sus miembros in parentesco consanguíneo o por afinidad, derechos y deberes sucesorios similares a los de la unión de hecho, siempre y cuando hayan transcurrido por lo menos dos años desde la inscripción de la sociedad. Tienen derecho a : Tercio de libre disposición, a la libre disposición de la

		tratamientos quirúrgicos de emergencia(en caso que el otro integrante no pueda expresar su voluntad) -Derecho a la vista íntima en centros penitenciarios. -Derecho a recibir Alimentos (Artº 472 C.C.) -Derecho de habitación, vitalicio y gratuito, sobre la casa en que existió el hogar doméstico en caso del fallecimiento de uno de los integrantes de la unión civil (Artº 731 y 732 del C.C.) - Derecho a adquirir la nacionalidad peruana en caso de ser extranjero a los 2 años de haber celebrado la unión civil. - Derecho a la seguridad social (encaso uno de los	de los acordantes, si se encontrase grave y solamente a falta de familiares directos o personas designadas por ley. - Cualquiera de los acordantes podrá inscribir a otro como beneficiario de cobertura de seguridad social. El acordante sobreviviente podrá acceder al 50% de aportaciones del asegurado como pensión de sobrevivencia, siempre y cuando no concurren ascendientes o descendientes del fallecido.	totalidad de los bienes, a la Legítima del cónyuge, al Derecho de habitación vitalicia del cónyuge supérstite, Derecho de usufructo del cónyuge supérstite y los derechos de Sucesión del Cónyuge (Concurrencia del cónyuge con descendientes, opción usufructuaria del cónyuge, Concurrencia del cónyuge con ascendientes, Sucesión exclusiva del cónyuge) Artº 725,727,730,731,732,8 22,823,824,825 del CC los que se aplicaran en términos en que se aplicarían al integrante sobreviviente de la unión de hecho. En caso en que existiría parentesco consanguíneo o por afinidad entre los integrantes de la sociedad solidaria que les diera la condición
--	--	---	---	---

		integrantes no tuviera cobertura de seguridad social) el poder ser inscrito como beneficiario de su compañero civil para que goce de los beneficios a los que el titular tenga derecho. (El acceso a atención de salud de la pareja en ESSALUD y EPS, cobertura de seguros, pensión de invalidez de ESSALUD, pensiones de sobrevivencia en AFP, régimen mancomunado de jubilación en ONP y pensión de viudez en la ONP. -Derecho a nuevo DNI donde figure su estado civil de integrante de una unión civil no matrimonial. - Derecho de protección contra la violencia familiar y	de herederos forzosos y concurrieran con otros herederos forzosos, su legítima queda incrementada al doble de lo que legalmente le corresponde como heredero forzoso, <u>-Derechos pensionarios</u> el integrante supérstite hereda el derecho a percibir la pensión y demás beneficios de sobrevivientes en la proporción que fija la ley para los cónyuges e integrantes de una unión de hecho, que hubiera generado el integrante fallecido, cualquiera sea el régimen pensionario, público o privado, siempre que el fallecimiento se produzca cumplidos al menos 5 años de inscrita la sociedad y que el supérstite no sea beneficiario de pensión por su propio derecho.
--	--	--	---

		otros beneficios de promoción social que pueda brindar el estado como programas de acceso a la vivienda		
--	--	--	--	--



8. IMPEDIMENTOS

PROYECTO DE LEY	Proyecto de ley N°1393/2012-CR, Ley del Patrimonio compartido	Proyecto de ley N°2647/2013-CR, Ley que establece La unión civil no Matrimonial para personas del mismo sexo	Proyecto de ley N°2801/2013-CR, Ley de atención mutua	Proyecto de ley N°3273/2013-CR, Ley de régimen de sociedad de solidaridad
	Presentado por Carlos Bruce el 08 de agosto del 2012.	Presentado por Carlos Bruce el 12 de setiembre del 2013 Carlos Bruce	Presentado por Julio Pablo Rosas Huaranga el 21 de Octubre del 2013	Presentado por Martha Chávez el 14 de Marzo del 2014
IMPEDIMENTOS	Personas que no pueden celebrar Contratos de patrimonio compartido : -Los niños , niñas y adolescentes - Los incapaces cuya interdicción ha sido judicialmente declarada. -Los cónyuges. -Quienes viven en la unión de hecho regulada por el artº 326 del C.C. -Las personas sometidas a procedimiento	No pueden constituir una unión civil: -Los menores de edad. -Los consanguíneos en línea recta y/o en línea colateral hasta el segundo grado. -Los afines en línea recta y/o en el segundo grado de la línea colateral. - El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas rectas y/o colaterales dentro de los grados señalados en los incisos b y c	No figura	No pueden constituir un sociedad solidaria: -Los menores de edad - Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lucidos. -Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. .Los incapaces. -Los casados -Los integrantes de una unión de hecho, conforme al artículo

	concursal ordinario, en trámite o concluido. -Quienes tengan celebrado un contrato de patrimonio compartid	para la consanguinidad y la afinidad. -El condenado o el procesado como participe en el homicidio doloso de una persona que conforma una unión civil no matrimonial, matrimonio o unión de hecho, con el sobreviviente. -Los que se encuentren unidos en matrimonio o unión de hecho, mientras subsista. - Los que deseen establecer una segunda unión civil no matrimonial mientras subsista una primera no disuelta. -Los declarados incapaces.	326 del Código Civil. -El curador con el incapaz, durante el ejercicio del cargo, ni antes que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración. - Aquel que teniendo hijos bajo su patria potestad, no acredite haber hecho inventario judicial, con intervención del Ministerio Público, de los bienes que este administrando pertenecientes a sus hijos o sin que preceda declaración jurada que no tiene hijos bajo su patria potestad o que estos no tienen bienes.
--	--	--	---

9. RESOLUCION O DISOLUCION

PROYECTO DE LEY	Proyecto de ley N°1393/2012-CR, Ley del Patrimonio compartido Presentado por Carlos Bruce el 08 de agosto del 2012.	Proyecto de ley N°2647/2013-CR, Ley que establece La unión civil no Matrimonial para personas del mismo sexo Presentado por Carlos Bruce el 12 de setiembre del 2013 Carlos Bruce	Proyecto de ley N°2801/2013-CR, Ley de atención mutua Presentado por Julio Pablo Rosas Huaranga el 21 de Octubre del 2013	Proyecto de ley N°3273/2013-CR, Ley de régimen de sociedad de solidaridad Presentado por Martha Chávez el 14 de Marzo del 2014
RESOLUCION O DISOLUCION	El contrato de patrimonio compartido se resuelve por: - Acuerdo de los contratantes patrimoniales elevado a escritura pública. - Voluntad de cualquiera de los contratantes patrimoniales expresada de acuerdo con las estipulaciones pertinentes del	La unión civil no matrimonial queda disuelta por: -El mutuo acuerdo. -La muerte de uno de los integrantes de la unión civil. -La violencia física o psicológica, que el juez apreciara según las circunstancias. -El atentado contra la vida del compañero. .La injuria grave, que haga	Queda disuelta la atención mutua: -Por acuerdo mutuo de las partes, la misma que debe constar por escritura pública y registrarse en los Registros Públicos. -Por el Matrimonio convivencia registrada de uno de estos. -Por declaración judicial de cese de “atención mutua” a	La sociedad solidaria termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral de cualquiera de sus integrantes expresada con la formalidad y plazos que establece la ley. En el caso que la sociedad se disuelva por razones imputables exclusivamente a

	contrato de patrimonio compartido. - Matrimonio de cualquiera de los contratantes patrimoniales. - Fallecimiento o declaración jurada de muerte presunta de cualquiera de los contratantes patrimoniales. -Sentencia judicial o laudo arbitral de haber sido estipulado este procedimiento en el contrato de patrimonio compartido. La resolución de este contrato opera desde la fecha de su inscripción en el Registro Personal	insostenible la vida en común, que el juez apreciara según las circunstancias. -El abandono injustificado del hogar por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda este plazo. -La conducta que haga insostenible la vida en común, que el juez apreciara según las circunstancias. - La condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración de la Unión civil no matrimonial. -La imposibilidad de hacer vida en común,	petición de cualquiera que tenga intereses sucesorios. -Por declaración de nulidad, conforme a las normas establecidas en el código civil.	uno de sus integrantes, el que se considere agraviado puede recurrir al juez solicitando se le conceda una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además que le correspondan por la disolución de la sociedad solidaria.
--	--	--	--	---

		debidamente probada en proceso judicial. - La separación de hecho de los integrantes de la unión civil durante un periodo ininterrumpido de dos años. -La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración de la unión civil no matrimonial.		
--	--	---	--	--

10. RAZONES PARA EL PROMULGAMIENTO DE LOS PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY	Proyecto de ley N°1393/2012-CR, Ley del Patrimonio compartido Presentado por Carlos Bruce el 08 de agosto del 2012.	Proyecto de ley N°2647/2013-CR, Ley que establece La unión civil no Matrimonial para personas del mismo sexo Presentado por Carlos Bruce el 12 de setiembre del 2013 Carlos Bruce	Proyecto de ley N°2801/2013-CR, Ley de atención mutua Presentado por Julio Pablo Rosas Huaranga el 21 de Octubre del 2013	Proyecto de ley N°3273/2013-CR, Ley de régimen de sociedad de solidaridad Presentado por Martha Chávez el 14 de Marzo del 2014
RAZONES	- la constitución de un patrimonio autónomo Con el objeto de ser una herramienta debidamente regulada para facilitar a los ciudadanos su desarrollo social y económico y así alcanza el bienestar	Las uniones civiles promueven la estabilidad tanto emocional como financiera y psicológica a las parejas lesbianas y gais por lo que promueve las relaciones estables y monógamas. -Ya que con las uniones estables se reconocerían	La familia heterosexual y monogámica es la célula básica de la sociedad y cumple funciones insustituibles para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros y la convivencia en comunidad. -En la actualidad existen un sinnúmero de personas que sin mantener un vínculo matrimonial o convivencial y que forman una comunidad de bienes,	- El estado protege a la familia y promueve el matrimonio, asimismo dispone que forman un hogar de hecho, la unión estable de un hombre y una mujer libre de impedimento matrimonial, que forman un hogar

		derechos patrimoniales es menos probable que ante un problema el estado y la sociedad tengan que asumirlo ya que estas personas se ayudarían mutuamente. -Formarían unidades económicas estables y por lo general un patrimonio más grande lo que contribuiría a la riqueza nacional. - El aumento de porcentaje de parejas estables minimizaría problemas sociales como las enfermedades de transmisión sexual. -Fortalecería la sociedad ya que sería parte de una	conforman un derecho humano. - Se busca otorgar y reconocer a estas personas sus derechos patrimoniales(pensionarios o hereditarios) - La seguridad social y la libertad de acceso a la salud y pensiones es un derecho de toda persona por el solo hecho de serlo.	de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales. -La constitución no contempla las sociedades solidarias establecidas por personas que cualquiera fuera su sexo decidan hacer vida en común, con mutua asistencia y apoyo.(hermanos, amigos, personas relacionadas por un vínculo religioso) -Regular los aspectos patrimoniales y otros previstos en la ley entre personas, sin alterar en modo alguno el estado
--	--	--	--	--

		inclusión social. -Se busca institucionalizar una realidad vigente. - Las población LGTB vivirán más a gusto ya que no tendrían miedo de mostrar su sexualidad y se demostraría que para el Estado todas las personas son iguales-		civil ni de parentesco de sus integrantes.
--	--	--	--	--

2.2.9 Importancia del reconocimiento civil de las uniones de las parejas homosexuales

Asumimos para nuestro análisis como familia aquella "unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia común, que se quiere duradero y estable, en el que se generan "fuertes" sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen "intensas" relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia" (Arés, P., 2002, p. 23).

La familia es un grupo esencial al interior de la sociedad y en el desarrollo del ser humano, pues ella garantiza la continuidad de la especie, lo que constituye su función biológica. Igualmente, perpetúa la experiencia histórico – social y los valores de la cultura mediante su contribución a la formación y desarrollo de la personalidad individual. De este modo ejerce una función de tipo educativa hacia la descendencia. Otro destino de este grupo psicosocial primario, es el sustento económico de sus miembros, en la satisfacción de necesidades básicas de subsistencia y convivencia familiar.

Luego, la familia constituye un grupo de intermediación entre el individuo y la sociedad de la que viene a formar parte. En síntesis, definimos tres ejes de vinculación familiar: la consanguinidad, la afectividad y la convivencia.⁵⁵

En el camino hacia el objetivo de estas reflexiones, resulta esencial definir el fenómeno de la homosexualidad, la cual comprendemos como aquella orientación sexual que posee como objeto de deseo otra persona del mismo sexo biológico.

Existen diferentes tipologías a las cuales se puede adscribir una familia. De cara a los intereses que perseguimos con este trabajo haremos referencia a dos de ellas, estas son, la familia de origen o de pertenencia y la familia propia o constituida. La primera será aquella formada por la línea ascendente del sujeto, la segunda, por su descendencia. La segunda clasificación que distinguiremos se refiere a la orientación sexual de sus miembros, existiendo familias heterosexuales y familias homosexuales, definida esta última como aquella en que al menos uno de sus miembros es homosexual.

El fenómeno del grupo psicosocial conocido como familia ha sido abordado desde múltiples teorías explicativas en la Psicología, que intentan dar respuesta a la interrogante de su funcionamiento. Entre estas, son protagonistas la Teoría General de los Sistemas postulada por Bertalanffy, que se rescata en la terapia familia a partir de sus confluencias con la Pragmática de la Comunicación Humana de Watzlawick, por Salvador Minuchin, entre otros. También existen el Constructivismo Social, el psicoanálisis y la Teoría del Aprendizaje Social de Bandura.

Uno de los acercamientos más interesantes a la dinámica familiar es la concepción Operativa del Grupo Familiar de Pichón – Rivière, así como los aportes realizados por el Enfoque Histórico-Cultural de L.S. Vigotsky en la comprensión de la misma.

Cada una de estas propuestas de análisis logra comprender de manera parcial el fenómeno que nos convoca, más creemos que utilizarlas de manera aislada resulta insuficiente, de ahí que optemos por un abordaje que permita comprender a la familia como unidad de análisis compleja de múltiples dimensiones, a estudiar en un contexto puntual, y que funciona como un sistema de interdependencia recíproca de múltiples factores macro y micro sociales y económicos.

⁵⁵ Arés, P.; "Psicología de Familia. Una aproximación a su estudio"; Ed. Félix Varela, La Habana, 2002

2.3. EL CONCUBINATO

2.3.1. Cuestiones generales

Emilio Valverde, comentarista del Libro de Familia del C.C. de 1936, dice que al lado de la unión legal, que representa el matrimonio, "Existe la de hecho entre el hombre y la mujer, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible con la nota de honestidad y fidelidad de la mujer sin impedimento para transformarse en matrimonio".

En tanto que según Héctor Cornejo Chávez, comentarista del Libro de Familia del C.C. de 1936, y ponente del correspondiente al C.C. de 1984, dice: "Debajo de la unión legal, que es el matrimonio, existe la de hecho, que es el concubinato".

Dirimir esta primera discrepancia es cuestión de criterios y de puntos de vista como se enfoque el problema del concubinato, lo que nos conduciría a la conclusión que ambos juristas tienen razón. Porque desde el Punto de vista jurídico resulta indiscutible la ubicación del matrimonio en un nivel jerárquico superior lo que determina que el Estado le protege de manera especial, lo que no podría decirse del concubinato ni aún en su forma strictu sensu, frente al cual el legislador opta por ignorarlo o trata de extirparlo.

Pero desde otros puntos de vista menos ortodoxos, como fuente generadora de la familia, no hay duda que el concubinato en sus dos formas, la de stricto sensu, a la que se refiere Emilio Valverde en su definición, como la de latu sensu que se desenvuelve con iguales caracteres de permanencia, ostensibilidad y honestidad pero con impedimentos para convertirlo en matrimonio, está al lado del matrimonio, o por encima de la unión legal. Porque no se podría decir, sobre todo en el Perú, si prevalecen las uniones matrimoniales o las extramatrimoniales.

Porque si bien los censos realizados en el Perú en las últimas décadas, los de 1972 y 1981, arrojan un porcentaje promedio del 21% de familias provenientes del concubinato, frente al 60% de uniones matrimoniales, no se podría confiar en tales resultados estadísticos, por las razones que da el Doctor Héctor Cornejo Chávez, que por consideraciones del prestigio social, pudor social o por convicción, las personas convivientes ocultan su verdadero estado declarándose casados, declaraciones que por la naturaleza de los censos no son motivo de verificación alguna, por lo que es de presumir, fundadamente, que el porcentaje de uniones legales es menor y el de uniones de hecho considerablemente mayor.

Lo evidente es que el concubinato, en sus diferentes formas y variantes, constituye uno de los aspectos característicos de la realidad nacional y de los países subdesarrollados en general. Su problemática no es únicamente de naturaleza jurídica sino también con profundas incidencias sociales, económicas y políticas, de ahí la necesidad de estudiarlo en toda su amplitud: sus antecedentes históricos, causas que lo determinan, sus clasificaciones, el conjunto de sistemas que podrían aplicarse para su solución, para culminar con el planteamiento peruano.

2.3.2. Antecedentes históricos

El concubinato es de origen muy remoto, en todo caso muy anterior al matrimonio, tan antiguo como la misma humanidad, porque la familia, repitiendo a D'Aguianno, como fenómeno natural, tiene su punto de partida en la unión de los sexos, esto es, en las uniones de hecho, que en un estadio posterior de la civilización, con el advenimiento del derecho, se convirtieron en instituciones jurídicas sancionadas por la ley, con el rango de uniones de derecho, o matrimonio, con lo que las uniones de los sexos, generadores de la familia y de la perpetuación de la familia, quedaron fraccionadas en dos grandes grupos, las sancionadas por la ley, matrimonios, y las no sancionadas por la ley o concubinato en sus diferentes matices.

Se tiene la certeza que, el concubinato, fue admitido como institución jurídica por el Código de Hamurabi (el más antiguo que se conoce, 2000 a.c.), desde entonces no ha merecido la misma receptibilidad o aceptación por parte del legislador, ni se le ha reconocido siempre las mismas características o condiciones análogas. Pero es evidente que en las culturas antiguas, ; especialmente en Roma, el legislador de entonces no dio las espaldas ,ni persiguió al concubinato, sino que lo consideró como un fenómeno social insoslayable y necesario, por lo que no tuvo escrúpulos en legislarlo con el rango de un matrimonio de inferior categoría, y que más bien, posteriormente desde la Edad Media, en los tiempos modernos, coincidentemente con la consolidación y creciente hegemonía del cristianismo, es que el legislador ha asumido la actitud de soslayarlo o de combatirlo).⁵⁶

⁵⁶Zanabria y Carrera (2010) Derecho de Familia. Editorial de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. Pág. 141

En efecto, los romanos, según Eugenio Petit, daban el nombre de concubinato a una unión de orden inferior pero duradera, y que así se diferenciaba de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas. Esta especie de matrimonio parece haberse derivado de la desigualdad social de las personas, que por tener distinto origen social no podían contraer entre sí la justa nupcias, así un ciudadano tomaba como concubina a una mujer que no hubiera sido honorable como esposa o como los gobernadores, que al estar prohibidos de casarse con una mujer de la misma provincia de su jurisdicción estaban permitidos de tomar una concubina.

Hasta el fin de la República Romana, el Derecho no se ocupó de estas uniones de hecho, fue en el Imperio, durante el reinado de Augusto cuando el concubinato recibió su nombre, con la promulgación de la Ley Julia Adulterius, que calificaba de stuprum y castigaba todo comercio con una joven o viuda fuera de la justa nuptia, pero hacia una excepción en favor de la unión duradera llamada concubinato, que de este modo recibió una especie de consideración legal. Posteriormente le fueron impuestas una serie de condiciones que lo separaban y lo hacían inconfundible con el comercio ilícito, tales como las que sólo era permitido entre personas púberes, sin parentesco en grado prohibido para el matrimonio, no se podía tener más de una concubina y era permitido únicamente en el caso de no tener mujer legítima, pero como se ha dicho, no producía ninguno de los efectos civiles otorgados a la justa nuptia, por lo que los concubinos no tomaban las calidades de vir y uxor de modo que la mujer no entraba en la familia del marido. Para darle fin no era necesario el divorcio ni del acta de repudio y los hijos, si bien no eran espurios sino naturales, no caían bajo la patria potestad del padre y no podían heredarle. Pero posteriormente en la fase del Bajo Imperio, Justiniano, otorgó un trato más favorable al concubinato, elevándolo a la categoría de inaequale coniugium, que con la abolición de las prohibiciones augustas adquirió el carácter de la unión estable con mujer de cualquier condición, sin affectio maritales, extendiéndose al concubinato los requisitos del matrimonio, como las de monogamia, edad, impedimento de parentesco y afinidad y, finalmente se permite que pueda darse a la concubina media onza del patrimonio en presencia de padres e hijos legítimos, y si faltan éstos, podía darse a la concubina y a los hijos naturales la mitad del patrimonio.⁵⁷

⁵⁷Ibidem. Pág.136

En el fondo, por las mismas razones que se tuvo en cuenta para permitirle en Roma, entre los germanos también existió el concubinato como consecuencia de la oposición al matrimonio entre personas de desigual condición social, que hizo posible las uniones entre libres y siervos. Pero posteriormente, en cierto grado, fue sustituido por el denominado matrimonio de mano izquierda o morganático, que se contraía entre personas de diferente extracción social donde la mujer, de condición inferior, no participaba de los títulos ni rango del marido, y los hijos seguían la condición de la madre y no podían heredar.

Durante la Edad Media, se continuó permitiendo el concubinato pero esta vez con la creciente oposición del cristianismo. Así en España, dice Héctor Cornejo Chávez, citando a Escriche, se permitían tres clases de uniones de hecho: a) El denominado matrimonio de bendiciones, celebrado con las solemnidades del derecho y la religión; b) El matrimonio a juras o juramentado, que era legítimo pero clandestino; c) La Barragania, que probablemente por ser el más generalizado, fue regulado por las siete partidas a semejanza del Derecho Romano, y que consistió en la celebración de verdaderos contratos de amistad y compañía fundados en los principios de permanencia y de fidelidad.⁵⁸

Sin embargo, la Iglesia Católica, después de haberla tolerado inicialmente, en defensa del matrimonio, única forma lícita de la unión sexual, elevado al rango de uno de sus sacramentos, terminó por condenar abiertamente el concubinato en el Concilio de Valladolid realizado en 1228, para luego en el Concilio de Trento disponer la excomunión para los concubinos que no mudaran de conducta. Con lo que comenzó la era de la prohibición y aún de persecución del concubinato, que por cierto, no dio lugar a su extirpación sino a su propagación clandestina y a su marginación legal, que en el Derecho Moderno fue justificada por los codificadores franceses con el criterio que los concubinos prescinden voluntariamente de la ley se colocan también al margen de las garantías que ello ofrece, por lo que el legislador debe recíprocamente despreocuparse de los concubinos.

En el caso del Perú podría decirse que el concubinato tuvo dos fuentes, en primer lugar, los españoles con la conquista trajeron la forma más popular y sencilla del concubinato, o

⁵⁸ Cornejo, Héctor, 1991, Derecho familiar peruano, Dos tomos, Octava edición. Lima: Studium, pág. 210

sea la barragania, que fue practicada con entera libertad tanto por los laicos como por los sacerdotes, como anota don Ricardo Palma en sus "Anales de la Inquisición", a costa y sacrificios de las mujeres de nuestra raza autóctona. En segundo lugar, al llegar los conquistadores, encontraron una modalidad de las uniones de hecho, o unión marital, conocida con el nombre de servinacuy, que según las Cusco, tomaba otras denominaciones como las de "marmichacuy" en el "uywanakuy" o "binaykukuy" en Ayacucho, o "muschiapanami" en Ancash, etc.; formas de uniones maritales que pese a las terribles persecuciones que fueron objeto durante el coloniaje subsisten hasta la fecha.

Puede ser que desde el punto de vista occidental, o del derecho estricto, el "servinacuy" constituya una modalidad del concubinato, pero desde el punto de vista del legislador incaico o preincaico pudo tener otra naturaleza jurídica, de ahí que en la actualidad no haya conformidad en cuanto a dicha cuestión, puesto que para algunos se trata de un matrimonio de prueba, para otros de un matrimonio por compra, en tanto que no faltan estudiosos de la institución que prefieren denominarlo matrimonio natural, consuetudinario o sociológico.⁵⁹

2.3.3 Causas determinantes del concubinato

El concubinato constituye un serio problema sociológico, jurídico y aún económico, que debido a su complejidad no podría provenir de una causa determinante única, sino que es el resultado de la concurrencia de múltiples factores, de diferente naturaleza, de ahí que entre sus causas determinantes más importantes, podríamos mencionar las siguientes⁶⁰:

a) Sociales; b) Causas de Orden Jurídico; c) Causas Económicas; y d) Culturales

a) Causas Sociales

Históricamente, aún durante la época en que fue no sólo permitido sino regulado por la ley, como entre los romanos, el concubinato tuvo su fundamento en la desigualdad social, porque estaba vedado el matrimonio entre personas de diferente posición social, pero sí era posible la celebración de una unión de segundo orden con relación a la justa nuptia, pero igualmente protegida por el derecho.

⁵⁹ Zanabria y Carrera (2010) Derecho de Familia. Editorial de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. Pág. 140

⁶⁰ Ibídem. Pág.141

En esencia, con el mismo fundamento, la barraganía fue introducida en el Perú durante la conquista y el coloniaje, cuando por razones sociales los señores españoles no podían casarse con las mujeres de la raza incaica, pero no había nada que les impidiera, ni aún el temor a la Santa Inquisición, para amancebarse con ellas.

Con igual fuerza, durante la República, hasta la actualidad, la desigualdad social, sin duda, contribuye a la constitución de uniones de hecho.

Además, en el caso del Perú, Bolivia y Ecuador, existen costumbres andinas que por no conciliarse con el matrimonio civil generalmente dan lugar a la constitución de uniones de hecho, aún en el supuesto que sean compatibles con el matrimonio religioso, como es el caso del servinakuy y sus diferentes modalidades.⁶¹

b) Causas Económicas

Tanto la suficiencia de capacidad económica como la insuficiencia de la misma coadyuvaron y coadyuvan a la constitución de uniones de hecho. Así en el primer caso, en todo tiempo, las personas adineradas han estado en condiciones de vivir en concubinato no sólo con una mujer sino que con varias y en muchos casos teniendo cónyuge, dando lugar a las diferentes modalidades de concubinato latu sensu, o en el que los convivientes tienen impedimento para el matrimonio, o para convertir la unión de hecho en una unión de derecho.

En el segundo supuesto la insuficiencia económica, en los países subdesarrollados como el Perú, con economía precaria, donde la pobreza y la miseria se han ensañado en nuestras clases populares, la insuficiencia económica, se ha erigido en un factor importante que contribuye a la constitución y aún proliferación de las uniones de hecho. Porque aún en los casos que se tenga el propósito y deseo de contraer el matrimonio civil debido a lo exiguo de sus ingresos no están en condiciones de asumir los gastos, los múltiples viajes que hay que efectuar al local municipal, y demás esfuerzos que hay que efectuar para casarse, todo lo que les induce a seguir el camino más sencillo y menos costoso que es el del concubinato.

Prueba de la incidencia del factor económico en la constitución de las uniones de hecho, dice doña Luz Amparo Paredes Gambarini, en su tesis sobre concubinato, es la

⁶¹Ibídem. Pág.142

celebración de los matrimonios masivos; auspiciados por las Municipalidades o las organizaciones religiosas mediante las cuales se obtiene la regularización de un número importante de uniones convencionales, o se logra la celebración de muchos matrimonios, que por sí solos jamás lo hubieran conseguido debido a lo costoso de los trámites.

Lamentablemente el legislador nacional, en el C.C. de 1984, se ha limitado a introducir la prohibición del artículo 266° y la sanción del artículo 267°, sin haber resuelto el problema económico de fondo, no habiendo otra alternativa que de simplificar el moroso procedimiento que para el matrimonio civil establecen los artículos 248° al 268°. ⁶²

c) Causas de Orden Jurídico

Sin duda la falta de legislación constituye un factor importante, por su incidencia, en la formación del concubinato; como es el caso del Perú, en que por mucho tiempo el legislador ha cerrado los ojos frente a dichas uniones maritales, absteniéndose de dictar disposición legal alguna para ampararlo o para prohibirlo, lo que naturalmente en el segundo caso equivale a una indirecta autorización para constituirlo.

Pero no solamente la ausencia de Legislación referente al concubinato constituye una de las causas determinantes, sino también la legislación que se ha dictado para la organización de otras instituciones del Derecho Familiar, como son el matrimonio civil y el divorcio. En efecto, como se había explicado anteriormente, las formalidades señaladas por los artículos 248° al 268° del C.C. de 1984 para la celebración del matrimonio no son las más apropiadas, porque en vez de facilitarlo lo entorpecen y lo encarecen, en perjuicio de sectores importantes de nuestra población de modestos recursos económicos, promoviendo de esta manera la consiguiente constitución de uniones de hecho. Lo mismo ocurre con el régimen legal del divorcio, que por su rigurosidad se hace imposible, condenando a los cónyuges a vivir en condiciones insoportables que los obliga a las separaciones de hecho y a las subsiguientes uniones de hecho con otras personas. ⁶³

⁶²Ibídem. Pág.143

⁶³Zanabria y Carrera (2010) Derecho de Familia. Editorial de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. Pág. 144

d) Causas Culturales.

El factor cultural, como causal determinante del concubinato, ha variado en función del tiempo y también del espacio. Por ejemplo, en Roma, sería difícil decir que era propio de las clases menesterosas, de las personas de bajo nivel cultural. Apropiado y exacto sería sostener que el concubinato fue organizado legalmente en beneficio de las clases pudientes, o de las personas de nivel cultural superior, como el caso de los funcionarios destacados a las provincias del Estado Romano, precisamente para facilitarles sus relaciones maritales con personas que no tenían el mismo status civil, social o político.⁶⁴

En cambio, es una realidad que en los países subdesarrollados, como el Perú, que el concubinato se ha generalizado en los sectores de la población menos culta y económicamente pobre, en razón de no haber llegado a tomar conciencia de la importancia o de la necesidad de sustituir sus uniones de hecho por el matrimonio, aunque en muchos casos, conscientemente optan seguir por sus costumbres ancestrales, o cuanto más someterse al matrimonio religioso, que es otra manera de contribuir al concubinato, de ahí la conveniencia de no insistir con la imposición de formas matrimoniales que se resisten a comprender y, más bien, buscar para ellos alternativas matrimoniales más compatibles con sus creencias.

Sin embargo, como dice Héctor Cornejo Chávez, el concubinato también se presenta en los países industrializados, en los que el progreso científico, técnico y económico parece correr parejo con cierta descomposición moral. En efecto, mientras en otros lugares del mundo actual, el concubinato suele originarse en el bajo nivel cultural, la estrechez económica o las costumbres, en algunos de los más avanzados se registra, Junto con estos casos, el de la unión de hecho deliberadamente elegida por hombres y mujeres de alto nivel cultural, como una expresión de repudio del orden tradicional o anhelo de una así entendida "liberación".

2.3.4 Concepto y clases de concubinato

Para explicar la dificultad que hay para definirlo o dar el concepto de concubinato, Héctor Cornejo Chávez dice: "que la poca atención que la doctrina suele dedicar a esta figura y

⁶⁴ Ibídem. Pág.145

la forma fragmentada y disuelta con que es tratada en la mayoría de legislaciones, hacen que las características y consecuencias de las mismas no aparezcan con entera claridad".

Empero, continua Cornejo Chávez⁶⁵, "puédase distinguir dos acepciones de la palabra concubinato; una amplia, según la cual habrá allí donde una varón y una mujer hagan, sin ser casados, vida de tales; y otra restringida, que exige la concurrencia de ciertos requisitos para que la convivencia marital sea tenida por concubinaria".

En sentido amplio, "el concubinato se da entre personas libres o atadas ya por vínculo matrimonial con distinta persona, o que ya tenga impedimento para legalizar su unión o no lo tengan, sea dicha unión ostensible o no lo sea, pero siempre que exista un cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación. Y en sentido restringido, el concubinato puede conceptuarse como la convivencia habitual, esto es, continuo y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad y sin impedimento para transformarse en matrimonio, como dice Emilio Valverde⁶⁶.

Entonces, si el concubinato, en términos generales, consiste en una unión de hecho permanente, y continua, voluntariamente constituida por un varón y una mujer, con finalidades y deberes semejantes a los del matrimonio, sin impedimentos o con impedimentos para convertir esta unión en matrimonio de acuerdo a este último elemento, para los efectos de precisar los alcances de la Constitución Peruana de 1993 y el artículo 326° del C.C. de 1984, podemos clasificar el concubinato en:

- a) El concubinato perfecto, o como dice Cornejo Chávez en su acepción restringida, o strictu sensu, que se caracteriza por haberse producido la unión continua, permanente, ostensible y con la nota de fidelidad, entre personas libres de impedimento matrimonial o aptas para convertirlo en matrimonio.
- b) El concubinato que podría denominarse irregular o imperfecto, con todas las características del anterior, con la diferencia que en este caso los convivientes no están libres de impedimentos matrimoniales sino que están incurso en cualquiera de ellos, como el de estar casados con terceras personas, por lo que están en la imposibilidad de regularizarlo convirtiéndolo en matrimonio.

⁶⁵Zanabria y Carrera (2010) Derecho de Familia. Editorial de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. Pág. 146

⁶⁶ Citado en Zanabria y Carrera (2010) Derecho de Familia. Editorial de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. Pág. 147

2.3.5 La constitución de 1993 y el concubinato

En el Perú, no obstante que el concubinato constituye una realidad viviente y que ha invadido todas las esferas de la vida nacional, se ha seguido el criterio abstencionista, de ser ignorado por el legislador. Si bien, en el seno de la Comisión Codificadora de 1936, se planteó la posibilidad de regularlo, se terminó por aceptar el criterio abstencionista del Doctor Manuel Augusto Olaechea, de resolver el problema de la concubina sin necesidad de legislar sobre el concubinato, sino mediante la aplicación de la norma genérica del enriquecimiento indevido, materia del artículo 1149° del C.C. de 1936.

Sin embargo, en otras áreas ajenas al Derecho Civil se han dado antecedentes importantes, a través de los cuales se ha tratado el problema del concubinato de manera más directa. Así las Leyes 8439, de 20 de Agosto de 1936, y la No. 8569, de 27 de Agosto de 1937, por las que se beneficia a la concubina comprendiéndola entre los receptores de la compensación por tiempo de servicios en caso de fallecimiento del trabajador. La Ley 13517, de Barrios Marginales, o de Pueblos Jóvenes, que disponía que se otorgara a favor de ambos convivientes el título de propiedad del lote, y que en caso de terminación del concubinato se divide en lote entre ambos convivientes. El T.U.C. del D.L. 17716, del 24 de Junio de 1969, que en su artículo 88°, en caso de caducidad de la compra-venta por la muerte del campesino sin haber cancelado el precio, dispone que se adjudicará gratuitamente el lote a la cónyuge o compañera permanente y los hijos menores de edad. El D.L. 20598 de 30 de Abril de 1974, sobre empresas de propiedad social, al regular la transferencia de certificados de retiro al fallecimiento del trabajador también toma en cuenta a la conviviente.⁶⁷

Pero tuvo que llegarse al año de 1978 y 1979, para que en el Perú se tratara el problema del concubinato y se le diera un tratamiento más franco y directo. En efecto, en la Constitución Política de 1979, dando término a una prolongada etapa durante la cual el legislador nacional había dado las espaldas al concubinato, por intermedio del artículo 9°, con el fin de resolver el aspecto patrimonial y el antiguo propósito de evitar arbitrariedades en la determinación del destino de los bienes adquiridos durante la

⁶⁷ Zanabria y Carrera (2010) Derecho de Familia. Editorial de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. Pág. 149

vigencia de tales uniones de hecho, se dispuso que: "La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimentos matrimoniales, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable"

Sin embargo, hay que anotar que la citada fórmula constitucional no resuelve el problema patrimonial del concubinato en su integridad, puesto que se aplica al régimen de la sociedad de gananciales solamente al concubinato perfecto, o strictu sensu, aquél en que los convivientes no tienen impedimento para convertirlo en matrimonio, se entiende en cualquier momento, que por tal posibilidad teóricamente sería el que menos atención debía merecer del legislador. En tanto que la otra forma de concubinato, del denominado imperfecto donde hay impedimento para convertirlo en matrimonio, continúa siendo soslayado, por no decir ignorado por la ley.

El citado criterio asumido por la Constitución de 1979 respecto al concubinato no ha sido variado por la Constitución de 1993, por cuyo artículo 5, más bien, lo ha recepcionado textualmente, sin observaciones ni modificaciones, pero con la misma deficiencia de limitar la aplicación del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales solo al concubinato strictu sensu.

2.3.6 El código civil de 1984 y el concubinato

En cumplimiento del mandato constitucional materia del artículo 9º, de fijar el tiempo y las condiciones de la forma de concubinato a la que debe aplicarse el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, y regular su constitución y funcionamiento y terminación de ésta, el artículo 326 del C.C. de 1984 dice: "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 las 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."

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.⁶⁸

⁶⁸Ibídem. Pág.151

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le corresponden de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indevido.

La adecuación del mandato constitucional, o del concubinato, a la ley ordinaria bien pudo merecer una mejor ubicación, o tratamientos más adecuados a la importancia de la institución, dedicándole un capítulo especial en el C.C. de 1984, y no, como se ha hecho, de encerrarla en un solo artículo, el 326°, no obstante que comprende múltiples aspectos e incidencias.

Aparentemente la fórmula del artículo 326° rebasa los lineamientos o parámetros establecidos por el artículo 9° de la Constitución de 1979 y ahora el artículo 5 de la de 1993, al crear la obligación de prestarse alimentos entre los convivientes o de exigir el pago de una indemnización en el supuesto de abandono, o para comprender el concubinato imperfecto con el otorgamiento de la acción de enriquecimiento indevido. Pero hay que tener en cuenta que dentro de la vigencia de la sociedad de gananciales en el matrimonio no sólo hay bienes sino también obligaciones y que en todo caso la adecuación expansiva del artículo 9° de la Constitución no contiene disposiciones prohibidas o que sean inconstitucionales.

2.3.7 La convivencia de las parejas homosexuales

Ahora bien en el caso peruano no existe norma legal que proteja a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, aunque no se puede negar que han existido proyectos de ley presentados ante el Congreso de la República, para legislar sobre la materia, pero no se le brinda el impulso necesario, si bien las personas del mismo sexo en nuestro país viene a ser un grupo minoritario, pero estos deben ser amparados y protegidos por el sistema de justicia, que sucedería si Juan y Pedro, o María y Juana, deciden convivir y realizar una vida de pareja afectiva, comparten el mismo hogar, aportan para la alimentación, salud y demás gastos que genera la unión, adquieren bienes patrimoniales, el comportamiento que realizan es como marido y mujer, a diferencia que, claro ésta, al marido y la mujer la legislación le brinda una protección y saben que pueden acudir a la

justicia a reclamar sus derechos, ya sea porque uno fue infiel, a lo cual puede solicitar el divorcio, o a la muerte de uno, pueden solicitar la sucesión intestada, o por haber convivido de hecho por espacio mayor a dos años, a los cual podrá solicitar la división patrimonial de los bienes adquiridos dentro de la unión, y porque también no aplicamos estas mismas normas a las personas del mismo sexo que realizan unión afectiva, entonces surge el problema planteado, que la ley no da el mismo tratamiento para todos, y nos preguntamos por qué entonces una norma de carácter constitucional que debe ser en estricto cumplimiento para todos puede ser incoherente, me surgen muchas interrogantes, solo abarcaré la del planteamiento del problema, concerniente a las uniones afectivas entre personas del mismo sexo o unión de hecho entre personas del mismo sexo, y es que nuestras autoridades vienen desnaturalizando el espíritu de la norma, en tanto si la norma rige para todos, y ante una realidad existente, no se puede dejar de desconocer los derechos de las personas, por el sólo hecho de haber optado por una determinada opción sexual, la cual es perfectamente válida y aceptable, debido a que no existe imposición de que conducta adoptar, estas conductas son inherentes al ser humano, por la misma razón de serlo y cada persona tiene una personalidad propia y definida, cada uno con características diferentes, razón por la cual el legislador debe enfocar la realidad existente, legislar sobre la materia y brindarle protección a este grupo minoritario a través de una norma legal que regule las uniones afectivas entre personas del mismo sexo o uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

Comparación de la convivencia heterosexual y la convivencia homosexual

El actual modelo de familia constitucionalmente garantizado es producto de un proceso en el que inicialmente se lo presentaba como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora; condenando al exilio legal a cualquier otra forma de constitución de una familia. Los concubinatos fueron perseguidos y deslegitimados al no reconocérseles efectos jurídicos de ninguna clase. Los hijos de esas uniones de hecho, por lo demás, fueron estigmatizados como bastardos.

En el caso de los homosexuales que sienten el deseo y la necesidad de dar estabilidad a su vida mediante la constitución de una pareja permanente, el matrimonio es para ellos el modo de dar singularidad, regularidad y orden a su vida espiritual, conforme a la muy

humana necesidad que todo individuo siente de no vivir en soledad, y también al natural impulso amoroso y sexual que, en su caso, es hacia personas del mismo sexo, por más que no puedan procrear. Ello sin perjuicio que la pareja homosexual pueda optar por convivir de manera estable sin contraer matrimonio, como puede hacerlo la pareja heterosexual⁶⁹.

Ello no significa que necesariamente todas las formas de vivir en familia vayan a gozar del mismo grado de cobertura legal. Pero sí debe traducirse en la existencia de un piso mínimo de protección signado por el reconocimiento de los derechos humanos, piso que no puede ser desconocido por ningún orden jurídico infraconstitucional.

Los lazos afectivos y los proyectos de vida se basan en la tolerancia y el pluralismo. Desde esta plataforma normativa, es de esperar que los operadores del derecho de familia insuflén vida a una dimensión sociológica que coloca al hombre, a la mujer y a los niños en el centro de protección de la ley.

Solución para el reconocimiento de las uniones homosexuales comparada con las uniones heterosexuales

La ley 30007 publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 17-04-2013, marca un hito importante para el tradicional derecho sucesorio y de familia, pues elimina la diferencia más significativa e importante entre el matrimonio y unión de hecho ("convivencia"), que son los efectos sucesorios entre la pareja, es decir, la posibilidad de poder heredar el patrimonio de su pareja cuando fallezca.

Debemos recordar la diferencia entre la unión de hecho perfecta y la unión de hecho imperfecta. La primera es aquella representada por una relación libre de impedimento legal (es decir que están en la posibilidad de contraer legal de matrimonio si así lo quisieran) entre un varón y una mujer (solamente relaciones heterosexuales) con la finalidad de mantener un hogar común, debiendo cumplir la relación con un mínimo de duración de dos años continuos (importante este detalle del mínimo de duración de la unión de hecho que demuestra que es una situación seria y que probablemente se mantendrá en el tiempo. Por otra parte la segunda es aquella relación que tiene

⁶⁹ Alex Plácido (2014). La admisión de la convivencia homoafectiva como un tipo de familia constitucionalmente protegida. Recuperado el 5 de octubre del 2014, de: http://blog.pucp.edu.pe/item/183419/la-admisi-n-de-la-convivencia-homoafectiva-como-un-tipo-de-familia-constitucionalmente-protegida#_ftn1

impedimentos legales (no están en la posibilidad de contraer matrimonio) o que no ha cumplido el mínimo de duración de los dos años continuos todavía.

Teniendo clara la distinción entre unión de hecho perfecta y la imperfecta podemos ahora si comentar los cambios legales que introduce la ley 30007.

En realidad la presente ley solamente establece efectos sucesorios para las uniones de hecho perfectas y que la convivencia se haya mantenido por un mínimo de dos años y hasta el fallecimiento del conviviente, es decir, que si existe algún impedimento legal que imposibilite la posibilidad de contraer nupcias (por ejemplo uniones entre parejas homosexuales, bigamia, etc.), no se cumplió con el mínimo exigido o no se mantuvo hasta el fallecimiento de su pareja, el conviviente supérstite (sobreviviente) no será considerado heredero y no podrá asumir ninguna sucesión del causante (su cónyuge fallecido).

Una formalidad requerida por esta ley es que además la unión de hecho se haya inscrito en el Registro Personal (importante el registro pues da fe de la situación jurídica y del inicio de dicho estado), de no ser así debe seguirse un proceso para declarar la situación de convivencia que se mantuvo con el causante (el cónyuge fallecido) para efectos de reclamar la herencia.

Se reconoce al sobreviviente de la unión de hecho como heredero forzoso y se le aplica el mismo orden sucesorio que al cónyuge en el caso de matrimonio.

Desde el punto de vista procesal se deberá acompañar pruebas que demuestren el estado de la unión de hecho, una simple constancia de la inscripción realizada en el Registro Personal sería suficiente si se dispone de ella de lo contrario solicitar el reconocimiento sería la vía adecuada.

Finalmente las modificatorias reconocen al sobreviviente de la unión de hecho la legitimidad (la titularidad por su condición de conviviente) para poder solicitar la comprobación de testamento (trámite para poder verificar la legalidad del testamento cerrado y convocar a todos los herederos).

Con lo expuesto queda claro que para el legislador peruano la primacía de la realidad de las situaciones jurídicas (estados de las personas que generan efectos jurídicos) se deben imponer por sobre la mera formalidad, con lo cual el gran beneficio del matrimonio, su capacidad de generar efectos jurídicos entre los contrayentes, es compartido también por la convivencia perfecta, que socialmente viene siendo una opción cada vez más aceptada

y practicada, demostrando que las leyes (el Derecho) deben responder a las necesidades de su sociedad⁷⁰.

La lucha por obtener que la ley reconozca la igualdad entre los seres humanos, la cual se basa en el principio de la dignidad de la persona, debe iniciarse en tres flancos interdependientes, el primero es el flanco social, en el cual residen los principios morales y los preceptos de valor que dan eficacia y fondo a la norma jurídica; el segundo flanco es el de la ley, la cual debe respetar la libertad del ser humano y su derecho a la autodeterminación y debe reconocer que las uniones de hecho homosexuales existen y, que el derecho, está en la necesidad de regularlas y no de marginarlas a través del silencio normativo y; el tercer flanco es que las uniones de hecho homosexuales deben reconocer que el Estado tiene el privilegio de priorizar entre las uniones de hecho heterosexuales y las uniones de hecho homosexuales, con referencia a la institución del matrimonio por las consideraciones anteriormente planteadas⁷¹.

2. 4. EL DERECHO DE SUCESIONES

Etimológicamente, según Rómulo Lanatta, "La palabra Sucesión proviene del verbo latino Succedere y del sustantivo Successio, que en su sentido gramatical expresa principalmente, la acción y efecto de entrar una persona a ocupar el lugar de la otra, sustituyéndola".

En el Derecho, continúa Lanatta, Sucesión significa la subrogación o sustitución de una persona por otra como titular de los derechos y obligaciones, esto es, el cambio del sujeto en una relación jurídica patrimonial, que no viene a ser otra cosa, diríamos, que la transmisión misma o paso de tales derechos y obligaciones de una persona a otra.

Luego, jurídicamente, la palabra sucesión supone, o indica, la transmisión de derechos y obligaciones, de una persona a otra, de modo que quien los recibe sucede o sustituye a la que se los transmitió.

Consecuentemente, la sucesión, según Echeopar García, da lugar a una relación jurídica que vincula a dos personas y un patrimonio, siendo la primera la que transmite dicho

⁷⁰Ling, F. (2013) Convivientes ya tienen derechos sucesorios- solo para uniones de hecho perfectas. Recuperado el 30 de septiembre del, 2014, de: <http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2013/04/convivientes-ya-tienen-derechos.html>

⁷¹ Alarcón Flores, Luis Alfredo. (2007) Matrimonio Homosexual.

patrimonio que le pertenece y la segunda quien lo recibe sustituyendo, o sucediendo a la anterior como nuevo titular de aquel conjunto de bienes y obligaciones materia de la transmisión⁷².

2.5. DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2.5.1. Concepto

A partir de una consideración preliminar puede decirse que la Seguridad Social es un derecho del hombre, organizado jurídicamente por el Estado, como una institución de servicio encara de protegerlo de las contingencias vitales y de promocionar su condición humana, en base a una acción solidaria y justiciera entre los miembros de una colectividad.

Su fin es el hombre. Las otras categorías son los medios. Ahora bien ¿esta concepción a priori y formulada sólo a efectos pragmáticos ha sido siempre la que ha tenido la Seguridad Social? ¿Cuáles son los basamentos y los objetivos que sustentan a este derecho?

Aquí confrontamos ya con algunas realidades que, de pronto, se convierten en alternativas de orden jurídico, económico, filosófico, político y social, no siempre bien definidas, y que por lo mismo es bueno ir conociéndolas poco a poco. Entramos entonces un poco a visualizar su evolución, su contenido y sus alcances, sus contactos y linderos con la ciencia social, la política social, el derecho social, el derecho civil, el derecho del trabajo; los medios que utiliza para paliar esas contingencias y necesidades sociales; y ese afán permanente de procurar al hombre una base cierta de "seguridad" que le permita mirar el futuro con confianza y de sentir la alegría de vivir, en comunión con sus semejantes⁷³.

⁷² Díaz, H. (2010) Derecho de Sucesiones. 4º Ed. Editorial Facultad de Derecho, Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Pág. 9

⁷³ Fajardo (1985). Derecho de la Seguridad Social. 2º Edición Ed. Fajardo. Lima, Perú.

2.5.2 Consideraciones generales sobre la teoría de la seguridad social

a) Proclamación del Derecho.

Tan pronto como se constituyó Roosevelt a la Presidencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1935, se propuso librar una batalla intervencionista que pudiera tutelar a los trabajadores en sus diversas eventualidades y el 14 de agosto de 1936 promulgó la ley que contiene la "Social Security Act" que, aunque sólo contempló las contingencias de invalidez, vejez, muerte y desempleo, fue la primera vez que en forma oficial se esbozó el contenido de la "Seguridad Social", y constituyó, según el propio Roosevelt, la "piedra angular de un edificio que se levanta pero que ciertamente no está terminado".

El ejemplo de U.S.A. fue seguido por Nueva Zelandia, que el 14 de setiembre de 1938 dictó una ley de Seguridad Social de texto coherente, vísperas ya de la II Guerra Mundial, a causa de la cual no tuvo la resonancia debida, pero que la O.I.T. se encargó de difundirla tan ampliamente como lo permitían las circunstancias, en razón de "haber fijado mejor que cualquier otro texto legal, el significado práctico de la Seguridad Social, ejerciendo así una profunda influencia en la evolución de la legislación".⁷⁴

Estalla la II Guerra Mundial y se observa en las legislaciones un vacío tremendo que es necesario cubrir respecto a los combatientes y a la humanidad entera. Es así como, en plena contienda bélica, Churchill y Roosevelt al suscribir la "Carta del Atlántico", el 14 de agosto de 1941, se comprometen, entre otros aspectos vinculados con la guerra y la post-guerra, en el acápite V: mantener la más completa colaboración en el campo económico entre todas las naciones, con el fin de garantizar a todos, mejores condiciones de trabajo, progreso económico y Seguridad Social. "Tal expresión —según Etala— permitió resumir una de las aspiraciones más profundas de la humanidad"⁷⁵

En el mes de setiembre de 1944 el gobierno inglés publicó dos Libros Blancos conteniendo el Informe, y a partir del 15 de junio de 1945 se comenzaron a promulgar las leyes estableciendo los regímenes de protección social que allí se plantearon.

Desde el año 1942, sin embargo, había empezado a surgir en todas partes del globo la necesidad de crear planes de esta naturaleza como una inquietud inmensa de concepción nueva de la Seguridad Social, superando e implementando los alcances y la fisonomía de los seguros sociales.

⁷⁴ Osorio y G. A. (1946) Derechos del Hombre y del Ciudadano. Bs. Aires, Argentina.

⁷⁵ Ob. Cit. Pág. 130.

b) El proceso de su reconocimiento.

En el plano internacional se aprecia desde entonces la proyección significativa de un compromiso de carácter universal por implantar la Seguridad Social como sistema. Si bien, como veremos más adelante, a esta fecha ya existían textos constitucionales y legislaciones nacionales que instituían algunos regímenes del seguro social, o de la Seguridad Social misma, lo cierto es que a partir de entonces dicho impulso se intensifica y generaliza tanto a través de Planes, como de programas de acción formulados y difundidos, la mayoría de las veces, por los organismos internacionales especializados ya instituidos o que se instituyen posteriormente.

El "Plan Wagner—Murray" elaborado en el año 1943 para U.S.A., pretendió aunar el Seguro Social con la Asistencia Social a fin de que, complementándose, se pudiera amparar a todos los trabajadores.

El "Plan Marsh" elaborado para Canadá en 1943, a solicitud del Comité. Consultivo Sobre la Reconstrucción de Canadá, determinó las principales medidas existentes en materia de Seguridad Social, los métodos mediante los cuales dichas medidas podían mejorarse en la cobertura de toda la población y los principios que deberían tenerse en cuenta en el sistema amplio propuesto. Su originalidad consiste en que sólo "se toman en consideración dos grupos de riesgos: a) los riesgos universales, a los cuales se hace frente mediante la asistencia médica, subsidios infantiles, prestaciones funerarias, subsidios por incapacidad permanente y pensiones de viudez, orfandad y vejez; y b) los riesgos de suspensión de la ganancia, amparados por las prestaciones o seguros de paro, enfermedad y maternidad, los proyectos estatales relativos a la ocupación y las indemnizaciones por accidentes del trabajo".⁷⁶ Los riesgos universales habrían de financiarse mediante los aportes del Estado y de los asegurados, y los riesgos originados por la suspensión de ganancias por aportes del Estado y de los patronos. Este Plan, a pesar de su calidad, no logró aprobación legislativa.

La acción internacional desplegada a nivel mundial, continental o regional se lleva a cabo a través de organizaciones especializadas o vinculadas a la Seguridad Social, tales como la O.N.U., la O.E.A., la O.I.T., la A.I.S.S., la C.I.S.S., la O.I.S.S., hasta ahora.

⁷⁶ Fajardo (1985). Derecho de la Seguridad Social. 2ª Edición Ed. Fajardo. Lima, Perú. Pág. 19

Una de ella, la AISS, dice que: "Las actividades en materia de Seguridad Social de las organizaciones internacionales... representan en conjunto un inmenso esfuerzo cooperativo ligado a veces por una coordinación destinada a armonizar proyectos comunes, evitar duplicaciones y hacer más eficaz la labor de cada organización. En el trasfondo de estas actividades, se vislumbra la imagen vibrante de una verdadera comunidad internacional encarnada en la idea de la Seguridad Social".⁷⁷

La OIT, desde su creación en la suscripción del Tratado de Versalles del 24 de julio de 1919, por su parte, viene adoptando convenios y recomendaciones para mejorar su calidad.

La Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) a partir de su I Reunión celebrada en 1942 en Santiago de Chile, ya citada, ha venido también proveyendo Resoluciones sobre distintos tópicos de la Seguridad Social, a nivel regional por sí sola así como en conjunción con la A.I.S.S.

La Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), creada en 1951, ha tenido una labor fructífera, preocupada por todo lo concerniente a la implantación e impulso de esta disciplina, también a nivel regional, y uno de sus últimos testimonios lo constituye la Declaración Iberoamericana de Seguridad Social, adoptada en su V Congreso celebrado en Buenos Aires, 1972, que cristaliza los principios básicos de la Seguridad Social moderna.

Varios otros organismos vinculados con la Seguridad Social y sus fines, también vienen adoptando conferencias, acuerdos y recomendaciones, en ámbitos más concretos, al efecto; ellos son, el Centro Interamericano de Estudios de la Seguridad Social (1936), la Asociación de Instituciones de Seguridad Social de Centro América y Panamá (1965), la Organización Mundial de la Salud (1946), la Comunidad Económica Europea (1957), la Asociación Internacional de la Mutualidad (que involucra a la C.E.E. y además a Suiza), la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, etcétera.

⁷⁷ *Ibídem.*

c) La igualdad esencial de los hombres

Rousseau, al afirmar antes que todos los hombres nacen libres, resumió ya el término sustentado de su igualdad esencial, así como sus diferencias subsiguientes, accidentales o transitorias, determinadas como situaciones anómalas o patológicas de aquella prístina plataforma de derechos básicos a que hemos aludido. Pérez Leñero asimismo escribe: "Los hombres son iguales por su origen, esencia y fin; pero son desiguales en otras diferencias no sustanciales"⁷⁸

Significa esto que las diferencias provienen de elementos físicos, externos, que pudieran catalogarse de intrascendentes, de segundo orden, pero que integran innegablemente el acervo de la condición humana.

La Justicia tendrá en cuenta ambos elementos, tratando por igual a todos los hombres, en lo que tienen de iguales, y en forma desigual, en cuanto pudieran tener de desiguales — según el precepto aristotélico.

La concepción de la igualdad, aquí, supone la aceptación de posibilidades y derechos inalienables de la humanidad, con basamentos cristianos y no contraría las leyes imprescriptibles de la libertad; la igualación, de plegaria diferente, en cambio, supone la negación sistemática de la esencia humana del ser.

d) La dignidad humana

Sucede que esos elementos catalogados como intrascendentes son mal explotados socialmente al punto que llegan a establecer montañas diferenciales entre individuos. La historia universal está plagada de estas cuestiones diferenciales, que ciertamente constituyen la armadura y motivación de la lucha política y social de los pueblos, en procura de rescatar aquella tabla de igualdad esencial. Una de las injusticias más hirientes fue la cuestión económica, que llevó a las generaciones modernas a la lucha de clases o también llamada "cuestión social".

La Revolución Francesa desembocó en la declaración política de "libertad, igualdad y fraternidad", en 1789. Casi inmediatamente después, en concepción más sólida respecto a la garantía de subsistir con decoro, Robespierre lo intuyó y demostró en su variable sensibilidad, al pronunciar un discurso en la Convención del 22 de diciembre de 1792,

⁷⁸ Ibídem.

cuando dijo: "¿Cuál es el primero de los derechos del Hombre?, el de subsistir. La primera ley social es aquella que garantiza a todos los miembros de la sociedad los medios de existir: todas las otras están subordinadas a ésta".

2.5.3. La seguridad social como derecho

Del mismo modo que en la formulación de toda norma de derecho, en el Derecho de la Seguridad Social hay que considerar su doble aspecto: material y formal; esto es, el ámbito objetivo para el cual se dicta, y el aspecto formal que dicha norma reviste. De manera más precisa: el núcleo de personas o el radio orbital dentro del cual ha de cumplirse, y el proceso que sigue en su elaboración.

Claro que muchas veces la necesidad (aspecto material) se ha adelantado e impuesto primero, por efecto de la presión de las fuerzas políticas o sindicales, y reclamado luego su reconocimiento formal, y el legislador en estos casos no ha hecho sino recogerla y sancionarla, en forma de obligatoriedad; y otras veces —muy contadas como veremos— la ley ha suscitado la necesidad y ha ordenado su cumplimiento mediante su promulgación previa.

Prestaciones de la seguridad social

El sistema de Seguridad Social en el Perú se basa en la Constitución política que, en sus artículos 10 a 12, establece el derecho universal de toda persona a la Seguridad Social y el libre acceso de las personas a las prestaciones de salud y pensiones en entidades públicas, privadas o mixtas.

El sistema de seguridad social en el Perú responde a un modelo mixto porque cuenta, en materia de pensiones, con un régimen contributivo de reparto y un régimen de capitalización individual. En el caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el régimen es de naturaleza contributiva.

Hasta hace poco, los Seguros Sociales estaban orientados a cautelar, casi por entero, los hechos causales separados por clases de riesgos. Ello dio lugar a que se montaran instituciones aseguradoras diferenciadas e independientes unas de otras tanto en su dinámica funcional, como en sus prestaciones, regímenes financieros, etcétera.

Hoy en día una nueva tónica aparece en el firmamento proteccional: las prestaciones de la Seguridad Social tratan de amparar fundamentalmente los supuestos de hecho derivados

de las contingencias sociales, pero ya no implantando entidades separadas para cubrir eventualidades también separadas, sino bajo un conjunto orgánico y orquestado a nivel nacional, como expresión inequívoca de una acción solidaria asumida por los miembros todos de una colectividad. Desde este punto de vista, ya no hay razón para que subsistan seguros de enfermedad, de maternidad, de invalidez, de jubilación, de desempleo, y de asignaciones familiares, separados, puesto que los unos implican a los otros, en una relación secuencial que necesariamente impone la existencia de un solo plan de protección integral.

En el Perú, el Régimen de Prestaciones de Salud ha tomado a su cargo la erradicación de las enfermedades de los asegurados, a través de las prestaciones preventivo-promocionales, consistentes en vacunaciones, control del niño sano, y educación sanitaria (D.L. 22482, art. 14).

No se ha dado aún el caso de una concreción conceptual ni clasificadora de las contingencias sociales, debido, entre otras circunstancias, a su reciente inclusión dentro del contexto lexicográfico y a los nuevos fundamentos que inspiran a la Seguridad Social y, de otro lado, a su inseparable vinculación con el concepto de riesgo social, ya superado ampliamente, propio de los Seguros Sociales, conceptos entre los cuales hay una relación de género aparte.

El accidente de trabajo y el accidente común tal vez sí constituyen un "riesgo", cuyo carácter consiste en ser súbito, imprevisto, externo, violento, dañoso. En términos más generales y bajo el concepto jurídico doctrinario casi unánime (Donati, Venturi, Durand, Pérez Botija, López Núñez, Levi Sandri, Krohn, Mazzoni, entre otros), "riesgo social" es aquel hecho o evento futuro, incierto, involuntario, que causa un perjuicio personal y un desmedro económico.

La maternidad y las asignaciones familiares evidentemente no se arreglan a ninguno de estos lineamientos, por no ser riesgos perjudiciales, dañosos ni involuntarios, sino, por el contrario, al estar orientadas a perpetuar la especie, constituyen una de las ilusiones más hermosas y una de las virtudes más excelsas del hombre y la mujer. Algo similar sucede con la vejez, que es un hecho cierto, biológico y natural, y que constituye también, más que un riesgo social, un estado, una situación o necesidad protegible, bajo el signo de carga social, independiente a si tal situación se ha producido por sí sola o como derivada de cualesquiera otra.

Diversos son los criterios librados para ordenar las contingencias sociales. Alguna clasificación general reputa como tales a los producidos aun por causas geológicas y meteorológicas, así como los ocurridos en el medio social, en la vida profesional, en la vida familiar y en el fuero fisiológico del individuo. Otras clasificaciones especiales — jurídicas o convencionales— los agrupan:

- a) por su naturaleza (Mazzoni, Barassi, Cannella);
- b) por su causa u origen (Aznar, Pérez Botija, Pérez Leñero, Ucelay);
- c) por su gravedad (Ucelay);
- d) por sus consecuencias (Levi Sandri, Cannella);
- e) criterios mixtos (Venturi, Santoro-Passarelli, García Oviedo);
- f) por su conexión con el trabajo (Durand);
- g) según se traten de específicas o genéricas (Carnelutti, Mazzoni, Alonso Olea).

Esta última (específicas o genéricas) según Borrajo Dacruz,⁷⁹ de cuyo criterio compartimos, es la clasificación más completa. Considera a las contingencias sociales así:

A) profesionales: accidentes de trabajo, enfermedad profesional, y paro involuntario;

B) no profesionales:

De naturaleza biológica:

- a) enfermedad, maternidad, vejez, invalidez y muerte; y
- b) de naturaleza económico—social: obligaciones familiares.

⁷⁹ Fajardo (1985). Derecho de la Seguridad Social. 2ª Edición Ed. Fajardo. Lima, Perú. Pág. 112-113

CAPITULO III: FACTORES QUE INFLUYEN EN EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES AFECTIVAS DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES

3.1. La Sociedad

Sociedad (del latín *societas*) es un concepto polisémico, que designa a un tipo particular de agrupación de individuos que se produce tanto entre los humanos (sociedad humana -o sociedades humanas, en plural-) como entre algunos animales (sociedades animales). En ambos casos, la relación que se establece entre los individuos supera la manera de transmisión genética e implica cierto grado de comunicación y cooperación, que en un nivel superior (cuando se produce la persistencia y transmisión generacional de conocimientos y comportamientos por el aprendizaje) puede calificarse como cultura.

-Definición de sociedad

Es el conjunto de personas que se relacionan entre sí, de acuerdo a unas determinadas reglas de organizaciones jurídicas y consuetudinarias, y que comparten una misma cultura o civilización en un espacio o un tiempo determinados.

3.1.1 La heterosexualidad como institución y la heteronormatividad como consecuencia

La heterosexualidad como institución

La heterosexualidad es un modelo de organización económica y social, así como un estilo de vida que se organiza alrededor del matrimonio entre varón y mujer con fines reproductivos y ha convertido a esta particular sexualidad en normativa, además que existen mecanismos sociales encargados de canalizar y reforzar la sexualidad de la mayor parte de la población hacia la heterosexualidad⁸⁰

Diversas autoras han señalado que la heterosexualidad se ha constituido como una de las instituciones claves del patriarcado. Así, lo han sostenido por ejemplo Adrienne Rich y Teresa de Lauretis para quienes la heterosexualidad obligatoria, entendida como institución, permite hacer un análisis más adecuado sobre el lugar que la heterosexualidad ocupa en la sociedad, en tanto que se le concibe como fundante del género, la sexualidad propiamente dicha, los modos de relación entre los sujetos y de pensamiento sobre ellos.⁸¹

⁸⁰ Foucault, Michel. 2006 Historia de la Sexualidad. La voluntad del saber. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

⁸¹ Gamba, Susana Beatriz, 2009 Diccionario de estudios de género y feminismos. Buenos Aires: Biblos

La heteronormatividad como consecuencia

La comprensión de la heterosexualidad como institución política que se plasma en un modo hegemónico de ejercicio de la sexualidad y que se articula con la jerarquización de las conductas y expresiones sexuales, puede concretizarse en el concepto de heteronormatividad.⁸²

Con el concepto de heteronormatividad se señala la existencia de instituciones, estructuras sociales, modelos de comprensión y orientación práctica que hacen aparecer la heterosexualidad no solo como coherente – es decir, organizada como sexualidad –, sino también como privilegiada⁸³

Se trata pues de un conglomerado de principios morales, religiosos y legales que es el resultado de un juego de poder entre diferentes sectores sociales y actores políticos en torno a relaciones de producción, ideologías y factores culturales.⁸⁴

La dimensión jurídica juega un papel muy importante sosteniendo la estratificación sexual, el Estado regula la sexualidad a través de normas, decisiones y del funcionamiento de sus instituciones. Estamos pues ante un sistema de estratificación legal que se construye sobre dos pilares, el de la regulación estatal y el de la ideología producida fundamentalmente por las iglesias, la familia, los medios de comunicación pública y la medicina, ambos pilares apuntando a sostener un modelo hegemónico sobre cómo se debe vivir la sexualidad caracterizado por la heterosexualidad.

⁸²Fernández Revoredo María Soledad, 2014, La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú, Tesis para optar por el grado académico de magister en derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú

⁸³Villamiil, Fernando. Homofobia/heteronormatividad e inequidad social como factores estructurales de riesgo. En: www.creacionpositiva.net/pdf

⁸⁴Vaggione, Juan Marco, 2008, Las familias más allá de la heteronormatividad, En MOTTA, Cristina y SÁEZ Macarena (editoras académicas). La Mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana. Bogotá: Siglo del hombre editores.

3.2 La homosexualidad

a) Definición de homosexualidad

La Real Academia Española, indica que “homosexual. (De homo- y sexual). adj. Dicho de una persona: Con tendencia a la homosexualidad. U. t. c. s. || 2. Dicho de una relación erótica: Que tiene lugar entre individuos del mismo sexo. || 3. Perteneciente o relativo a la homosexualidad.”⁸⁵

La homosexualidad ha merecido diferentes acogimientos en la sociedad a lo largo de la historia de la humanidad; así, se sabe que el eximio Platón (428/427-347 a.n.e.)⁸⁶ era homosexual; de hecho, el amor entre seres del mismo sexo era visto como un honor, como la concreción de un valor excelso.

Claro, en otras sociedades era perseguido, como es el caso de las sociedades hebrea, romana, entre otras⁸⁷

b) El género

- Definición de género

El género como un proceso dinámico de representación de lo que significa ser hombre o mujer. Esto se va construyendo a partir del transcurso de las situaciones de la vida diaria. Así, los papeles, los discursos y las prácticas relacionadas con el género determinan los procesos de socialización que vamos viviendo y ponen las bases sobre las cuales creamos modelos y relaciones de género.

El género como una característica de la identidad y de las actitudes personales: se trata del conjunto de expectativas y creencias que se encuentran asociadas a modelos más o menos consensuados de lo que significa ser hombre o ser mujer en una cultura determinada.

⁸⁵ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 21ª ed. Edición electrónica. Versión 21.1.0.

⁸⁶ Rosental-Iudin. Diccionario filosófico, pág. 363.

⁸⁷ Espinosa, Yuderlys, Heterosexualidad obligatoria, Buenos Aires, 2003

-El género y el sexo de las personas

El término género aplicado al campo de lo sexual fue utilizado en la década de los cincuenta por el médico John Money en el marco de sus investigaciones sobre hermafroditismo en el Hospital John Hopkins. Money empleó el término “género” para clasificar aspectos psicológicos y culturales de las personas y definirlos como masculinos o femeninos. De esta manera fue uno de los primeros científicos en diferenciar entre sexo (como componente biológico) y género.

Así sostuvo:

“Durante los primeros meses, existe una absoluta falta de diferenciación psicosexual. Así como en el embrión la diferenciación morfológica de tipo sexual pasa de una fase plástica a otra de rígida inmutabilidad, la diferenciación psicosexual se hace también rígida e inmutable, hasta tal punto que la humanidad se ha imaginado tradicionalmente que un sentimiento tan fuerte e inquebrantable como el de la identidad sexual personal no podía provenir más que de algún factor innato e instintivo, impermeable a la influencia del aprendizaje y de las experiencias subsiguientes. El error de esta suposición tan inveterada radica en que menosprecia la firmeza y durabilidad de lo adquirido.”⁸⁸

Años después, en la década de los sesenta, el psiquiatra y psicoanalista norteamericano Robert Stoller, reafirmó la diferenciación entre género y sexo, aludiendo a que este último tiene una base biológica que permite clasificar a las personas en varones o mujeres, mientras que el género tiene una dimensión psicológica y cultural.

“[...] dejando a un lado unas pocas excepciones, existen dos sexos: varón y hembra. Para determinar el sexo se deben probar los siguientes elementos físicos: cromosomas, genitales externos, genitales internos, gónadas, estados hormonales y caracteres sexuales secundarios [...]; así, pues, el sexo de una persona viene determinado por una suma algebraica de todas estas cualidades y, obviamente, la mayoría de las personas se encuentran encuadradas en una de las dos curvas de distribución normal que se forman, a una de las cuales se denomina varón y a la otra hembra.

Añadió:

“Género es un término que tiene connotaciones psicológicas y culturales más que biológicas; así los términos adecuados para el sexo varón y hembra, los correspondientes

⁸⁸ Millet Kate, 1969, Política Sexual. Madrid: Ediciones Cátedra

al género son masculino y femenino, y estos últimos pueden ser bastante independientes del sexo (biológico). El género es la cantidad de masculinidad o femineidad que se da en una persona y, obviamente, aunque existen de ambos en muchos seres humanos, en el hombre normal predomina la masculinidad y en la mujer normal la femineidad”⁸⁹

En el marco de estos planteamientos se advierte que la el género es adquirido, independiente de la anatomía y fisiología de los órganos genitales, ya que estos configuran el sexo de la persona.

“Desde el feminismo, el género fue adoptado como una categoría analítica esencial para estudiar cualquiera de las ciencias humanas, categoría que enriquecía los análisis clásicos de las ideologías implícitas en los textos, a partir de la clase y la etnia. Al introducirse la variable “género” como pertinente, se develaban en los discursos ciertas relaciones de poder, una suerte de subtexto genérico implícito que no podía asirse de otro modo. Así, por ejemplo, se descubría cómo las mismas nociones de las que parten ciertas disciplinas como “sujeto”, “trabajador”, o “ciudadano” o “lo público y lo privado” o “la virtud”, etc., eran ya en sí mismas nociones generizadas en masculino porque en femenino apuntaban a otras realidades diferentes[...] Y es que a través del género se atribuyen y distribuyen unas características y unas expectativas a cada sexo, de modo que queda determinado lo que puede considerarse (la esencia de) “lo masculino” y “lo femenino”. Así se dan ciertos contextos (la ciencia, la política, la epistemología...) donde “lo femenino” (definido desde lo emocional, lo privado y lo axiológico) no tiene cabida – a pesar de su pretensión de universalidad -. En estos contextos, el género opera como un subtexto donde puede leerse entre líneas la exclusión de las mujeres”⁹⁰

El feminismo por ende toma a la noción de género como sistema de organización social que permite explicar la subordinación de las mujeres. Gayle Rubín acuña el término sistema de sexo- género, señalando que:

⁸⁹ Oackley, Ann, 1972, La mujer discriminada. Madrid: Debate,

⁹⁰ Molina, Petit 2000, Cristina., Debates sobre el género, En AMORÓS, Celia. Feminismo y Filosofía, Madrid: Editorial Síntesis.

“Las necesidades de sexualidad y procreación deben ser satisfechas tanto como la necesidad de comer, y una de las deducciones más significativas que se puede hacer de los datos de la antropología es que esas necesidades casi nunca se satisfacen en una forma “natural”, lo mismo que la necesidad de alimento. El hambre es el hambre, pero lo que es alimento es determinado culturalmente. Toda sociedad tiene alguna forma de actividad económica organizada. El sexo es el sexo, pero lo que califica como sexo también es determinado y obtenido culturalmente. Toda sociedad tiene también un sistema de sexo-género – un conjunto de disposiciones por el cual la materia prima biológica del sexo y la procreación humana son conformadas por la intervención humana y social y satisfechas en una forma convencional, por extrañas que sean algunas de las convenciones

Añadió que:

“[...] dichos sistemas constituyen una imposición de la organización cultural sobre los hechos de la procreación biológica, varían de una cultura a otra y contienen toda clase de normas que regulan con quién una persona puede o no casarse. En esta línea, la sociedad no está integrada por un sujeto humano abstracto y sin género sino, por el contrario, este sujeto es siempre o un varón o una mujer a quien le corresponderán los destinos sociales divergentes preestablecidos para cada uno.”⁹¹

Del trabajo de Rubin se colige que las personas adquieren el género con el fin de asegurar el matrimonio y en tal sentido, la homosexualidad sería un proceso instituido pues:

El género no solo es una identificación con un sexo, implica además dirigir el deseo sexual hacia el otro sexo. La división sexual del trabajo está implícita en los dos aspectos del género: los crea macho y hembra y los crea heterosexuales. La supresión del componente homosexual de la sexualidad humana, y su corolario, la opresión de los homosexuales, es por consiguiente un producto del mismo sistema cuyas reglas y relaciones oprimen a las mujeres.⁹²

⁹¹Rubin, Gayle, 1989 .Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la Sexualidad, Madrid: Revelación

⁹²Ibidem., Ibidem. pág. 134

Puede concluirse de los argumentos planteados que el género y el sexo se encuentran directamente relacionados ya que, generalmente, dependiendo del sexo biológico de la persona es que la sociedad asigna un género, masculino o femenino, el cual puede variar dependiendo de la sociedad donde se encuentre.

c) La identidad de la persona

- Definición de identidad de la persona

La identidad, se define como el modo de ser de cada persona, proyectada a la realidad social.

El derecho a la identidad, importa atribuir jurídicamente a una persona la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones. Este reconocimiento, realizado sobre la base de una concepción ontológica del ser humano, constituye el fundamento para que el individuo pueda desenvolverse plenamente dentro del proceso de interacción social, implicando, a su vez, la obligación – tanto del Estado como de los particulares – de respetar esta subjetividad jurídica.

La identidad de la persona, no se agota con los caracteres que externamente la individualizan, y que conforman sus signos distintivos, sino que incluyen un conjunto de valores espirituales que definen la personalidad de cada sujeto, sus cualidades, atributos, pensamientos, que permiten traducirlos en comportamientos efectivos de proyección social, no interno. Consiste, en que cada persona no vea individualizada, ni alterada, ni negada la proyección externa y social de su personalidad⁹³.

-Definición de identidad de género (identidad sexual)

La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente en su fuero interno, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género no es lo mismo que la orientación sexual, y las

⁹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Buenos Aires. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma 1992.

personas transgénero pueden identificarse como heterosexuales, bisexuales u homosexuales. Por consiguiente, las cuestiones transgénero han de considerarse como cuestiones de género y no de orientación sexual⁹⁴.

Con el término identidad sexual se alude a dos conceptos bien diferenciados: primero, relativo a la identidad y a la sexualidad; segundo, más en relación con la experiencia interna de pertenecer a un sexo.

En el primer caso numerosas investigaciones se centran en la identidad sexual como el auto concepto de cada persona según se relacionan el sexo, género, orientación sexual, Identidad de género y el conjunto de habilidades con las que esta persona se desenvuelve en su vida y en relación a la sexualidad. De ahí hablaríamos de distintas formas de organizar la identidad sexual dado el extenso desarrollo histórico de distintas identidades. Por ejemplo, la transexualidad, el travestismo u otras manifestaciones de roles de género pueden constituir identidades sexuales, desde la Teoría Queer.

Por otro lado, en el segundo caso, la identidad sexual es la suma de las dimensiones biológicas y de conciencia de un individuo que le permiten reconocer la pertenencia a un sexo u otro, es decir, ser varón o mujer (ser macho o hembra) independientemente de la identidad de género (sentirse como hombre o mujer) o su orientación sexual (tendencia o inclinación sexual). Este concepto está en estrecha relación con la identidad de género, hasta el punto que con frecuencia suelen usarse como sinónimos.

- **Heterosexual**

La heterosexualidad (del griego *ἑτερος*, "heteros" que significa diferente y el sufijo sexualidad) es un término social utilizado para referirse a la atracción sexual o emocional hacia personas del sexo opuesto, siendo marcada por la complementación de géneros binarios (emparejamiento de masculino y femenino). La heterosexualidad es un comportamiento sexual apreciable en diversas especies animales, el cual constituye una mayoría sexual en el promedio poblacional de determinadas especies, es decir, es un patrón de comportamiento muy frecuente entre los individuos de una misma especie. La heterosexualidad es un modelo evolutivo que define el comportamiento sexual

⁹⁴ Agencia de Derechos fundamentales (2009) Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los estados miembros de la Unión Europea. Recuperado el 30 de septiembre del 2014, de: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-hdgs-report-part2_es.pdf

reproductivo de las especies, manifestándose con la adaptabilidad, complementación de las gónadas y la compatibilidad de las células reproductivas entre dos individuos de la misma especie.⁹⁵

- **Homosexual**

La homosexualidad (del griego ὁμός, "homo" que significa igual y el sufijo sexualidad) es el término social utilizado para referirse a la atracción sexual o emocional hacia personas del mismo sexo. La homosexualidad no tiene un marco basado en la complementación binaria de los géneros para la reproducción, sino que establece dos posibles variantes: la homosexualidad que concentra el emparejamiento de un masculino con otro masculino y relaciones que empareja a un femenino con otro femenino. Popularmente se le llama lesbiana a una mujer homosexual; a un hombre homosexual se le conoce popularmente como gay, aunque el adjetivo también aplica a mujeres homosexuales. La homosexualidad es un tipo de conducta natural manifestada entre los patrones de comportamiento sexual de diferentes especies animales.⁹⁶

- **Bisexual**

La bisexualidad es una orientación sexual que involucra atracción física y/o sentimental hacia individuos de ambos sexos. Términos similares como la heteroflexibilidad, la bicuriosidad, lapansexualidad y la polisexualidad suelen ser catalogados bajo los criterios de la bisexualidad, pero los términos difieren de éste. Al igual que la homosexualidad, la bisexualidad se manifiesta como un comportamiento sexual natural en diversas especies animales.⁹⁷

- **Transexual**

La transexualidad es una identidad en la que una persona se identifica, desea vivir y ser aceptada como una persona del sexo opuesto a su sexo biológico. La transexualidad frecuentemente involucra el deseo de otro cuerpo que es obtenido mediante cirugías de reasignación de género y tratamientos hormonales de reasignación de género.

⁹⁵ Jonathan Ned Katz (2007). La invención de la heterosexualidad. Editorial de la Universidad de Chicago. ISBN 0226426017.

⁹⁶ Bruce Bagemihl (2000). Euforia biológica: Homosexualidad animal y diversidad natural. Editorial San Martín. ISBN 031225377X.

⁹⁷ Ídem.

- **Transgénero**

Transgénero es un término general que se aplica a una variedad de individuos, conductas y grupos que suponen tendencias que se diferencian de las identidades de sexo binarias (hombre o mujer) que normalmente, aunque no siempre, son innatos, y del rol que tradicionalmente tiene la sociedad. El transgénero suele interpretarse como una forma de expresión de la sexualidad de una persona que difiere de su sexo biológico y lo que la sociedad le ha asignado a este. Transgénero es el estado de la identidad de género de uno mismo (auto identificación como hombre, mujer, ambos, ninguno, etc.) que no se corresponde con el género asignado normativizadamente (la identificación por parte de los demás de si se es hombre o mujer en función del sexo genético o físico).⁹⁸

d) La orientación sexual

- Definición de orientación sexual

La orientación sexual, tendencia sexual o inclinación sexual refiere a un patrón de atracción sexual, erótica, emocional o amorosa a determinado grupo de personas definidas por su sexo. La orientación sexual y su estudio, pueden ser divididos en tres principales, siendo la heterosexualidad (atracción hacia personas del sexo opuesto), la homosexualidad (atracción hacia personas del mismo sexo) y la bisexualidad (atracción hacia personas de ambos sexos).⁹⁹ Otros tipos de orientación sexual pueden ser considerados.

La orientación sexual es una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros. Se distingue fácilmente de otros componentes de la sexualidad que incluyen sexo biológico, identidad sexual (el sentido psicológico de ser hombre o mujer) y el rol social del sexo (respeto de las normas culturales de conducta femenina y masculina).

La orientación sexual existe a lo largo del continuo que va desde la heterosexualidad exclusiva hasta la homosexualidad exclusiva e incluye diversas formas de bisexualidad. Las personas bisexuales pueden experimentar una atracción sexual, emocional y afectiva hacia personas de su mismo sexo y del sexo opuesto. A las personas con una orientación homosexual se las denomina a veces gay (tanto hombres como mujeres) o lesbianas (sólo a las mujeres).

⁹⁸ Joanne Herman (2009). El transgénero explicado por quienes no lo son. Editorial Autor. ISBN 1449029574.

⁹⁹ Orientación sexual, homosexualidad y bisexualidad. Recuperado el 29 de septiembre del 2014, de <http://sexualidadpsicologica.es.tl/Orientacion-Sexual.htm>

La orientación sexual es diferente de la conducta sexual porque se refiere a los sentimientos y al concepto de uno mismo. Las personas pueden o no expresar su orientación sexual en sus conductas.

3.3. Opinión de la OMS acerca de la homosexualidad

El diecisiete de mayo del año 1990 la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud, ha concluido en eliminar a la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales, en la que se encontraba hasta el momento considerada como un trastorno.

3.4. Opinión del colegio de psicólogos sobre la homosexualidad

La homosexualidad, como categoría psicológica, se constituye a partir de un artículo de Carl Westphal en 1870 sobre «las sensaciones sexuales contrarias».¹⁰⁰

Para el psicoanálisis la homosexualidad no viene dada por la genética sino que es una elección. No una elección voluntaria o consciente ni algo que el sujeto pueda modificar por gusto, sino una elección inconsciente. No habría nada en la naturaleza humana que dictaminara que a los varones deben atraerles las mujeres y a las mujeres los varones.¹⁰¹

La elección de objeto de amor, o sea, enamorarse de un varón o de una mujer, es algo que se definiría a partir de la resolución de la conflictiva edípica en todos los seres humanos, sean homosexuales o heterosexuales. En el caso de los homosexuales, en vez de elegir al progenitor del sexo opuesto, al salir del Edipo se elegiría como objeto de amor al progenitor del mismo sexo. Esa elección dependería más del tipo de vínculo creado con cada progenitor que de la naturaleza o los instintos.

Durante el siglo XX años hubo psicoanalistas que consideraban a la homosexualidad dentro de la estructura perversa, pero este concepto de perversión no posee la connotación vulgar peyorativa o moralizante, sino que simplemente engloba todas a las prácticas sexuales que no llevan a la reproducción, incluyendo las caricias y los besos.

En el siglo XXI se sostiene que la homosexualidad aparece tanto en una estructura mental perversa como en una estructura neurótica o en una psicótica y ya no se habla de

¹⁰⁰ Foucault, Michel (1987). «II La hipótesis represiva: 1. La implantación perversa». Historia de la sexualidad, tomo 1 La voluntad de saber. Siglo XXI editores. ISBN 968-23-0119-x.

¹⁰¹ Tres ensayos de teoría sexual, Sigmund Freud, Obras completas, ordenamiento de James Strachey, volumen 7, Buenos Aires, Amorrortu, ISBN 950-518-583-9

homosexualidad sino de homosexualidades. Se piensa la sexualidad en general como una pluralidad más polimorfa.

Freud derivaba la homosexualidad de la bisexualidad psíquica, común a todos los seres humanos y decía que intentar transformar un homosexual en heterosexual, era tan imposible como intentar transformar un heterosexual en homosexual¹⁰².

3.5. Opinión del colegio de psiquiatras sobre la homosexualidad

En Diciembre 1998, se emitió una declaración de posición con respecto a que la American Psychiatric Association (APA) se opone a cualquier tratamiento psiquiátrico, tal como terapia “reparadora” o de conversión, que se base sobre asumir que la homosexualidad per se es un desorden mental o en el supuesto que el paciente debería cambiar su orientación sexual homosexual (ver Apéndice1). Con esto la APA se unió a muchas otras organizaciones profesionales que se oponen o son críticas con las terapias “reparadoras”.

La siguiente Declaración de Postura se exploya y elabora sobre la declaración emitida a fin de dirigirse más a preocupaciones públicas y profesionales sobre terapias dirigidas al cambio de orientación o identidad sexual del paciente. Aumenta la declaración de 1998 más que reemplazarla.

Como principio general, un terapeuta no debería determinar la meta del tratamiento coercitivamente ni a través de una influencia sutil. Modalidades psicoterapéuticas para convertir o “reparar” la homosexualidad se basan en teorías desarrollistas cuya validez científica es cuestionable. Es más, informes anecdóticos sobre “curas” están equilibrados por afirmaciones anecdóticas sobre daño psicológico. En las últimas cuatro décadas terapeutas “reparadores” no han producido ninguna investigación científica rigurosa para substanciar sus afirmaciones de cura.

Hasta tanto no esté disponible tal investigación, APA recomienda que los practicantes éticos eviten intentar cambiar la orientación sexual de individuos, recordando el dictado médico de "Primero, no dañar" (primun non nocere)¹⁰³

¹⁰² *Sobre la psicogénesis de un caso de homosexualidad femenina, Obras Completas, volumen 18, pág. 137.* Buenos Aires, Amorrortu editores. 1986. ISBN 950-518-594-4.

¹⁰³ Declaración de Posición sobre "Terapias Enfocadas sobre Intentos de Cambiar la Orientación Sexual (Terapias Reparativas o de Conversión)" Recuperado el 28 de septiembre del 2014, de: <http://www.sexovida.com/psiquiatria/apa.htm>

4. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN LEGAL DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES

Primeramente sabemos que la regulación y reconocimiento de algún tipo de unión afectiva en el Perú es a través del matrimonio o de la unión de hecho, ambas heterosexuales, señaladas en la Constitución como en el Código Civil.

-Artículo 234 del C.C.:“Matrimonio e igualdad ente cónyuges.- 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 en común....”¹⁰⁴

- Artículo 5 de la C.P.P “ 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.”¹⁰⁵

Artículo 326 del C.C.: “Uniones de hecho- 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 la sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.”¹⁰⁶

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que les correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

Vemos entonces que no está regulado por la normatividad peruana las uniones homosexuales , hecho que se solicita por la población LGTB , ya que alegan un trato discriminatorio por no querer normativizar sus uniones de afecto, alegan que el Derecho

¹⁰⁴ Artículo 234 del Código Civil Peruano

¹⁰⁵ Artículo 5 de la Constitución Política del Perú

¹⁰⁶ Artículo 326 del Código Civil Peruano

cambia a raíz del tiempo como cuando se regularizó el concubinato y se lo normativizó bajo las uniones de hecho.

Para ver si el Estado Peruano está vulnerando o no los derechos fundamentales de las personas homosexuales es que pasaremos a analizar los principios constitucionales y el Test de igualdad que hace el Tribunal Constitucional para ver si se está vulnerando el principio de igualdad.

4.1. El principio de acción positiva (también llamada discriminación positiva y aún discriminación inversa)

La acción positiva se ubica dentro del ámbito de la igualdad y sostiene que cuando un grupo de personas tiene una desventaja de algún tipo frente a otro grupo humano, la autoridad puede tomar medidas correctivas a favor de quienes tienen tal desventaja, con el fin que logren ponerse en pie de igualdad de medios con el grupo más favorecido.¹⁰⁷

Aquí se observa el conocido “tratar en forma desigual a los desiguales”, en este caso los “desiguales” serían los homosexuales y “el tratar en forma desigual” sería el no reconocer la unión afectiva entre ellos.

Se debe tener claro que la acción positiva se aplica a favor de estos “desiguales” ya que se ejerce en la desigualdad de los medios, porque se supone que todos debemos participar en igualdad básica de condiciones en la vida social.

El tribunal Constitucional en su Sentencia N° 261-2003-AA-TC, emitida el 26-03-2003, sobre acción de amparo interpuesta por la Cámara Peruana de la Construcción contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, dijo:

La primera existencia de una diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, debiendo asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.

Ante el supuesto antes señalado, vemos que el tratamiento diferenciado es que se reconoce las uniones afectivas de las parejas heterosexuales, bajo el matrimonio o bajo la unión de hecho, pero aún no se reconoce las uniones de afecto de las parejas homosexuales, ahora para que este tratamiento sea constitucionalmente válido tendría que

¹⁰⁷ Rubio Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Lima, pág. 99

suponer una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, lo cual hasta la actualidad ninguna institución o persona en contra de las uniones homosexuales lo han demostrado.

Además, el Tribunal Constitucional señaló:

Se trata pues de un tema que, en la doctrina, se conoce con el nombre de <<discriminación inversa>>, esto es, un caso en el cual se debe realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Para ello se incita a que el Estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización.¹⁰⁸

Ello nos lleva a suponer que este tratamiento diferenciado es para promover la igualdad, en cuyo caso, la acción positiva se aplicaría a favor de la población LGTB y no en contra como algunos especialistas lo quieren adoptar, ya que son ellos los que están en una situación de desigualdad al no reconocer la convivencia homosexual como se reconoce a la convivencia heterosexual. El Estado según el Tribunal Constitucional deberá adoptar una labor legislativa positiva para la corrección de estas desigualdades.

4. 2. Principio de legislar por la naturaleza de las cosas

Artículo 103 de la Constitución: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas [...]”. La naturaleza de las cosas es un concepto esencialmente comparativo: toma dos situaciones jurídicamente relevantes y las evalúa para determinar si merecen igual o distinto trato del derecho.¹⁰⁹

Dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 261-2003-AA-TC, emitida el 26-03-2003, sobre acción de amparo interpuesta por la Cámara Peruana de la Construcción contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social que la naturaleza de las cosas vincula relaciones de personas ubicadas en un mismo espacio, tiempo y sujeción estatal, porque dicho principio intenta determinar si normas coexistentes pueden dar un trato diferenciado a los sujetos de derecho dentro de un mismo espacio jurídico, es decir dentro del mismo ámbito territorial en el que existe un grupo humano.

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 26-03-2003 en el exp. 261-2003-AA-TC, sobre acción de amparo interpuesta por la Cámara Peruana de la Construcción contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social

¹⁰⁹ Rubio Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Lima, pág. 199

La naturaleza de las cosas permite diferenciar el trato jurídico de las personas según valores. Es imperativo que el valor que protege la diferencia de trato sea suficientemente explicable como para permitir tal cosa en lugar de dar a los dos sujetos de derecho un trato igual.¹¹⁰

En nuestro caso vemos que si se cumplen los requisitos para poder aplicar este principio ya que la naturaleza de las cosas estaría dada por:

-Vinculación de relaciones de personas (población LGTB, población heterosexual); ubicadas en un mismo espacio (Perú), tiempo (la actualidad-año 2014) y sujeción estatal (el Estado Peruano-normas Peruanas que no reconocen las uniones homosexuales).

Teniendo los requisitos para que se aplique la naturaleza de las cosas, vemos que la razón para no reconocer las uniones homosexuales estaría en probar que se está protegiendo un valor suficientemente explicable y justificable para que se haga una distinción entre las leyes, en este caso el reconocimiento de la unión de hecho y el matrimonio heterosexual frente al vacío legal sobre el reconocimiento de las relaciones afectivas entre personas homosexuales y la no regularización de esta hasta la actualidad.

El presunto valor que se estaría protegiendo para justificar esta distinción serían “ los valores y las buenas costumbres” dentro de los cuales estaría las afirmaciones en contra de las uniones homosexuales que dicen que no es ético, es antinatural, va en contra de la iglesia, va en contra del fin del matrimonio, etc.

Estas razones o este valor deben de fundarse en una base objetiva, razonable, racional y proporcional por lo que pasaremos a analizar si cumplen estos requisitos:

Sobre los valores morales y los valores cristianos que protege el Perú

Los principios morales se deducen a partir de la práctica social de la discusión moral, asumiendo la perspectiva moral de la universalidad e imparcialidad. Los principios morales resultantes de dicha práctica deben ser aceptados sin justificación ulterior, lo que no significa que no puedan ser racionalmente cuestionables; por ello, su validez será tan solo prima facie y no absoluta. El tipo de discusión moral aludido consiste en argumentar

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 26-03-2003 en el exp. 261-2003-AA-TC, sobre acción de amparo interpuesta por la Cámara Peruana de la Construcción contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

a favor o en contra de conductas y pretensiones de los individuos, reconociendo a su vez ciertas circunstancias básicas de todos los seres humanos. (Vásquez: 131).

“La adopción de un punto de vista moral sugiere, por una parte, que se acepte la racionalidad e imparcialidad moral y, por otra, que tal imparcialidad no suponga dejar de lado la independencia y separabilidad de las personas sino, por el contrario, que cada una sea considerada por su propia identidad. [...] Este principio supone que no pueden imponerse privaciones de bienes de una manera no justificada, ni que una persona pueda ser utilizada como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra” (Vásquez: 137-138).

Bajo esto se advierte que la no regularización de las uniones homosexuales está vulnerando el principio de imparcialidad antes referido ya que se está dejando de lado la identidad de las personas homosexuales, esto se debe a que en el Perú se encuentran arraigados varios valores implantados por la Iglesia Católica desde hace muchísimos años.

Los pensamientos más usuales son que Dios creó al hombre y a la mujer y que las otras uniones son abominaciones y el reconocimiento de estas desataría un caos dentro de la sociedad.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 3283-2003-AA/TC emitida el 15 de Junio de 2004 sobre acción de amparo interpuesta por Taj Mahal Discoteque y otra contra Municipalidad Provincial de Huancayo dijo:

La religión católica ha sido y es la fe tradicional del pueblo peruano la cual por varias razones se articula a nuestro concepto mismo de nación y ha determinado que el art 50° de la constitución establezca, como un reconocimiento a su raigambre institucional que “dentro de un régimen de independencia y autonomía, el estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y le presta su colaboración.”¹¹¹

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 15 de Junio de 2004 bajo el exp. 3283-2003-AA/TC sobre acción de amparo interpuesta por Taj Mahal Discoteque y otra contra Municipalidad Provincial de Huancayo

Tal colaboración se formalizó a través del Concordato con la Santa Sede de 1980, en el se establece un régimen especial que rige las subvenciones para personas, obras y servicios de la iglesia, amén de las exoneraciones, beneficios y franquicias tributarias; la plena libertad para el establecimiento de centros educativos bajo administración eclesial; la asignatura de religión como materia ordinaria en el currículo escolar, entre otros acuerdos. Asimismo, establece, entre otras formas de colaboración, el compromiso de prestación religiosa para el personal católico de las Fuerzas Armadas y La Policía Nacional a través de un vicario castrense, y de servicios religiosos para los fieles de dicha confesión internados en centros hospitalarios, tutelares y penitenciarios del Estado

Asimismo manifestó que “El reconocimiento de la profesión religiosa genera, por derivación, los derechos a practicar los actos de culto y a recibir la asistencia religiosa de la propia confesión, a conmemorar las festividades y a celebrar los ritos matrimoniales, y a recibir el impartir enseñanza y la información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones. De acuerdo con dichas facultades se generan los principios de inmunidad de coacción y de no discriminación.

El principio de inmunidad de coacción: consiste en que ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas, es decir, que no podrá ser obligada a compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones. Tal exención alcanza al ateo o al agnóstico, que en modo alguno puede ser apremiado a participar en alguna forma de culto, o a comportarse en coincidencia con los ritos y prácticas derivados de un dogma religioso, o a prestar juramentos bajo dichas formas y convicciones.¹¹²

El principio de no discriminación establece la proscripción de un trato que excluya restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales. Ese es aplicable a la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o al desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa.¹¹³

Señala además que en la medida que genera relaciones sociales que gravitan sobre la configuración de la vida social, el culto puede ser objeto de reglamentación legal, pero

¹¹²Ibíd.,

¹¹³Ibíd.

solamente en sentido negativo, la ley no puede indicar cuál debe ser el contenido del culto, sino limitarse a describir los comportamientos vedados, con motivo de la práctica religiosa.

En ese orden de ideas, se sustenta el principio de no lesión de los derechos de terceros:

Dicha pauta basilar. Que contiene un límite objetivo a la libertad de cultos, consiste en la proscripción de conductas perniciosas o de molestias efectuadas durante el ejercicio de un culto o práctica religiosa, que dañen o menoscaben los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a los no creyentes o creyentes de confesiones distintas.

Ante estos principios se infiere que hay un límite en la celebración de un culto que es el menoscabar los derechos amparados en la Constitución, en nuestro caso son los derechos de las personas homosexuales ya que a raíz de estos valores católicos arraigados en la sociedad están en juego los valores fundamentales de las personas homosexuales (el derecho a la igualdad, a la dignidad, a la no discriminación, a la identidad, al libre desarrollo de su personalidad, al formar una familia, a su intimidad)

Además el Tribunal fue claro en señalar que dentro de un Estado aconfesional la relación entre el cuerpo político y las iglesias surgidas del reconocimiento al pluralismo religioso se rige por el principio de incompetencia reciproca; vale decir que, de un lado, el Estado reconoce la existencia de “espacios” en la vida de las personas en los que le está vedado regular y actuar. De manera concordante, las Iglesias aceptan como valedero ético y jurídico la no intervención institucional en asuntos propiamente estatales.

Por ende se niega al poder político la facultad de afirmar una verdad teológica, aunque este puede reconocer el papel histórico, social o cultural desempeñado por una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa a favor de la institucionalización y desarrollo de dicha sociedad política.

Como así lo dijo el Tribunal Constitucional al no poder afirmar o negar una verdad teológica, el Estado Peruano no puede aceptar como válidos estos criterios para la no regularización de las uniones homosexuales, por lo que señalo:

“Este Colegiado considera que, aun cuando existiesen costumbres religiosas arraigadas en nuestra colectividad, ello no significa que el Estado, en sentido lato, este facultado

para establecer prohibiciones a conductas no compatibles con los dogmas y ritos católicos, claro está, siempre que tales comportamientos no ofendan a la moral pública ni transgredan el orden público.¹¹⁴

En este aspecto cabría analizar qué es lo que entendemos por orden público.

El orden Público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. Se le denomina como interés público al conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, merítua o tasa como “algo” necesario, valioso e importante para la coexistencia social. El Estado puede y debe adoptar las medidas que estime menester para este propósito, conforme a las reglas de razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad.

Bajo estos criterios se advierte que la celebración de cualquier culto religioso, en este caso la celebración de la religión católica en el Perú debe de ser en base al cumplimiento de los principios antes señalados; por el principio de inmunidad de coacción se entiende que no se puede obligar a una persona a actuar bajo las prácticas de los dogmas religiosos que cada culto tiene. En nuestro caso no se le puede obligar a pensar a la sociedad que la homosexualidad es considerada una abominación porque así lo dice la biblia, y que el reconocimiento de las uniones homosexuales cabría en antinatural ya que Dios solo creó al hombre y a la mujer. Seguidamente se entiende por el principio de no lesión de los derechos de terceros, que el límite a la celebración de un culto religioso es no lesionar derechos fundamentales de las personas, en nuestro caso al ser la Iglesia Católica uno de los más grandes opositores a la regulación de las uniones homosexuales y al no admitir estas, es que lesionan los derechos de igualdad, de no discriminación, de dignidad, de la población LGTB. Ante ello nace el principio de incompetencia reciproca donde se entiende que cualquier culto religioso, en nuestro caso la Iglesia Católica no debe inmiscuirse en asuntos propiamente del Estado, que sería el reconocimiento de las

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 15 de Junio de 2004 bajo el exp. 3283-2003-AA/TC sobre acción de amparo interpuesta por Taj Mahal Discoteque y otra contra Municipalidad Provincial de Huancayo

uniones de afecto de las parejas homosexuales, así como también el Estado no puede inmiscuirse en asuntos meramente religiosos.

Así, por ejemplo, a propósito del debate producido en Argentina en relación con el matrimonio igualitario, Gargarella identificó dicho argumento, resumiéndolo en la siguiente expresión: “el matrimonio igualitario va contra las tradiciones locales”.

Refiriéndose a este, expresa lo siguiente:

“Este es uno de los argumentos más difundidos, pero a la vez más endebles, en contra del matrimonio igualitario. Este argumento toma como punto de partida afirmaciones del tenor de: «los argentinos somos mayoritariamente católicos» o «los argentinos no queremos este tipo de uniones» Ello, para llegar inmediatamente a conclusiones tales como que «con este tipo de iniciativas se dañan valores fundamentales, que son los que nos mantienen unidos y permiten que seamos quienes somos». La disolución de (o el ataque contra) este tipo de valores –se nos sugiere- pondría en cuestión nuestro status como sociedad y amenazaría nuestra cohesión y nuestra identidad” ¹¹⁵

Por su parte fue Dworkin quien, en la línea de la moral crítica y cuestionando el planteamiento de Devlin, presenta cuatro criterios en los que no se puede justificar una razón u opinión moral:

- a) Los prejuicios deben quedar excluidos.
- b) La reacción emocional personal (repulsión o fobia) tampoco puede justificar un juicio moral.
- c) La posición moral basada en proposiciones de hecho que son falsas o no plausibles, no puede ser aceptada; y,
- d) Si la posición moral solo se puede defender bajo el argumento de las creencias ajenas, no se encuentra justificada, ¹¹⁶

¹¹⁵ Gargarella, Roberto., 2010 “Matrimonio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario”, Editorial Universitaria. p. 131-144

¹¹⁶ Dworkin, Ronald 1999 Los derechos en serio. Barcelona: Ariel

Por las razones antes señaladas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional consideramos que este fin no es lo suficientemente explicable para que justifique la lesión de los derechos fundamentales de las personas homosexuales.

Asimismo cabe resaltar que para la valorización que comprende con el orden público, el Tribunal ha señalado que sería bajo las reglas de razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad que en adelante pasaremos a analizar.

4. 3. Principio de no legislar por la diferencia de las personas

Este principio es la otra parte del Artículo 103 de la Constitución, donde se señala que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas [...].¹¹⁷

Según este principio no puede haber un trato discriminatorio entre las personas. El Tribunal Constitucional respecto a este principio señaló en su Sentencia N° 0001-0003-2003-AI-TC emitida el 4 de Julio de 2003 sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Notarios del Distrito de Lima contra el segundo y el cuarto párrafos del artículo 7 y el artículo 13 de la ley 27755 lo siguiente:

El Artículo 103 prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales en razón de las diferencias de las personas, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2 de su artículo 2, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales [...]

En este sentido se entiende que el legislador no puede ser generador de diferencias sociales, es decir la ley no puede discriminar a las personas dentro de la sociedad por ningún concepto.¹¹⁸ En el caso de las personas homosexuales, a nuestro parecer, al no regular la unión homosexual se estaría recayendo ante este principio, ya que si bien es cierto no hay una legislación específica que regule la situación de la población LGTB pero hay una omisión de esta, omisión que hasta el día de hoy no se regula pese de existir varios proyectos de ley. Esta falta de regularización se debe a lo delicado del tema que es

¹¹⁷ Rubio Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Lima, pág. 216

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida 4 de Julio de 2003, en el exp. 0001-0003-2003-AI-TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Notarios del Distrito de Lima contra el segundo y el cuarto párrafos del artículo 7 y el artículo 13 de la ley 27755

el reconocimiento de una unión afectiva entre personas del mismo sexo, que conllevaría como a las personas heterosexuales a contraer nuevos derechos, lo cual la sociedad Peruana, todavía no lo acepta.

Se debe analizar que la falta de aceptación de un reconocimiento civil de las uniones homosexuales es influenciado por la opinión personal de cada persona de una manera subjetiva, lo cual desde una perspectiva legal no es pertinente y cabría en inconstitucional el hecho que solamente no se les reconoce sus derechos fundamentales a las personas homosexuales debido a su orientación sexual.

4.4 Principio de la dignidad de la persona

- Definición de dignidad:

El término dignidad deriva del vocablo en latín dignitas, y del adjetivo digno, que significa valioso, con honor, merecedor. La dignidad es la cualidad de digno e indica, por tanto, que alguien es merecedor de algo o que una cosa posee un nivel de calidad aceptable. La dignidad humana es un valor o un derecho inviolable e intangible de la persona, es un derecho fundamental y es el valor inherente al ser humano porque es un ser racional que posee libertad y es capaz de crear cosas. Esto quiere decir que todos los seres humanos pueden modelar, cambiar y mejorar sus vidas ejerciendo su libertad y por medio de la toma de decisiones.

El principio de dignidad de la persona humana es identificado por el Tribunal Constitucional en el artículo 1 de la Constitución que dice: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

Al respecto señala que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad constituyen el valor superior del derecho. En consecuencia toda interpretación jurídica de naturaleza constitucional deberá evaluar cuando se está defendiendo y cuando se está agraviando a una persona, cuanto se está respetando o no su dignidad. Estas reglas resumidas en el principio de dignidad de la persona humana, son las más importantes dentro del sistema jurídico.

Bajo este criterio se advierte que lo busca el Estado y la sociedad es defender a la persona humana y respetar su dignidad tanto a la persona individual como a la persona

que forma parte de la sociedad, es decir a la relación que tiene una persona con la sociedad.

Las relaciones que nacen a través de persona-sociedad no siempre son fáciles de sobrellevar ya que existen diferentes tipos de ideas, criterios, costumbres, maneras de pensar que al ser diferentes entre los individuos pueden causar conflictos disminuyendo en ciertos grupos de personas sus derechos fundamentales como el derecho a la dignidad.

119

Para esto el Tribunal Constitucional en sus diferentes jurisprudencias hace mención al principio constitucional de la solidaridad, por él indica que cada ser humano y la colectividad social, debe respetar los derechos de las personas cuando los ejerce directamente, ya que es un rasgo característico de la sociedad y una guía para las conductas humanas.

Señala también en su sentencia N° 2273-2005-PHC/TC emitida el 20 de abril de 2006 sobre proceso de habeas corpus interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) que la dignidad humana tiene un doble carácter que produce determinadas consecuencias jurídicas:

Primero, en tanto principio ,actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como criterio interpretativo donde cada vez que un derecho humano se halle involucrado hay que interpretar a favor y no en contra de su aplicación (principio pro homine), como criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva y la resolución de los mismos tiene que ser hecha tomando como criterio rector la dignidad humana y como criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas ,administrativas y judiciales donde hay que determinar los límites del poder público privado. La dignidad de la persona tiene un campo protegido que debe defenderse frente a estos poderes, atribuciones, potestades y derechos

¹¹⁹Rubio Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Lima, pág. 143

Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y su ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.¹²⁰

Esto conlleva a analizar si el Estado Peruano está vulnerando el principio de dignidad a las personas homosexuales y en qué medida lo está haciendo.

En la Sentencia N°2868/2004-AA/TC emitida el 24 de Noviembre de 2004 sobre acción de amparo interpuesta por José Antonio Álvarez Rojas contra el Ministerio del Interior, el Tribunal Constitucional ha señalado que el carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho que se haya cometido un delito. Tampoco por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría.

Ante esto, cuando el Tribunal Constitucional reconoce que el carácter digno de una persona no se pierde por el hecho de ser homosexual ni distingue a las personas por su opción sexual es que se encuentra obligado a salvaguardar los derechos de las personas homosexuales tanto a un nivel de dignidad de la persona como para la protección de sus derechos fundamentales como lo señala con lo resuelto con el voto del Magistrado Álvarez Miranda en la misma sentencia “debo expresar que la condición de homosexual de una persona no significa ni puede ser visto como una disminución de su calidad moral, profesional, mental o física. En este sentido, la opción sexual de una persona no puede ser considerado como un menoscabo a la aptitud profesional para portar armas, de someterse al régimen de orden y disciplina castrense o la de cumplir el mandato constitucional de las Fuerzas Armadas. Por lo tanto, la opción sexual de un individuo no puede ser un requisito o condición para determinar su capacidad o aptitud profesional, incluyendo la

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 20 de abril de 2006, bajo el expediente N° 2273-2005-PHC/TC sobre proceso de habeas corpus interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).

actividad policial y castrense. Sostener esto no solo es anacrónico si no atentatorio al principio de dignidad de la persona.”¹²¹

El derecho a la dignidad de la persona y su carácter “relacional”

El carácter relacional del derecho a la dignidad de la persona se debe a que por ser un principio- derecho conlleva a que su vulneración de éste lesione a otros derechos fundamentales. Puede así señalarse los casos del derecho a la igualdad, al someter a una persona a un trato desigual que los discrimina y también vulnera la dignidad que le corresponde como ser humano.

En caso de las personas homosexuales se les afecta de una mayor manera ya que vincula derechos como a la discriminación jurídica y social a raíz de su orientación sexual, a la violación al derecho de la igualdad ante la legislación Peruana, al libre desarrollo de la personalidad, al derecho de la identidad, entre otros.

Este carácter relacional lo reconoce el Tribunal Constitucional en el voto del Magistrado Carlos Mesia Ramírez, en la sentencia N° 0926-2007.PA/TC emitida el 15 de Octubre de 2004 sobre acción de amparo interpuesta por C.F.D.A. contra el Director de Instrucción y Doctrina de la PNP donde señalo que a pesar que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no se encuentra reconocido de forma taxativa por la Constitución Política, este constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona, según lo consagrado en los artículos 1° y 3° de la Constitución Política.

Es por esto que el Estado tiene el deber de orientar a la sociedad peruana hacia un status cada vez más civilizado y justo. Las costumbres que vulneran derechos fundamentales como el de la integridad física y psicológica, el de la igualdad de los seres humanos, el de la dignidad personal y el derecho a gozar de una vida en paz, deben ser erradicadas de la sociedad por el Estado ya que toda persona, a raíz de este principio , tiene derecho a la integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado ,al desarrollo de la vida y a

¹²¹Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 24 de Noviembre de 2004, bajo el exp.2868/2004-AA/TC emitida el 24 de Noviembre de 2004 sobre acción de amparo interpuesta por José Antonio Álvarez Rojas contra el Ministerio del Interior.

no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, estos derechos constitucionales son aplicables a todo ser humano, sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural ya que todas las personas somos iguales y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no la violación de estos derechos, como cuando se vulneran los derechos de las personas homosexuales.¹²²

4.5. Principio de primacía de la realidad (o de la realidad)

El principio de la primacía de la realidad señala que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que aparece de los documentos o contratos debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos. Generalmente este principio es más aplicado en el ámbito laboral ya que por ejemplo se trabaja bajo un contrato de locación de servicios cuando en realidad es una relación laboral o cuando se trabaja bajo un contrato a plazo fijo y la labor realizada es propiamente indeterminada. Sin embargo el Tribunal Constitucional ha considerado a este principio como un principio general aplicable a todo el derecho constitucional y no solo en el ámbito laboral. Su naturaleza consiste en que un problema de naturaleza constitucional debe resolverse a partir de los elementos de hecho que dan las relaciones sociales objetivas que se producen.¹²³

En la Sentencia N° 0001-0003-2003-AI-TC antes señalada, el Tribunal ha aplicado el principio de primacía de la realidad referido como realidad social, al sostener que la finalidad de la inscripción registral es dotar de seguridad jurídica a los titulares del derecho de propiedad y la realidad social objetiva informa que dicha funcionalidad se cumple de manera parcial, pues los altos costos de transacción impiden el acceso al registro de los sectores de menor poder adquisitivo, circunstancia que desvirtúa la naturaleza de la inscripción registral, es así que al reducir los costos de transacción en el acceso al registro han legislado a favor de la naturaleza de las cosas no en contra de ella.

Bajo este criterio se advierte que este principio también está vinculado al principio de la naturaleza de las cosas, que anteriormente lo mencionamos, lo cual nos hace suponer que la situación especial es que existe una población LGTB reclamando la desigualdad de sus

¹²²Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 15 de Octubre de 2004 en el exp. 0926-2007.PA/TC sobre acción de amparo interpuesta por C.F.D.A. contra el Director de Instrucción y Doctrina de la PNP.

¹²³Rubio Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Lima, pág. 224

derechos, ya que al cumplir los mismos requisitos de una convivencia heterosexual no generan los mismos derechos que generarían al reconocimiento de esta.

Bajo este principio, primaría la actual situación de desigualdad legal que sufren las parejas homosexuales al no reconocérseles sus derechos, ante el vacío legal y la falta de regulación del reconocimiento de su unión afectiva correspondiéndole al legislador reponer las condiciones de igualdad.

También este principio está vinculado con el principio de la acción positiva arriba señalado, bajo el mismo supuesto donde los desiguales y los desfavorecidos son las parejas homosexuales que al tener una relación de afecto duradera no se le puede reconocer sus derechos por el hecho de ser homosexuales.¹²⁴

4.6 Principio de razonabilidad y principio de proporcionalidad

4.6.1. Principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. También exige encontrar justificación lógica, no solo en el sentido de lo demostrable sino también para lo que sin cumplir tal requisito es aceptado generalmente por la colectividad como adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante.

Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o para despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos.¹²⁵

Este concepto nos puede llevar a suponer que las circunstancias que motivan a la no regulación de las uniones afectivas de las personas homosexuales serían que esta regularización alteraría el orden público, como lo mencionamos en el punto N° 2 y/o

¹²⁴Rubio Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Lima, pág. 224

¹²⁵Rubio Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Lima, pág. 234

como la homosexualidad no es un concepto generalmente acepto ante la sociedad serían la razón suficiente para que no se regule las uniones homosexuales pero según lo que señalo el Tribunal Constitucional en su sentencia N° 2497-2002-AA-TC emitida el 27-01-2003 sobre acción de amparo interpuesta por Jorge Luis Soyer López contra el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial la razonabilidad se funda en argumentos de carácter objetivo y no subjetivo. No depende de lo que una persona pueda considerar correcto y tampoco lo que beneficie a una persona o a un pequeño grupo. En esta última referencia a los grupos pequeños alude a ámbitos especializados de la sociedad, como por ejemplo “el de los universitarios” “el de los obreros” “el de los “ingenieros”

Este concepto podría darnos a entender que este grupo pequeño seria la población LGTB pero a través de los años se ha visto que esta población cada vez es más grande y cada vez tienen menos miedo del rechazo de la sociedad saliendo a marchas como la marcha por la igualdad o la que se realizó frente al congreso para exigir el debate del proyecto de ley de la unión civil.

“El Tribunal en su sentencia N° 0141-2002-AA-TC emitida el 23 de Octubre del 2002 sobre acción de amparo interpuesta por Cesar Hugo Arancibia Pando en representación del sindicato de Transporte de Servicio Público de la provincia de Huancayo contra el Concejo Provincial de Huancayo señalo que la razonabilidad exige imparcialidad y justificación técnica, se refiere con la imparcialidad en el sentido de quien actúa no debe beneficiar impropriamente más a unos que a otros, y se refiere con la justificación técnica al fundamentar las decisiones en base de los conocimientos humanos.

En este sentido se entiende que no se estaría beneficiando impropriamente a la población LGTB al reconocerles sus uniones afectivas si no simplemente se les estaría reconociéndoles sus derechos fundamentales y a raíz de la aplicación de este principio se puede alegar que es exigible que se apliquen las mismas normas y se generen iguales consecuencias en situaciones análogas, como lo establece el método de integración jurídica denominado analogía a pari que consiste en donde hay la misma razón hay el mismo derecho, por lo que nos a suponer que como se reconoció al concubinato y se

convirtió en la unión de hecho así también se debería de reconocer la convivencia de las personas homosexuales regularizándolas bajo una figura legal.”¹²⁶

4. 6.2 Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad mide la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos o de elementos con relevancia jurídica comparativamente entre sí, de manera que haya un exceso de volumen, de significación o de cuantía entre uno y otro a partir de las consideraciones que se hacen en relación con cada tiempo y lugar.

El Tribunal Constitucional en su sentencia N° 0261-2003-AA-TC emitida el 26 de Marzo de 2003 sobre acción de amparo interpuesta por Capeco contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social dijo:

Para la regla de la proporcionalidad debe tenerse en cuenta la armonía y correspondencia en relación con la situación de hecho y la finalidad perseguida. En consecuencia, la diferenciación será válida si demuestra ser proporcional a la situación de hecho y a la finalidad perseguida.

Más aun, a la base objetiva y razonable de la diferenciación debe añadirse la racionalidad. Esta debe ser entendida como la necesidad de acreditar la adecuación del medio empleado por la ley con los fines perseguidos por ella. Esto implica la existencia de una conexión o vínculo eficaz entre el trato diferenciado que se legaliza, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se pretende alcanzar.¹²⁷

Bajo esta definición y en el presente caso se observa que para que no haya una vulneración a principio de igualdad y haya una diferenciación entre las normas se tiene que acreditar los siguientes requisitos:

- La existencia de una norma diferenciadora , en nuestro caso no hay una norma diferenciadora , el hecho está en que existe una norma la cual regula las uniones afectiva de parejas heterosexuales cumpliendo ciertos requisitos y una omisión de la norma, vacío

¹²⁶Rubio Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Lima, pág. 236

¹²⁷Rubio Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Lima, pág. 237

legal o falta de reconocimiento de las uniones afectivas de las parejas homosexuales que cumplen los mismos requisitos.

- La existencia de distintas situaciones de hecho y por ende la relevancia de la diferenciación, en el presente caso la situación de hecho relevante sería la orientación sexual de las parejas, la primera pareja es heterosexual que es aceptada por la sociedad y regulada por ley y la otra pareja es homosexual que aún no es regulada por la ley.

- Una finalidad específica, se alega para el no reconocimiento de la unión homosexual que se estaría salvaguardando el fin del matrimonio que es la procreación, que se estaría protegiendo los valores y no alteraría el orden público, entre otros.

- Razonabilidad, es decir su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales. En este caso se tendría que analizar si estos fines alegados son lo suficientemente válidos y justificables para la desigualdad que se hace ante la Ley.

- Racionalidad es decir coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue, en este punto tenemos que analizar si el hecho que una persona sea homosexual sea suficiente razón para que no se les reconozca sus derechos. Ante el principio de igualdad, esta diferenciación sería inconstitucional.

- Proporcionalidad es decir que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y finalidad.

Es entonces válido preguntar si la no regularización de las uniones homosexuales es proporcional a los derechos que se afectan. En el supuesto que la regularización de estas uniones si afecten al fin del matrimonio o van en contra de los valores morales, se debería analizar que hay otros métodos para regular estas uniones, quizá no un matrimonio igualitario pero si una unión civil o un reconocimiento de convivencia como se han presentado en los diferentes proyectos de ley.

4.7 Principio de igualdad

Señala Bobbio que, en las relaciones de igualdad, debe quedar claramente determinados dos aspectos, a saber, “¿igualdad entre quienes?” e “¿igualdad en qué?”. De este modo, si se limita el criterio de especificación al par todo-parte, caben cuatro posibles respuestas: a) igualdad entre todos en todo; b) igualdad entre todos en alguna cosa; c) igualdad entre algunos en todo; d) igualdad entre algunos en alguna cosa.¹²⁸

Así pues, en relación con nuestro tema, lo que postulamos es la igualdad entre todas las personas en el acceso al matrimonio y a tener convivencias reconocidas como tales por el Estado, de tal modo que se debe hacer una abstracción de la manera cómo viven su sexualidad y de la categorización que se hace de ella. En sentido contrario, mantener una diferenciación basada en el criterio de la orientación sexual de las personas como lo hace el código civil peruano constituye una violación del principio de igualdad.

El Tribunal Constitucional en su sentencia N°0261/2003/AA/TC emitida el 26 de Marzo de 2003 sobre acción de amparo interpuesta por la Cámara Peruana de la Construcción-CAPECO contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social señala a la igualdad en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona.

Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental, comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes: por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

En ese sentido, la igualdad es un -principio-derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o

¹²⁸Bobbio, Norberto. 1993 Igualdad y Libertad. Barcelona: Paidós.

identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona con los derechos que conceden a otras, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

Por consiguiente, presume la afirmación a priori y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, en razón de la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.¹²⁹

Se ve entonces que el Estado Peruano reconoce al derecho a la igualdad bajo dos criterios: La igualdad como principio y la igualdad como derecho fundamental de la persona.

La igualdad como principio podemos entenderla como una regla general, donde el Estado tiene que garantizar que se cumpla de manera obligatoria, a fin que se exija el derecho a que todas las personas seamos iguales.

Así, la igualdad se convierte en un principio que cualquiera puede exigir en cualquier recodo de la organización del Estado, porque cada persona y cada funcionario deben cumplirla no solo en sus quehaceres oficiales, sino en su trato cotidiano con los demás.

Ahora, la igualdad como derecho fundamental de la persona, se ve de una manera subjetiva ya que se reclama un trato igual al del resto, no discriminatorio ante las diferentes situaciones de la vida y convivencia con los demás ,esto, porque las personas somos todas iguales en un punto esencial y eso debe ser reconocido por el Derecho al margen de las naturales diferencias que existen entre nosotros y que nos permiten tener, simultáneamente a la igualdad de base, un perfil propio, individual e inconfundible que nos da la oportunidad de realizarnos como seres individuales e irrepetibles. Por esta misma razón, el Derecho no establece la igualdad sino que, se limita a reconocerla y garantizarla.¹³⁰

Sin embargo como lo hemos señalado antes, el verdadero concepto de igualdad consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, consideramos que en nuestro caso

¹²⁹Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 26 de Marzo de 2003 en el exp. 0261/2003/AA/TC sobre acción de amparo interpuesta por la Cámara Peruana de la Construcción-CAPECO contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social

¹³⁰Rubio Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Lima, pág. 156

los desiguales son las parejas homosexuales y que a través del principio de la naturaleza de las cosas y el principio de acción positiva el Estado Peruano debería regular su situación legal además que bajo el principio de igualdad el Estado debe garantizar la igualdad de derechos dentro del país a todas las personas sin importar su origen, raza, sexo ,idioma, religión, opinión y /o condición económica o por cualquier otro motivo que en este trabajo seria la orientación sexual.

El Tribunal Constitucional para ver si se está vulnerando el principio de igualdad realiza el **TEST DE IGUALDAD** que pasaremos a realizar:

Primer paso: Verificación de la diferencia normativa

En esta etapa, debe analizarse si el supuesto de hecho acusado de discriminación es igual o diferente del supuesto de hecho que sirve de término de comparación. De resultar igual, la medida legislativa que contiene un tratamiento diferente deviene en inconstitucional por tratar de modo diferente a dos supuestos de hecho similares.¹³¹

Análisis:

El supuesto de hecho acusado de discriminación es que aún no se regula la situación de las parejas homosexuales que reclaman el reconocimiento de su unión para así poder gozar de los mismos derechos que gozan las parejas heterosexuales al momento de convivir o al momento de casarse aun cuando ellos, las parejas homosexuales, cumplen con los mismos requisitos para la formalización de su unión de una pareja heterosexual.

El supuesto de hecho que sirve de término de comparación es que solamente se reconoce legalmente a las uniones de hecho heterosexuales y al matrimonio heterosexual aun cuando los requisitos para contraer estos sean los mismos que cumplen las parejas homosexuales.

¹³¹Rubio, Marcial; Eguiguren, Francisco; Bernal, Enrique. (2013). Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

Vemos entonces que el problema radica en que actualmente existen las convivencias de parejas heterosexuales como también las convivencias de parejas homosexuales, ambas cumpliendo los siguientes requisitos:

Pareja heterosexual Pareja Homosexual

- | | |
|-------------------------------|-------------------------------|
| - 2 años de convivencia | - 2 Años de convivencia |
| - Fidelidad | -Fidelidad |
| - Asistencia recíproca | - Asistencia reciproca |
| - Vida en común(cohabitación) | - Vida en común(cohabitación) |

Ante tal situación vemos que cuando una pareja heterosexual cumple con los requisitos antes señalados pueden solicitar ante un juez o notario el reconocimiento de su unión de hecho, reconocimiento del cual nacen derechos patrimoniales como la sociedad de gananciales, derecho de pensión, derecho a heredar, derechos alimenticios, por el contrario aunque una pareja homosexual tuviera más de 2 años de convivencia y cumpliera con los mismos requisitos el Estado Peruano no reconoce legalmente dicha situación ya que no existe dicha figura.

Se ve entonces que los dos supuestos de hecho son iguales solo que en el primero no se les reconoce ningún tipo de derechos ya que no existe la figura legal correspondiente y no se aprueba ninguna Ley para el reconocimiento de una unión homosexual, a pesar que ya se han presentado diferentes proyectos de Ley. En el segundo supuesto de hecho si se les reconoce sus derechos por ser parejas heterosexuales, lo que lleva a suponer que la falta de regularización de las uniones homosexuales se debe a que los sujetos que intervienen son personas homosexuales, esto conllevaría a suponer que tal distinción es solo a raíz de su orientación sexual y que esta “produce una degradación respecto de la calidad de ser humano de quienes tienen una orientación sexual distinta al modelo cultural predominante.

Ante la posibilidad que los supuestos de hechos no sean iguales ya que el matrimonio heterosexual y la unión de hecho están regularizados y la convivencia homosexual no, es que pasaremos a analizar el segundo paso del test.

Segundo paso: Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad, que puede dividirse en distintos grados:

- a) Intensidad grave: Cuando la discriminación se sustenta en los motivos proscritos por el Art. 2.2 de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental o un derecho constitucional.
- b) Intensidad media: Cuando la discriminación se sustenta en los motivos proscritos por el Art. 2.2 de la 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.
- c) Intensidad leve: cuando la discriminación se sustenta 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.¹³²

Análisis:

En este paso vemos que la intervención en la igualdad que se está dando al no reconocer las uniones homosexuales, *es de una intensidad grave* ya que al ser todos iguales debemos gozar de los mismos derechos, entre ellos el de formar una familia, contraer matrimonio, tener una vida digna, a desarrollarse libremente, a tener libertad de decisiones y de mantener una vida privada y como hemos analizado la no regularización de las uniones de las parejas homosexuales se debe a su orientación sexual, por lo que vemos claramente que si se vulnera el Art. 2.2 de la Constitución

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 cualquier otra índole.

Ante la realidad Peruana, la discriminación por “cualquier otra índole” debería considerarse ser la discriminación por orientación sexual que sufren la población

¹³²Rubio, Marcial; Eguiguren, Francisco; Bernales, Enrique. (2013). Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.

homosexual, tanto a la discriminación social existente como a la discriminación jurídica al no reconocerles sus derechos.

Estas expresiones se deberán interpretar de acuerdo a los cambios sociales para que así se pueda garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas que se encuentren vulneradas, en este caso de las personas homosexuales.

El Tribunal Constitucional en su sentencia N° 0926-2007.PA/TC, antes señalada, sobre acción de amparo interpuesta por C.F.D.A. contra el Director de Instrucción y Doctrina de la PNP dijo: Al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.¹³³

Cabe mencionar que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han establecido que La orientación sexual se encuentra bajo la categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana ya 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. Por ello, cualquier mecanismo de discriminación que tenga como origen la opción sexual, sea a través de normas, reglamentos, prácticas estigmatizadoras o segregacionistas, así como de un lenguaje ofensivo, es contrario a la Constitución y vulneratorio de los derechos fundamentales de la persona.

Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios. En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de

¹³³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 15 de Octubre de 2004 en el exp. 0926-2007.PA/TC sobre acción de amparo interpuesta por C.F.D.A. contra el Director de Instrucción y Doctrina de la PNP.

discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1102 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2103 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹³⁴

Ante lo mencionado vemos que la no regularización de las uniones de parejas homosexuales cabría dentro de la vulneración del Art. 2.2 de la Constitución, ya que el trato discriminatorio de la población LGTB es debido a su orientación sexual, categoría incluida bajo “cualquier otra índole”:

Ahora vemos que el siguiente requisito para caer en una escala de vulneración a la igualdad en intensidad grave, es que esta vulneración tiene que tener como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental o un derecho constitucional.

A continuación pasaremos a analizar qué derechos fundamentales se estarían vulnerando a la población LGTB al no reconocérseles sus derechos:

a) Sobre la defensa y el respeto de la dignidad de la persona humana

Como lo hemos señalado anteriormente la defensa y el respeto de la dignidad de la persona humana son el fin supremo del estado. Lo que busca el Estado y la sociedad es defender a la persona humana y respetar su dignidad tanto a la persona individual como a la persona que forma parte de la sociedad, es decir a la relación que tiene una persona con la sociedad. Hemos dicho también que el carácter digno de una persona no se pierde por el hecho de ser homosexual ni distingue a las personas por su opción sexual y que la condición de homosexual de una persona no significa ni puede ser visto como una disminución de su calidad moral, profesional, mental o física.

Por lo tanto al ver que la sociedad si discrimina a las personas homosexuales de una manera directa como en el ámbito social, laboral o familiar o de una manera indirecta al no regularizar su situación es que nos lleva a señalar que si se está vulnerando este derecho-principio que es el de la dignidad.¹³⁵

¹³⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida el 24 de Febrero del 2012 sobre el Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile

¹³⁵ Rubio, Marcial; Eguiguren, Francisco; Bernales, Enrique. (2013). Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú

b) Sobre el Derecho a la igualdad y al no ser discriminado

Como sabemos el hecho de discriminar es hacer distinciones, exclusiones o restricciones a una o un grupo de personas que conlleven a menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos o de sus libertades fundamentales.

El concepto de discriminación tomando como base las definiciones establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dijo que la discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.¹³⁶

Cabría entonces analizar si el Estado Peruano hace distinciones, exclusiones o restricciones vulnerando derechos fundamentales a las personas homosexuales a raíz de su orientación sexual.

En la Sentencia N 0926-2007.PA/TC, antes señalada, el Sr. C.F.A.D. interpone demanda de amparo contra el Director de Instrucción y Doctrina de la PNP solicitando que se ordene su reposición como alumno del 2 año de la escuela técnica de la PNP de Puente Piedra.

El demandante sostiene que ha sido destituido de dicha escuela con violación del derecho de defensa en el procedimiento administrativo disciplinario, acusándolo de haber cometido una falta muy grave contra la moral policial (contra el decoro). La falta muy

¹³⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida el 24 de Febrero del 2012 sobre el Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile

grave cometida consistiría en haber mantenido relaciones homosexuales en más de una oportunidad entre los meses de octubre 2002 y setiembre 2003.

En el proceso se realizaron las siguientes diligencias: (i) se recibió el testimonio de los alumnos implicados en dicha acusación, (ii) se recibe el testimonio de alumnos testigos, (iii) se realizó un examen psicológico con el fin de determinar la orientación sexual de los implicados por parte del centro médico y (iv) se efectuó un examen médico forense preferencial anal por parte de la dirección de criminalística de la PNP.

EL 16-10-2003 mediante Resolución Directoral N° 788-2003, el Director de Instrucción y Doctrina de la PNP resuelve separar al demandante y a don R.E.C.P por tener una relación sentimental de pareja y por mantener relaciones sexuales en más de una oportunidad en los baños del 2 nivel.¹³⁷

Ante estos hechos se observa que si bien es cierto el practicar relaciones sexuales dentro de la escuela técnica de la PNP configura una falta grave contra el decoro , el retiro del demandante fue a causa que estas relaciones sexuales fueron cometidas presuntamente con otro hombre, por lo que al tratarse de una relación homosexual se procedió al retiro de los 2 involucrados afectándoseles allí su derecho a la igualdad y a la no discriminación ya que las relaciones sexuales cometidas dentro del centro de estudios estaba penalizado solamente como falta grave "contra el decoro" y no había la necesidad de expulsarlos. Esta expulsión fue fundada por su orientación sexual comprobándolo así porque se les realizo un examen psicológico y un examen médico forense preferencial anal para determinar su condición de homosexuales a los involucrados.

Primeramente se ve afectado su derecho a la igualdad, ya que se observa que si la relación sexual realizada se hubiese mantenido entre una pareja heterosexual la sanción impuesta hubiese sido una sanción grave de acuerdo a lo establecido en su reglamento pero ya que esta presunta relación sexual fue mantenida entre dos hombres conllevó al retiro de los estudiantes.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 15 de Octubre de 2004 en el exp. 0926-2007.PA/TC sobre acción de amparo interpuesta por C.F.D.A. contra el Director de Instrucción y Doctrina de la PNP.

Además de ello se ve afectado su derecho a la no discriminación por que se les practico 2 exámenes médicos para averiguar la “condición de homosexuales” de los investigados, los cuales no tendrían sentido ya que lo que se buscaba investigar era que la relaciones sexuales fueron cometidas dentro de la escuela policial no que si estos mantenían una relación de pareja. Estos exámenes practicados arrojarían solamente la existencia de una relación emocional entre ellos, lo que les incumbe solamente a ellos y a su esfera personal.

El tribunal Constitucional señalo al respecto “En el proceso administrativo, aparte de los testimonios recibidos, se practicó un informe psicológico y un informe de proctoscopia con el fin de determinar si los alumnos implicados son homosexuales. Es precisamente en la práctica de estas diligencias que, según se advierte, se empieza a vulnerar los derechos fundamentales del demandante, además señalo que el someter a una persona a este tipo de pruebas cuando estas no aportan ningún grado de convicción para demostrar que tuvo relaciones sexuales dentro de la escuela policial, es un maltrato que viola la integridad personal, constituyéndose en un trato degradante. Es de especial atención la práctica del examen psicológico puesto que sugiere que dentro de la escuela policial se podría llegar a considerar que la homosexualidad es fruto de un trastorno o deficiencia mental, lo cual no es solo un criterio anacrónico y retrogrado, sino violatorio de los derechos a la intimidad, al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la integridad personal del demandante, que se configura como un trato discriminatorio”¹³⁸

Ante el presente caso se confirma que en el Perú si hay una discriminación hacia las personas homosexuales, este discriminación se puede dar de una manera directa o de una manera indirecta ya que el derecho a la igualdad y al no ser discriminado no solamente se basa en hechos discriminatorios sino que también al no reconocer a un determinado grupo de personas sus derechos fundamentales o a su vez al no garantizar la protección de estos derechos admitiendo una desigualdad en la Ley interna como se ha podido interpretar del artículo 24 de la Convención Americana cuando señala que el Estado también discrimina a raíz de una protección desigual de su ley interna o de su aplicación.

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 15 de Octubre de 2004 en el exp. 0926-2007.PA/TC sobre acción de amparo interpuesta por C.F.D.A. contra el Director de Instrucción y Doctrina de la PNP.

La corte Interamericana de los Derechos Humanos señaló al respecto que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a igual protección de la ley. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana.

Lo que pasa es que las sociedades contemporáneas van cambiando con el tiempo, se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y el Estado deben ayudar al avance social, de lo contrario estarían legitimando distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos aunque no sea de una manera directa¹³⁹.

Ante el hecho que el Estado Peruano no regule las uniones homosexuales, está cayendo en una discriminación indirecta ya que los Estados , según la Corte Interamericana de Derechos Humanos , deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

¹³⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida el 24 de Febrero del 2012 sobre el Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile

Es por esto que el Estado Peruano, como obligación, deberá de regularizar la situación de la población LGTB para revertir la actual discriminación que ellos sufren, tanto en el reconocimiento de sus uniones afectivas como en el trato discriminatorio que aún existe dentro del país ya que la presunta falta de un consenso al interior de algún país sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.

El Perú y los tratados internacionales ¹⁴⁰

Como se sabe el Perú ha ratificado varios Tratados Internacionales sobre discriminación e igualdad entre ellos:

-Declaración Universal de derechos Humanos

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.

Artículo 2.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Con esta disposición se reafirma que cada persona, como parte de la humanidad, es igual a cada una de ellas, por lo que gozaran de los mismos derechos como lo señala su Art. 7°:

Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

¹⁴⁰ Bossert, Gustavo, Unión extraconyugal y matrimonio homosexual , Astrea, pág. 327

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 2. Inc.1) Cada uno de los Estado 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 cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Inc.2) Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Adicionalmente, establece la igualdad ante la Ley como derecho específico de las personas y prohíbe la discriminación de la siguiente manera:

Artículo 26 Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derechos sin discriminación a igual protección de la Ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

-Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo 2. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

-Convención Americana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica

Artículo 1. Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivo de raza,

color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.

-Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género (Asamblea General de las Naciones Unidas)

Declaración de fecha 22 de diciembre de 2008 donde se reafirmó el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, una declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género.

Órganos de la Comunidad Europea

El art 13 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (1999) estableció que: el “Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicción, discapacidad, edad u orientación sexual.”

La Convención Europea de Derechos Humanos, en su art 14 (Interdicción de discriminación) dispone que “los derechos y libertades reconocidos en la Convención deben ser asegurados sin distinción alguna, fundada sobre el sexo, la raza, entre otros posibles motivos.”

Ley Antidiscriminatoria (Argentina) La Ley 23.592 de 1988

Art. 1º, sanciona los actos discriminatorios “determinados por motivos tales como raza, religión...sexo” disponiendo que quien los cometa será obligado, a pedido del damnificado, a cesar en el acto discriminatorio y a reparar el daño material y moral ocasionado.

Cabe considerar que la razón de ser y la finalidad del art. 1 º de esta a Ley permiten sostener, como principio general, que no es posible negar el ejercicio de derechos sobre la base de la homosexualidad del sujeto.

-Delito de injurias en Francia

El agravio fundando en la orientación sexual de la víctima puede dar lugar al delito de injurias (art.110 y ss. Del Código Penal)

Por su parte, en Francia, la Ley del 30/12/2004 de manera expresa “ha creado a la sombra del delito general de injuria” .el “delito de injuria cometido contra una persona o grupo de personas en razón de su sexo, de su orientación sexual o de su inferioridad

Gracias a que el Estado Peruano es parte de los Tratados Internacionales está obligado no solo nacionalmente si no internacionalmente a hacer cumplir todas las disposiciones antes señaladas y cumplir así con su deber de protección de derechos humanos a toda la población, incluyendo las personas homosexuales.

c) Sobre el Derecho a la identidad, a la Libertad y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad

Como antes lo señalamos el derecho a la dignidad de la persona implicaba muchos más derechos fundamentales dentro de los cuales se encuentra el derecho a la identidad, al libre desenvolvimiento de la personalidad y al de la libertad individual.

- **El libre desenvolvimiento de la personalidad**, *el Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia N° 0926-2007.PA/TC que es el fundamento bajo el cual una persona puede buscar un sentido de pertenencia e identificación dentro de la*

sociedad, cuyo goce y ejercicio abarca aquellas decisiones que no encuentran protegidas de forma especial por otros derechos y garantías, permitiendo que pueda tomar las decisiones que considere necesarias para cumplir su plan racional de vida.

Añadió además que en un Estado social y democrático de derecho ningún ser humano debe verse limitado en el libre desenvolvimiento de su personalidad e identidad sexual. Es una obligación del Estado el proteger el ejercicio de este derecho así como el de derogar o eliminar las medidas legales o administrativas que puedan verse como una traba para su ejercicio, sin que esto implique un abuso del mismo. Esto quiere decir que la identidad sexual se basa no solo en elementos eminentemente objetivos, si no que incluye factores subjetivos o psicológicos en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros.¹⁴¹

Entonces si el derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en la posibilidad que debe tener cada ser humano de desarrollar todas sus potencialidades y llegar a la realización como ser humano, se estaría vulnerando este derecho a la población LGTB ya que muchos de ellos no se pueden mostrar como realmente son frente a la sociedad por temor a un rechazo , también conlleva a suponer que se les estaría vulnerando este derecho ya que muchos sueñan con la posibilidad de formar una familia y que así cuenten con una estabilidad emocional, financiera y psicológica para que ante los diversos problemas puedan ayudarse el uno con el otro solidariamente y al no contar con una figura legal no pueden llegar a realizarlo.

Este derecho conlleva a que se relacionen con otros dos derechos que son el derecho de identidad y el derecho a la libertad.

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 15 de Octubre de 2004 en el exp. 0926-2007.PA/TC sobre acción de amparo interpuesta por C.F.D.A. contra el Director de Instrucción y Doctrina de la PNP.

- **El derecho de identidad**

El derecho de identidad, para que te puedas identificar dentro de una sociedad tienes que tener características propias, las que incluyen desde los gustos personales hasta las ideologías, todas estas características forman cada personalidad.

Para Marcial Rubio Correa la identidad personal es un derecho de connotaciones binarias consistente en la autoconciencia que el individuo tiene de sí mismo como un ser único y distinto de sus congéneres. En efecto, cada persona tiene signos distintivos formales y sustanciales (jurídicos, ideológicos y conductuales) que lo hacen esencialmente disímil a los demás, al margen por cierto de características naturales que son comunes a toda la especie humana (la libertad, la racionalidad, la sociabilidad) ¹⁴²

Dentro de estas características propias se considera el hecho de ser homosexual, lesbiana, bisexual, transexual, etc., como parte del derecho a la identidad ya que ser homosexual es una característica propia de cada persona, es por esto que la identidad sexual debe de ser protegida también por el Estado.

El Tribunal Constitucional ha señalado al momento de resolver la sentencia N° 0926-2007-PA/TC, que la identidad sexual no se encuentra protegida dentro del ámbito de la jurisdicción ordinaria y que en el Perú no existen tendencias para proteger el derecho fundamental a la identidad sexual y a guardar reserva sobre las convicciones que pertenecen al núcleo íntimo de la persona humana. Por lo que resuelve a garantizar el derecho a la identidad de las personas homosexuales como un interés jurídico superior, parte de su derecho a la identidad ya que es necesario afirmar que cualquier limitación del reconocimiento de su identidad sexual, y su voluntad de guardar reserva en torno a ella, constituye una vulneración de sus derechos fundamentales.

En la Sentencia N° 2868/2004-AA/TC emitida el 24 de Noviembre de 2004 sobre acción de amparo interpuesta por el Sr. José Antonio Álvarez Rojas contra el Ministerio del Interior, se solicitó su reincorporación al servicio activo de la Policía Nacional y se solicitó su reconocimiento de su tiempo de servicios ya que se le impuso una sanción de 10 días, sanción que fue elevada a 18 días por faltas contra el decoro y la obediencia.

¹⁴² Rubio Marcial. Eguiguren Francisco , Praeli, Enrique Ballesteros Bernaldes , Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 128

Agrega que por los mismos hechos se le paso de la situación de actividad a la de disponibilidad por medida disciplinaria y finalmente se dispuso su retiro.

La sanción interpuesta fue a raíz que el demandante no solicito el permiso para contraer matrimonio a la autoridad competente , lo cual fue sancionado, el problema radico que a través de la resolución N° 0262-IV-RPNP.UP.AMDI se dijo que el recurrente se casó con Oscar Miguel Rojas Minchola quien para tal efecto asumió la identidad de Kelly Migueli Rojas Minchola quien había adulterado sus documentos personales y había mantenido una relación de convivencia en forma sospechosa con el recurrente y siendo él, auxiliar en enfermería, se debió percatar que tenía anomalías en sus órganos genitales, condición por la cual se señala que el recurrente cometió graves faltas contra el decoro y el espíritu policial y se dispuso a su retiro.

El tribunal Constitucional dijo al respecto:

“Transexuales, principio de dignidad y exceso de poder administrativo. Cabe, no obstante, entender que la sanción interpuesta no solo haya obedecido a las razones que antes se ha expuesto, sino también al hecho de haber mantenido relación de convivencia con un transexual, con << anomalías físicas>> en sus órganos genitales, pese a conocer tal condición, o tener que razonablemente haberlo inferido dada su condición de auxiliar de enfermería.

A criterio del Tribunal, tal cuestión pone de manifiesto un doble orden de problemas. Por un lado, si la convivencia con un transexual puede o no ser considerada ilícita desde el punto de vista de del derecho administrativo sancionador y, por otro, vistas las razones expuestas en la parte considerativa de la Resolución Regional, en virtud de la cual se sanciona al recurrente, la coherencia interna del acto administrativo sancionador”

Luego añadió lo siguiente:

Respecto al primer asunto, el Tribunal debe destacar que de conformidad con el art 1° de la Constitución la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. En ese sentido, el respeto por la persona se convierte en el leitmotiv que debe informar toda actuación estatal. Para tales efectos, la

Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales, tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona.

El carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho que se haya cometido un delito. Tampoco por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría. Como lo ha sostenido la Corte Suprema de Estados Unidos en el Caso *Planned Parenthood of Southeastern vs Casey* “estos asuntos, relativos a las más íntimas y personales decisiones que una persona puede hacer en su vida, decisiones centrales para la autonomía y dignidad personal, son esenciales para la libertad (...) En la esencia de la libertad se encuentra el derecho a definir el propio concepto de la existencia, el significado del universo y el misterio de la vida humana. La creencia sobre estos asuntos o la definición de los atributos de la personalidad no pueden ser formadas bajo la compulsión del estado “(*Planned Parenthood of Southeastern vs Casey*, 505 US 833(1992)). Pero si no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado, tampoco pueden considerarse ilícitos desde el punto de vista del Derecho, a no ser que con su ejercicio se afecten bienes jurídicos. Forman parte de aquello que el Derecho no puede regular. De ahí que cuando el Estado, a través de sus órganos, sanciona a un servidor o funcionario por tener determinado tipo de relaciones homosexuales, o como el presente caso, con un transexual, con independencia de la presencia de determinados factores que puedan resultar lesivos a la moral o al orden público, se está asumiendo que la opción y preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica. Es decir, se está condenando una opción o una preferencia cuya elección solo corresponde adoptar al individuo, como ser libre y racional.”¹⁴³

A raíz de esto se observa nuevamente que la sociedad Peruana vulnera otro derecho fundamental a las personas homosexuales, ya que la identidad de la persona forma parte de su dignidad, esta vulneración existe aun cuando el Tribunal Constitucional ha señalado que la Constitución Peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales, tampoco en función del sexo que pudieran tener, se respeta la dignidad de la

¹⁴³Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 24 de Noviembre de 2004 en el exp. N° 2868/2004-AA/TC, sobre acción de amparo interpuesta por el Sr. José Antonio Álvarez Rojas contra el Ministerio del Interior,

persona, así el Estado Peruano tiene la obligación de garantizar el libre desenvolvimiento de los derechos de las personas sean o no homosexuales.

d) El derecho a la libertad y a la vida privada

El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad o a la vida privada involucra al conjunto de actos, situaciones o circunstancias que, por su carácter personalísimo, no se encuentran normalmente expuestos al dominio público. Protege tanto la intimidad de la persona como la de su familia, y comprende la libertad del individuo para conducirse en determinados espacios y tiempo, libre de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados.

El derecho a la intimidad se proyecta en dos dimensiones: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida la intimidad como secreto, atentan contra ella todas las intromisiones o divulgaciones ilegítimas respecto a hechos relacionados con la vida privada o familiar, o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, la intimidad trasciende y se realiza en el derecho de toda persona a tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.

La vulneración de la intimidad personal y familiar se produce por la sola intromisión externa o perturbación no autorizadas en las aéreas privadas o reservadas (actos, hechos, hábitos, datos) que comprende, así como con la divulgación de su contenido sin contar con el consentimiento de su titular.¹⁴⁴

Por su parte Novoa Monreal enumera distintas situaciones, actividades y fenómenos que pueden considerarse como vida privada:

- a) Ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desee sustraer al conocimiento ajeno;
- b) Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual
- c) (Novoa Monreal, 1995, p. 185)

¹⁴⁴ Rubio Marcial, Eguiguren Francisco, Eguiguren Praeli, Bernales Enrique, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú,, pp. 260-261

Ante ello se advierte que el derecho a la vida privada abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares, en este sentido la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo, por lo que el Estado Peruano tiene que velar para su protección.

El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad.

Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional. En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.¹⁴⁵

Por lo tanto se entiende que el derecho a la intimidad, donde se incluye la protección a la orientación sexual de las personas, no solo abarca la identidad física y social de las personas si no también abarca su derecho a la libertad, ya que estos derechos engloban, el que tanto una persona puede expresarse libremente ante la sociedad según sus propias características que incumben a su vida íntima, en nuestro caso se observa que las personas homosexuales no pueden desarrollarse libremente, expresando su orientación sexual, ya que la sociedad aun no las acepta y como consecuencia se restringe el derecho a la intimidad de las personas homosexuales y con ello su derecho a la libertad.

¹⁴⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida el 24 de Febrero del 2012 sobre el Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile

3. Tercer paso: Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación.

La existencia de una diferente regulación normativa o de un trato distinto debe ser apreciada en relación con la finalidad constitucional de la medida legal adoptada sobre determinada materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir siempre un fin constitucional. Si la medida legislativa que establece un trato de hecho diferente a supuestos de hecho diferentes no contiene un fin constitucional, entonces tal medida resulta inconstitucional. Si contiene un fin constitucional, entonces corresponde dar el siguiente paso.¹⁴⁶

¿Cuál es la finalidad constitucional entonces de no regularizar las uniones homosexuales?

ANÁLISIS A LA POSTURA QUE SOSTIENE QUE EL FIN CONSTITUCIONAL PROTEGIDO ES LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA TRADICIONAL COMO BASE DE LA SOCIEDAD

1 La familia

1.1 Definición de familia

Según el enfoque sistémico de Eguiluz (2003), la familia es una unidad interactiva, como un “organismo vivo”, compuesto por distintas partes que ejercen interacciones recíprocas. Del mismo modo, podemos considerar a la familia un sistema abierto construido por varias unidades ligadas entre sí por reglas de comportamiento, cada parte del sistema se comporta como una unidad diferenciada, al mismo tiempo que influye y es influida por otras que forman el sistema. Para Ares (1990), la familia es “la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia común, en la que se generan fuertes sentimientos de pertenencia, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad e independencia”.

Papalia (1997), refiere a la familia como el principal transmisor de los conocimientos, valores, actitudes, roles y hábitos que una generación pasa a la siguiente, sin desconocer que para llegar a ser adultos íntegramente desarrollados, capaces de dirigirse, de realizarse como persona y contribuir positivamente al desarrollo de los otros y de la

¹⁴⁶ Rubio Marcial, Eguiguren Francisco, Eguiguren Praeli, Bernalles Enrique, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 348, citando a Francisco Eguiguren Praeli, 2004, pág., 155

sociedad en general, el ser humano debe ir logrando ciertas tareas en etapas anteriores a la adultez a lo cual contribuyen fundamentalmente cuatro agentes de socialización: la familia, el colegio, el grupo de pares y los medios de comunicación social.

Para Cornejo (2004), la Estructura Familiar “es el conjunto invisible de demandas funcionales que organizan los modos en que interactúan los miembros de una familia. Es el conjunto de demandas funcionales que indica a los miembros como deben”.

Sociológicamente, la familia ha sido considerada como "una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana", según Méndez (2008), definición que, no obstante los términos aparentemente vagos en que está concebida, puede ser admitida como correcta. La idea de familia puede ser concebida en diferentes sentidos En sentido amplio, la familia es "el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad". Esta concepción tiene una importancia relativamente reducida a menos que se le ponga límites restringidos en la línea colateral; y porque, desde otro ángulo, ignora la situación de los convivientes no casados.

Sobre el ideal de familia nuclear:

“El ideal de familia nuclear que se consolidó en el siglo XIX enfatizó cuatro ideas. Primera: que la familia debía ser el lugar principal para el despliegue de la afectividad y la satisfacción de necesidades de este tipo. Esto implicó, de un lado reforzar los elementos afectivos del matrimonio y, de otro, centrar el afecto como ingrediente en la relación entre padres e hijos.

Segunda: que las mujeres debían asumir la crianza de los niños y las labores hogareñas, dadas sus capacidades especiales para ello. Este rol de las mujeres se reforzó de diversas maneras: por una parte, resaltando la importancia de la lactancia en la nutrición de los menores y en la creación del vínculo afectivo entre madre e hijo; por otra, resaltando la sensibilidad de las mujeres y por tanto sus dones para dar a los hijos el amor necesario para su desarrollo; finalmente, resaltando las habilidades de las mujeres para la economía doméstica y la íntima conexión de ésta con un adecuado desarrollo de los hijos.

Tercera: que los hombres debían hacerse cargo tanto de la producción económica como de la política, esto es, ser los actores principales del mercado y el Estado. Este rol también se justificó a partir de cierta concepción de las cualidades especiales de los

hombres. Por último, y en íntima relación con las anteriores, que la familia debía pertenecer al espacio privado y, por lo tanto, que sus miembros debían resolver sus diferencias sin la intervención del Estado”¹⁴⁷

1.2. Clases de familia

- Familia nuclear, formada por la madre, el padre y su descendencia.
- Familia extensa, formada por parientes cuyas relaciones no son únicamente entre padres e hijos. Una familia extensa puede incluir abuelos, tíos, primos y otros parientes consanguíneos o afines.
- Familia monoparental, en la que el hijo o hijos viven sólo con uno de sus padres, es decir o solo el padre o solo la madre.
- Familia ensamblada, es la que está compuesta por agregados de dos o más familias (ejemplo: madre sola con sus hijos se junta con padre viudo con sus hijos), y otros tipos de familias quienes viven juntos en el mismo lugar por un tiempo considerable.
- Familia homoparental, aquella donde una pareja de hombres o de mujeres se convierten en progenitores de uno o más niños. Las parejas homoparentales pueden ser padres o madres a través de la adopción, de la maternidad subrogada o de la inseminación artificial en el caso de las mujeres. También se consideran familias homoparentales aquellas en las que uno de los dos miembros tiene hijos de forma natural de una relación anterior.

1.3 De los caracteres de la familia

El Derecho de Familia tiene caracteres singulares y propios, que lo distingue de los demás derechos, porque regula relaciones de desenvolvimiento inexorable (pese a la voluntad del hombre), por lo que más que familiares merecen el calificativo de relaciones naturales, que de hecho están gobernadas por la naturaleza antes que por la ley. A lo que se agrega que, en consideración a que la familia constituye la célula fundamental de la Nación, el Estado, con el propósito de protegerla, ha elevado al rango de orden público las normas que dicta para el gobierno del grupo familiar.

De ahí que los caracteres que distinguen al Derecho de Familia son:

¹⁴⁷ Calle, Luz, 1995, La familia. Extracto de su historia. Estructura, funciones, elementales esenciales y problemática jurídica, Bogotá: Ed. Kelly, pág.162

a. De Carácter Natural: Si bien el Estado tiene la facultad soberana de regular las relaciones sociales en la forma más conveniente para el interés público, en el caso del Derecho de Familia existe la dificultad que no se puede modificar las relaciones familiares a voluntad, sino en la medida que lo consientan la naturaleza y el interés social; que no se traspase los límites señalados por la naturaleza y el interés de la sociedad.

Así por ejemplo: no se podría prohibir la relación sexual entre marido y mujer durante el matrimonio, porque la naturaleza, dice Cornejo Chávez, coloca el contacto sexual y la generación en la esencia del fenómeno familiar.¹⁴⁸

b. De Orden Público: El Estado, como se ha dicho, con el propósito de amparar a la familia, de contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en atención a su importancia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación, ha elevado a la categoría de disposiciones de orden público las normas más importantes del Derecho de Familia, las que, por tanto, no pueden ser modificadas ni suprimidas por decisión de la voluntad individual de los cónyuges, porque no admiten pacto en contrario, como lo establece el Art. V del Título Preliminar del Código Civil.

Consecuentemente, como dice Cornejo Chávez, en el Derecho de Familia la voluntad individual es menos autónoma que en las demás esferas del Derecho, ya que es incapaz de actuar o de pactar en sentido contrario a las normas que tienen la fuerza de las de orden público, que son, la mayoría en el ámbito del derecho familiar. De ahí que si la ley consiente el pleno ejercicio de la voluntad individual para concertar y celebrar el matrimonio, en los demás casos, de las normas que regulan el funcionamiento de la familia así constituida, el ordenamiento jurídico externo es inflexible, de ahí que las relaciones reguladas no pueden ser objeto de transacción, subrogación, modificación, ni aún, muchas veces, de prescripción.¹⁴⁹

No tendría, por ejemplo, validez alguna, el pacto que celebran padres para la exterminación de los hijos, o de educarlos para el delito.

¹⁴⁸ Cornejo Chávez, Héctor. "Derecho Familiar Peruano". Tomo I. Sociedad Conyugal. Studium. 7ma. Edición. Lima-Perú. 1988

¹⁴⁹ Ibídem, pág. 231

c. De Carácter Ético: Como se ha dicho, no sólo las normas jurídicas son las que gobiernan el desenvolvimiento de la familia, sino que también hay concurrencia o, participación de normas de otra índole, como son las religiosas, morales, de tradición, etc., en una especie de cogobierno.

Pero hay mayor vinculación con las normas éticas, con las que suelen confundirse las jurídicas, pudiendo afirmarse que éstas dos clases de normas son las que gobiernan el desenvolvimiento de la familia, ya que el legislador ha incorporado al derecho positivo, con el carácter de jurídicas, un número importante de las normas morales que se refieren a la vida íntima del núcleo familiar, como es el caso de las obligaciones recíprocas que, se generan para los cónyuges como efecto de la celebración del matrimonio: de fidelidad, asistencia y la de hacer vida común, materia de los artículos 288° y 289°.¹⁵⁰

1.4. EL derecho de la familia en el Perú

Nada o poco se sabe de las instituciones familiares de las culturas preincaicas, dice Cornejo Chávez, pero se tiene mayores referencias del derecho familiar incaico, basado en el matrimonio monogámico, aunque se creó que el Inca y los nobles, con cierta limitación, practicaban la poligamia, y que los matrimonios se celebraban entre personas de igual linaje que no sean parientes, con excepción del Inca para el que no se aplicaba el impedimento del parentesco. Se cree que el matrimonio algunas veces adoptaba la forma contractual de la compraventa en presencia de los familiares de los contrayentes o asumía, otras veces, la forma administrativa con intervención de un funcionario, y que además funcionaban otras uniones tales como en servinakuy o tínkunakuspa.

Con la llegada de los conquistadores, y la organización de la colonia, se introdujo en el Perú y en América, un régimen jurídico radicalmente diferente al derecho familiar autóctono, desconocido para los aborígenes, como aquél lo fue para los recién llegados. No se produjo la amalgama de ambos derechos, sino que España impuso su propio ordenamiento legal, consagrando el matrimonio monogámico, con el carácter de sacramento, y celebrado de acuerdo con las formalidades canónicas, pero que podía ser contraído entre personas de diferente raza. Figurando entre las leyes más importantes la

¹⁵⁰Ibídem, pág. 231

Recopilación de las Leyes Indias, las Leyes de Toro, las Pragmáticas del Rey, el Fuero Viejo, el Fuero Juzgo, etc.¹⁵¹

Al advenir la república, en medio del desconcierto general, continuó rigiendo la legislación española hasta la promulgación del primer Código Civil Peruano, con excepción de la breve vigencia del Código Civil boliviano de Santa Cruz. Sin embargo, hay que destacar el primer proyecto de Código Civil que en los primeros años de la república formuló don Manuel Lorenzo de Vidaurre, importante por haberse adelantado en más de un Siglo en la introducción de modificaciones tan sustanciales y revolucionarias, que para ser adaptadas al Perú se tuvo que esperar hasta el 14 de noviembre de 1936, en que comenzó a regir el segundo Código Civil peruano.

Manuel Lorenzo de Vidaurre consideraba al matrimonio como un contrato civil y natural, no como un sacramento, eliminaba la sanción o discriminación entre diferentes clases de hijos, Consagraban el derecho de la mujer para oponerse a las arbitrariedades del marido, suprimía el matrimonio in extremis, prohibía el matrimonio para los varones mayores de 65 años y para las mujeres mayores de 55 años.

Después de la breve vigencia del Código Civil boliviano de Santa Cruz, con la Confederación Perú Boliviana, fue dado el primer Código Civil peruano de 1852, que en materia familiar, recepcionó la legislación española, con el matrimonio monogámico indisoluble sujeto a las formalidades del Concilio Trento, y sujetando las relaciones internas del grupo familiar, al principio de sumisión de la mujer al marido y de los hijos a los padres.

En diciembre de 1897 se dio una ley que modificó parcialmente al Código de 1852 a fin de autorizar el matrimonio civil de los no católicos.

En la legislatura de 1918-1920, ambas Cámaras aprobaron un proyecto de ley que secularizaba el matrimonio le introducirla el divorcio vincular. Esta ley fue observada por el Poder Ejecutivo, se tuvo que esperar diez años, hasta 1930, en que retirada la observación, fue promulgada el 04 de octubre con el N° 6889, por el Gobierno de Facto del Comandante Luis M. Sánchez Cerro, y completada por la Ley 7282 y fundamentalmente por las Leyes N° 7893 y 7894, que autorizaron el divorcio vincular por mutuo disenso.

¹⁵¹ Plácido V. Alex F. "Manual de Derecho de Familia" Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima Perú 2001.

El 14 de noviembre de 1936, entró en vigencia el segundo Código Civil peruano, cuyo proyecto fue redactado por la Comisión integrada por los Doctores Juan José Calle, Pedro M. Oliveira, Alfredo Solf y Muro, Manuel Augusto Olacoea y Hermilio Valdizán. En cuanto al Derecho de Familia, este Código lo organizó sobre la base del matrimonio monogámico civil pero disoluble, directamente mediante el divorcio vincular e indirectamente mediante la separación de cuerpos.¹⁵²

1.5 Las constituciones de 1979, 1993 y el código civil de 1984

No mucho tiempo después de su promulgación se puso de manifestó la necesidad de considerar la reforma y actualización del Código Civil de 1936, para cuyo objeto, por Decreto Supremo N°. 95, de 1 de marzo de 1965, se creó una Comisión Especial encargada de revisar el citado Código y de proponer las modificaciones que estimare convenientes, Comisión que inicialmente fue presidida por el entonces Ministro de Justicia, Doctor Carlos Fernández Sessarego e integrada por los; jurisconsultos: José León Barandiarán, Héctor Cornejo Chávez, Rómulo Lanatta Guilhem, Jorge Vega García y Max Arias Schreiber, y a la que posteriormente se sumaron los doctores: Jorge Avendaño Valdez, Felipe Osterling Parodi, Lucrecia Maisch Von Humboldt, Fernando de Trazegnies, Fernando Vidal Ramírez y Manuel de la Puente y Lavalley.

El proyecto resultante, después de haber sido sometido a revisión por la Comisión parlamentaria que se nombró para el efecto, por Decreto Legislativo N° 295, fue promulgado como el nuevo Código Civil del Perú, el tercero de nuestra historia, que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984¹⁵³.

Según Cornejo Chávez, el nuevo texto sustantivo contiene innumerables modificaciones respecto al anterior originadas en la necesidad de adecuarse a las normas de la nueva Constitución del Estado promulgada en 1979, otras, derivadas de los avances del Derecho de Familia en general o de la experiencia acumulada durante el medio siglo de vigencia del Código anterior y muchas en fin dirigidas a perfeccionar normas existentes, llenar vacíos, disipar oscuridades, eliminar incongruencias y simplificar la aplicación de ciertas figuras e instituciones.

¹⁵²Ibíd., pág. 184

¹⁵³Fernández, Carlos, 2009. Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984". Motivensa Editora Jurídica. Primera Edición. Lima- Perú.

En lo que atañe al Derecho de Familia, la preparación del anteproyecto fue encomendada al Doctor Héctor Cornejo Chávez, ponencia, que según su autor, fue aprobada sin ninguna modificación importante por la Comisión Reformadora, y remitida, junto con las correspondientes a los demás Libros, a la Comisión Revisora Parlamentaria después de 15 años de labor, la que, después de haber introducido algunas modificaciones formales, y varias otras de fondo, algunas propuestas por el mismo Doctor Héctor Cornejo Chávez, aprobó prácticamente en su integridad el contenido de la ponencia original, entrando en vigencia con el nuevo Código Civil.

La Constitución de 1979, en su Capítulo destinado a la familia, contenía normas que implicaban cambios realmente radicales en el régimen legal de esta institución, que al ser adecuados a la ley ordinaria, vale decir, al Código Civil, generaron modificaciones sustanciales y sensacionales en la regulación de las relaciones familiares.

Entre las normas más importantes estuvieron:

1. El inciso 2, del artículo segundo de la Constitución, in fine, que dispone que la ley reconoce a la mujer derechos 'no menores que al varón, ha dado lugar a modificaciones fundamentales en los regímenes referentes a las relaciones personales entre el marido y la mujer, al régimen patrimonial del matrimonio y al ejercicio de la patria potestad.
2. El artículo quinto de la Constitución, que consagra la obligación del Estado de proteger el matrimonio y la familia; abre la posibilidad a que la ley ordinaria organice o autorice el funcionamiento de varias formas matrimoniales o alternativas que se ponen al alcance de los contrayentes.
3. La norma que contiene el artículo sexto de la Constitución, que establece la igualdad de derechos para todos los hijos, adecuada al Código Civil, no sólo ha dado lugar a la modificación de concepto y término de la regulación de la filiación matrimonial y extra matrimonial, sino también a la supresión de la legitimación, por innecesaria.
- 4 El artículo noveno de la Constitución, al haber introducido en su texto el concubinato strictu sensu, ha dado fin a una injusta y antigua discriminación, para ampararlo ahora con la aplicación del régimen de sociedad de gananciales, y otros beneficios del conviviente o de la conviviente abandonados, que reglamenta el artículo 326° del Código Civil.¹⁵⁴

¹⁵⁴ *Ibíd*em, pág. 221

La Constitución de 1993, en términos generales, no ha variado lo fundamental de las modificaciones introducidas por la constitución de 1979 en el Derecho de Familia. Así:

1.- En su artículo 2°, inciso 2°, reitera la igualdad ante la ley, sin discriminaciones en razón de sexo, origen, idioma, etc., que la Constitución de 1979 consagró en el mismo numeral e inciso, pero ha suprimido la última parte de éste último, que declaraba que la ley no reconoce a la mujer derechos menores que al varón, que en la práctica podía generar discriminaciones en agravio del sexo masculino.

2.- La segunda parte del artículo 4° de la Constitución de 1993, ha modificado la segunda parte del artículo 5° de la Constitución de 1979, que introdujo el principio de pluralidad matrimonial, que permitía la vigencia de varias formas matrimoniales, sustituyéndolo por el principio contrario, del matrimonio único, o del matrimonio civil como la única forma de matrimonio válido.

3.- El artículo 6° de la Constitución de 1993 ha reiterado la igualdad de derechos entre los hijos, cualquiera sea su filiación.

4.- Por el artículo 5°, la Constitución de 1993 ha reproducido el criterio introducido por el artículo 9° de la Constitución de 1979, de someter el concubinato al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, pero con la misma limitación, de restringir su aplicación a la unión de hecho stricto sensu, en la que los convivientes no tienen impedimentos para casarse válidamente.

Luego, la vigencia de la Constitución de 1993 no ha tenido ninguna implicancia ni contradicción con el Código Civil de 1984 en lo referente al Derecho de Familia, de modo que no ha habido necesidad de reestructurarlo.¹⁵⁵

1.6. La noción de familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Se ven en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que no se ha llegado a tener un concepto de familia ya que como se dijo en su Sentencia N° 6572-2006-PA/TC emitida el 06 de Noviembre de 2007 sobre acción de amparo interpuesta por Janet Rosas Domínguez contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia.

¹⁵⁵ Ibídem, pág.225

Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser este un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las 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 las tradicionales como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

Además señalo que a pesar de esta gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el texto constitucional no abona en definir el concepto de familia. Es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia, por consiguiente, el instituto de la familia no debe de relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el C.C. de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucionalidad diferenciación de hijos legítimos y no legítimos. De este modo, el principio de protección a la familia que se enuncia en el artículo 4 de la Constitución, está dirigido a toda forma familiar y no exclusivamente a aquella que se acerca al modelo tradicional nuclear.¹⁵⁶

En la Sentencia N° 9332-2006-PA/TC emitida el 30 de Noviembre de 2007 sobre acción de amparo interpuesta por Reynaldo Armando Shols Pérez contra el Centro Naval del Perú, el Tribunal Constitucional preciso que la aceptación 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.¹⁵⁷

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos señala que el concepto de vida

¹⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 06 de Noviembre de 2007 en el exp. 6572-2006-PA/TC, emitida el 06 de Noviembre de 2007 sobre acción de amparo interpuesta por Janet Rosas Domínguez contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP),

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 30 de Noviembre de 2007 en el exp. 9332-2006-PA/TC, sobre acción de amparo interpuesta por Reynaldo Armando Shols Pérez contra el Centro Naval del Perú

familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho, donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio, constata que no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de la misma.

Bajo esta perspectiva la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos y /o tradiciones.¹⁵⁸

Al no existir un concepto básico de familia es que nos basamos en decir que no se puede sustentar el hecho que una unión homosexual destruya el concepto de la familia tradicional, integrada por la unión de un hombre y una mujer, ya que el Tribunal Constitucional considera que la “ familia” ha ido cambiando a través de los tiempos , en nuestro caso las parejas homosexuales conformarían un estado de familia ya que conviven bajo un mismo techo y cumplen deberes recíprocos, así también lo señaló el Parlamento Europeo cuando estableció que la noción de vida familiar abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación, pues consideró artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la vida familiar en los términos del artículo 8 del Convenio Europeo.

En este sentido, compartimos la línea argumentativa seguida en México por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de la acción de constitucionalidad 2/2010 que señaló lo siguiente:

“Por consiguiente, si partimos que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución [matrimonio entre varón y mujer], debido a que su protección es a la familia, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse

¹⁵⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida el 24 de Febrero del 2012 sobre el Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile

protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.¹⁵⁹

Finalmente el Tribunal Constitucional señaló en su sentencia 6572-2006-PA/TC, antes señalada, que sin importar el tipo de familia ante la que se esté, esta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad.

Por lo tanto consideramos que las parejas homosexuales, que tengan un tiempo razonable de convivencia y hagan vida en común, sin importar si tienen hijos o no, sean estos de otros compromisos anteriores o hayan sido asistidos en su fecundación, forman una familia real, lo que gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se advierte como no suficiente ni justificable para que sea una postura válida para la no regularización de las uniones homosexuales.

ANÁLISIS LA POSTURA QUE SOSTIENE QUE EL FIN CONSTITUCIONAL PROTEGIDO ES LA PROTECCIÓN DEL MATRIMONIO HETEROSEXUAL COMO FIN DE LA SOCIEDAD. (LA PROCREACIÓN)

La concepción religiosa del matrimonio ha sido extrapolada al matrimonio civil y es a partir de esa posición que la Iglesia, como actor político, defiende un orden familiar tradicional, basado en las ideas de heterosexualidad y reproducción.

Se dice que el matrimonio o la familia tradicional son las establecidas entre un hombre y una mujer pero se ha visto que a lo largo de la historia las relaciones matrimoniales han variado enormemente, diferentes culturas en diferentes momentos de la historia han tenido formas de matrimonio variadas y distintas.

¹⁵⁹ Fernández María, 2014, La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú, Tesis para optar por el grado académico de magister en derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Se dice también que el fin básico del matrimonio es la procreación, por lo que se sostiene que el matrimonio homosexual es contrario a la naturaleza humana dado que obsta al uso natural de los órganos sexuales porque “impide el cumplimiento de su finalidad natural, que es la procreación, necesaria para la supervivencia de nuestra especie.”¹⁶⁰

Vemos que este argumento es totalmente inválido como para justificar una lesión al derecho a la igualdad ya que existen muchas familias y matrimonios que no pueden tener hijos, debido a problemas de esterilidad o por su avanzada edad. Si el hecho de no poder procrear sea razón suficiente para impedir el no reconocimiento de las uniones homosexuales, también podría sostenerse la prohibición del matrimonio de las parejas heterosexuales que no pueden concebir o que simplemente no desean tener hijos. Según el Código Argentino, esta tampoco sería razón suficiente para negar un matrimonio homosexual ya que no es posible demandar la nulidad del matrimonio por la esterilidad o impotencia generada por un cónyuge, aunque sí “en caso de impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos “(art.220, inc. 3 ° C.C.Argentino).¹⁶¹

Este argumento cabría en inconstitucional ya que no puedes comparar la lesión a un derecho fundamental contra un argumento que no persigue un fin constitucional ya que queda claro que la procreación no es el fin básico del matrimonio sea este heterosexual o no.

ANÁLISIS A LA POSTURA QUE SOSTIENE QUE EL FIN CONSTITUCIONAL PROTEGIDO ES LA CRIANZA DE UN MENOR EN UNA FAMILIA HOMOPARENTAL

Las posibilidades de la adopción y especialmente el campo de la reproducción asistida permiten que la decisión de ser padre o madre se pueda tomar desde la libertad de ser gay o lesbiana. Con ello también se facilitan estudios donde los niños ya no han pasado sus primeros años en un hogar heterosexual hasta que ha realizado la transición a una familia homosexual sino que su vida ha ido transcurriendo con su padre/padres gay o su madre/madres lesbianas. Los datos señalan que el ajuste psicológico de los niños es

¹⁶⁰ Bossert, Gustavo, Unión extraconyugal y matrimonio homosexual , Astrea, pág. 361

¹⁶¹ Ibídem, pág.365

semejante hayan nacido o se hayan incorporado después a la familia gay o lesbiana (Golombok, Tasker y Murria, 1997). Las reflexiones políticas, legales y sociales sobre los derechos de los gay y lesbianas, por ejemplo el relacionado con la custodia de los hijos y la adopción, deben realizarse desde el conocimiento científico de la situación familiar. Del mismo modo también hay que abordar el tema de la coparentalidad. Teniendo en cuenta siempre los intereses del niño, no parece ético pensar que aquel padre o aquella madre que es o ha sido pareja de su padre o madre legal no tiene ningún derecho sobre el niño, del mismo modo que el niño no tiene ningún derecho sobre ese otro padre o madre. Este aspecto es otro factor en contra para aceptar una regularización de uniones homosexuales es que al concederles este derecho, ellos irían gradualmente reclamando más derechos, como el derecho a la adopción, con el pensamiento que un niño criado bajo parejas homosexuales sería también homosexual pero se han realizado muchos estudios donde se comprueba que la crianza de un menor bajo una pareja homoparental no influye en su desarrollo.

Por ejemplo los peritos Uprimny y Jernow en el caso de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida el 24 de Febrero del 2012 sobre el Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile, donde se observa que la Corte Suprema de Justicia de Chile basándose en la expresión de su orientación sexual de la Sra. Atala al convivir con su nueva pareja, la privó de la custodia de sus hijas y la vida en común con ellas, aspecto fundamental de su plan de vida. Presuntamente se determinó que la señora Atala no debía conservar la custodia de sus hijas por cuanto convivía con una persona de su mismo sexo. Dichos peritos citaron y aportaron una serie de informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se* su desarrollo emocional y psicológico.

Dichos estudios concuerdan en que:

- i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales
- ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales;

- iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres;
- iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual,
- v) y que los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños.¹⁶²

Al respecto, la perita Jernow mencionó investigaciones científicas realizadas por la American Psychological Association, como prueba documental para afirmar que el interés superior del niño no se vulnera con la homosexualidad de los padres, por lo que ha calificado los estudios existentes sobre la materia como impresionantemente consistentes en su fracaso para identificar algún déficit en el desarrollo de los niños criados en un hogar gay o lésbico y las capacidades de personas gays o lesbianas como padres y el resultado positivo para sus hijos no son áreas donde los investigadores científicos más autorizados disienten.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en su sentencia de 2010 sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad tomó en cuenta los estudios existentes sobre el impacto de la orientación sexual en el desarrollo del niño y consideró que en modo alguno puede sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales. Además, la Suprema Corte indicó que la heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico.¹⁶³

Asimismo la Secretaria General de la Asociación Psiquiátrica Peruana, Gabriela Kuroiwa, ha señalado que la evidencia que cuentan hasta la fecha no demuestra que un

¹⁶²Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida el 24 de Febrero del 2012 sobre el Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile

¹⁶³Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida el 24 de Febrero del 2012 sobre el Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile

niño se afecte negativamente cuando es criado por padres homosexuales, señalo que no es probable que ver una pareja de homosexuales en actitudes románticas lo puedan afectar.¹⁶⁴

A raíz de estos estudios científicos y a través de los diferentes informes realizados señalamos que criar a un niño bajo padres homosexuales no tiene ninguna consecuencia negativa ni influye con su desarrollo. Así que no valdría suponer que se está vulnerando el interés superior del niño, esta vulneración se llevaría a cabo si se le negaría a un menor el derecho a formar una familia, sea esta heterosexual o no.

El Tribunal Constitucional en torno al derecho del niño a formar una familia, en la sentencia N° 2892-2010-PHC/TC, emitida el 06 de Diciembre de 2010 sobre Habeas Corpus interpuesta por Nora Rosario Heredia Muñoz contra Mariano Florentino Flagiello, estableció que ya se ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos de la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en los artículos 1° y 2°, inciso 1) de la constitución. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la convención sobre los Derechos del Niño, según el cual el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

También señalo que este ambiente deberá ser basado en afecto, seguridad moral y material reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del niño, que establece que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, ha entendido que el Estado, la sociedad y la comunidad asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual

¹⁶⁴ Parte Sustantiva del Proyecto de Ley N°2647/2013-CR, Ley que establece la unión civil

no matrimonial para personas del mismo sexo.

y social.¹⁶⁵

Según La Corte Interamericana de Derechos Humanos todas las personas tienen derecho a formar una familia , incluso las personas homosexuales que tienen bajo su crianza a menores de edad, esto se advierte ante el proceso interpuesto por la Sra. Atala contra el País de Chile donde se señaló que se tuvieron en cuenta una gama de informes de entidades como la Organización Panamericana de la Salud, el Departamento de Psicología de la Universidad de Chile y la Facultad de Educación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, los cuales señalaron que:

- i) la homosexualidad es un conducta normal y que no es una manifestación de ninguna patología
- ii) la capacidad de amar a los hijos, cuidarlos, protegerlos, respetar sus derechos y favorecer sus opciones de vida y no tiene relación con la identidad ni opciones sexuales de los padres
- iii) Y que se valoraron informes psicológicos de las menores de edad e informes psicológicos de la demandada y del demandante, los cuales concluyeron que la presencia de la pareja de la madre en la casa en que vivieron las menores de edad con su madre no configuraba una causal de inhabilidad personal para ejercer el cuidado personal de sus hijas
- iv) y que tampoco se había acreditado la existencia de hechos concretos que perjudicaran el bienestar de las menores de edad derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar.¹⁶⁶

Respecto a la orientación sexual de la demandada señalo que no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su rol de madre y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Igualmente, se concluyó que tampoco se había acreditado la existencia de hechos concretos que perjudicaran el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar,

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida el 06 de Diciembre de 2010, en el exp. 2892-2010-PHC/TC, sobre Habeas Corpus interpuesta por Nora Rosario Heredia Muñoz contra Mariano Florentino Flagiello.

¹⁶⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida el 24 de Febrero del 2012 sobre el Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile

consideró que había quedado establecido que la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica, y que la demandada no presentaba ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno.

Sobre el interés superior del niño señalo que es un principio regulador que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere cuidados especiales y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir medidas especiales de protección. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

Por otro lado, en cuanto al argumento que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibile legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Ibidem

En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el interés superior del niño un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos.¹⁶⁸

Al respecto concluimos que la protección del interés superior del niño es en base al cuidado, amor y comprensión que se les brinde, debiendo crecer en un seno de la familia donde haya un ambiente de felicidad para que así alcance el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y no basarse en criterios donde se aleguen, por ejemplo, que la orientación sexual de los padres podrían conllevar a daños irreparables en su personalidad o en su desarrollo personal, supuestos daños que han sido estudiados y concluidos en que la orientación sexual de los padres no influye en la crianza de un menor, en este sentido se advierte que al no vulnerar el interés superior del niño no es un concepto válido para la no regularización de las uniones homosexuales.

4. Cuarto paso: Examen de idoneidad

Este paso exige que la medida legislativa que establece la diferencia de trato deba ser congruente con el fin legítimo que se trata de proteger. En otras palabras, se evalúa si la medida legislativa es idónea para conseguir el fin pretendido por el Legislador. Por el contrario, si se verifica que la medida adoptada por el Legislador no guarda ninguna relación con el fin que trata de proteger, esta limitación resultara inconstitucional.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Ibídem

¹⁶⁹ Rubio Marcial, Eguiguren Francisco, Eguiguren Praeli, Bernaldes Enrique, 2004, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, pág., 155

Análisis

Pasaremos a analizar si él no regularizar la situación de las parejas homosexuales es idóneo a los fines que tratan de proteger las personas que no están de acuerdo a las uniones homosexuales.

Nos referimos a lo idóneo a si esta medida, el no legislar ni reconocer las uniones homosexuales, son adecuadas o convenientes para proteger los fines que las personas que están en contra del reconocimiento de estas uniones alegan.

- El fin es proteger el orden público y las buenas costumbres:

Se dice que las uniones homosexuales van en contra de la moral o que van en contra la ley natural. Sin embargo esta calificación va a depender del grupo religioso o institución social a la que se pregunte, en el Perú como lo señalamos *en el Principio de legislar por la naturaleza de las cosas*, se ve que el orden público como las buenas costumbres están arraigadas por la gran influencia de la Iglesia Católica, pero también hemos visto que, al no ser el Perú una teocracia, y ante la posibilidad que exista una libertad de cultos, tanto la iglesia católica como los demás cultos están obligados a obedecer los principios de inmunidad de coacción, el principio de no lesión de los derechos de terceros, el principio de incompetencia recíproca, por los cuales ningún culto, en nuestro caso la Iglesia Católica, deben inmiscuirse en asuntos propiamente del Estado, ya que tienen la obligación de no obligar a pensar a la sociedad lo que sus ideologías refieren, mucho menos cuando estas lesionen derechos fundamentales de terceros.

Bajo este criterio consideramos que no es idóneo que el Estado no regularice las uniones homosexuales por alegar que se afectaría los valores morales, ya que estos valores morales son altamente influidos por la Iglesia Católica y teniendo en cuenta que la Iglesia Católica no está cumpliendo con sus principios señalados por el Tribunal Constitucional sobre la libertad de culto y que el Perú es un Estado democrático, vemos la necesidad que este argumento no se tome como válido para la no regularización de las uniones homosexuales ya que al hacerlo se devendría en una discriminación de los derechos civiles y fundamentales de las personas homosexuales como su exclusión y su marginación social.

- El fin es la protección de la familia tradicional

Si bien es cierto no hay un concepto específico de familia como lo hemos señalado en el punto anterior, cuando se analizaba si la protección de la familia tradicional como base de la sociedad perseguía un fin constitucional, pero se ha logrado determinar a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que el concepto de familia no debe relacionarse únicamente con el matrimonio ni pensar que la familia tenga una función simplemente generativa o de procreación ya que la familia es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales y que sin importar el tipo de familia ante la que se esté será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad.

El concepto de familia para la Corte Interamericana de Derechos humanos y el Tribunal Europeo abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación.¹⁷⁰

Es por esto que el reconocimiento de las uniones homosexuales no desvirtúa ni ataca a la familia, pues con el reconocimiento de esta figura, se les otorgaría derechos a personas que actualmente no lo tienen y gracias a ello se reconocería la existencia de distintos hogares como lo señala el Tribunal Constitucional. Por esto se advierte que el fin de la protección de la familia tradicional no es idóneo para que gracias a este no se reconozca las uniones homosexuales.

Cabe resaltar que la protección de las familias bajo el nuevo constitucionalismo se concretiza en dos dimensiones. Si bien pone la atención en la familia como institución, también lo hace atendiendo a los derechos de los individuos que las conforman, ello como consecuencia que dicha protección no se agota en la literalidad del mandato contemplado en el artículo 4 de la Constitución sino que debe ser comprendido en relación a los principios constitucionales como la dignidad, igualdad y autonomía de la persona. De este modo, si la familia a la que alude la Constitución de 1993 no queda identificada con un modelo único sino que se trata de un concepto abierto a la realidad y nuevas dinámicas sociales, el mandato de protegerla está dirigido a esa diversidad de

¹⁷⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida el 24 de Febrero del 2012 sobre el Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile

formas o estructuras familiares que puedan presentarse, protección que se materializa, bajo un Estado constitucional, principalmente en la garantía de los derechos individuales de sus miembros y siempre en armonía con los principios constitucionales.¹⁷¹

Como ya lo hemos señalado cuando se ha analizado *a la protección del matrimonio heterosexual como fin de la sociedad y la procreación* en el punto anterior, el matrimonio es una creación del hombre que a través de los años ha sido modificado al llegar al punto que no se le ve como un simple contrato como lo fue en un inicio, si no como una institución de la sociedad, pero al ser este un concepto que cambia con los años a raíz de los cambios sociales o se establece de acuerdo a las costumbres de las personas, es que a nuestro criterio no se le puede considerar como un fin idóneo para la justificación de no regularizar las uniones homosexuales. Al contrario este hecho se debería tomar a favor del reconocimiento de las uniones homosexuales ya que a raíz que la población LGTB cada vez es más grande y reclaman sus derechos sin temor, el Estado Peruano debería regular su desamparo legal existente.

Sobre la procreación también hemos estudiado que no es el único fin del matrimonio ya que por diferentes razones, algunas parejas heterosexuales no pueden procrear y esto no es motivo para que no se les reconozca su unión o se invalide su matrimonio. Hay fines más importantes dentro del matrimonio, como el deber de asistencia, el de cohabitación o el de fidelidad que también cumplen las parejas homosexuales.

Ante estos argumentos nos cabe suponer que este argumento no es un fin idóneo para justificar la no regularización de las uniones homosexuales.

¹⁷¹Fernández Maria,2014, La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú, Tesis para optar por el grado académico de magister en derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú.

- El fin es proteger el interés superior del niño

Igualmente como lo hemos podido analizar en el anterior punto, *el fin constitucional protegido es la crianza de un menor en una familia homoparental*, vemos que la crianza de un menor bajo la tutela de una pareja homosexual es exactamente igual al que si la realizara una pareja heterosexual, ello se concluyó gracias al análisis de la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo vs Chile, donde se resolvió a favor de la demandante reconociéndole que el País de Chile había vulnerado su derecho a la igualdad y a la no discriminación debido a su orientación sexual, al libre desenvolvimiento de la persona y al derecho de tener una familia cuando se le denegó la custodia de sus hijas a raíz que comenzó a convivir con su nueva pareja homosexual alegando que esto influiría de manera negativa en el desarrollo de las niñas. En dicha sentencia se comprobó que este pensamiento es falso ya que los resultados de varios análisis, estudios e informes que se realizaron arrojaron que la crianza de un menor en una familia homoparental no tiene ninguna influencia negativa en su desarrollo

Por lo que siendo el Perú Estado parte de la Convención Americana y sometiéndose a su jurisdicción es que tomaremos como argumento a favor de la regulación de las uniones homosexuales la decisión de la Corte Interamericana cuando resolvió que la orientación sexual de la Sra. Atala Riffo no influenciaría negativamente en la crianza de sus menores hijas, ya que la capacidad de amar a los hijos, cuidarlos, protegerlos, respetar sus derechos y favorecer sus opciones de vida no tienen relación con la identidad ni opciones sexuales de los padres.

5. Quinto paso: Examen de necesidad

En esta etapa, debe analizarse si existen medios alternativos al optado por el Legislador que no sean gravosos o al menos lo sean en menor intensidad. Se comparan dos medios idóneos, el optado por el Legislador y el hipotético alternativo.¹⁷²

Para analizar este paso tendríamos que ver si existe otro medio menos gravoso para que no se vulnere tanto los derechos fundamentales de la población LGTB.

¹⁷²Rubio Marcial, Eguiguren Francisco, Eguiguren Praeli, Bernaldes Enrique, 2004, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, pág., 156

Pues sí , al no reconocer la unión homosexual como “matrimonio” se podría reconocer bajo otras figuras legales como la unión civil , el reconocimiento de la convivencia homosexual , o de cualquier otra manera que asegure a las parejas homosexuales contar con los mismos derechos que cuentan las parejas heterosexuales cuando tienen una relación estable.

Para este quinto paso pasaremos a analizar los últimos proyectos del Ley que se han presentado y cuál sería el más adecuado para que no se vulneren tanto los derechos de la población LGTB.

“Ley del Patrimonio compartido”

- Proyecto de Ley N° 3814/2009-CR
- Proyecto de Ley N°4176/2010-CR,
- Proyecto de Ley N°108/2011-CR,
- Proyecto de ley N°1393/2012-CR



Este proyecto de Ley fue presentado por Carlos Bruce desde el año 2009, el cual fue modificado 3 veces y presentado por última vez en el año 2012.

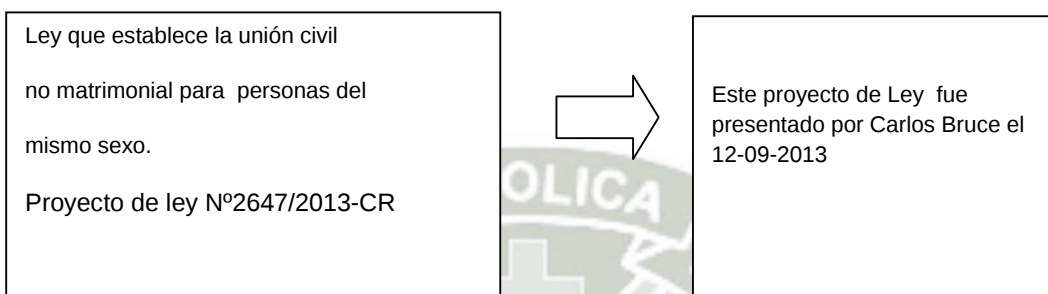
Análisis:

El 08 de Agosto del 2012 fue presentado por última vez la Ley del Patrimonio Compartido bajo el Proyecto de Ley N° 1393 / 2012-CR, donde se regula la constitución de un patrimonio autónomo llamado patrimonio compartido , este se efectúa gracias a la expresión de voluntad de las personas naturales plasmadas en el contrato del patrimonio compartido, el mismo que solo hace referencia a los derechos patrimoniales más no otorga o garantiza los derechos que nacen a futuro de un vínculo matrimonial o una unión de hecho, que son derechos hereditarios, derecho de pensión, derecho de alimentos, entre otros.

Al no garantizar ningún otro tipo de derechos nos pone en la figura de considerar que se trata meramente de un acto contractual en el que se cumplen los requisitos fundamentales para la celebración de un acto jurídico que son la intervención de la voluntad de ambas partes y que ambas partes sean capaces (están impendidos de contraer es tipo de contrato los cónyuges , los que vivan en unión de hecho, las personas sometidas a procedimiento

concursal ordinario en trámite y concluido y quienes tengan celebrado un contrato de patrimonio compartido) .

Al ser este un proyecto de ley meramente contractual y ante la posibilidad de la regulación de la misma figura por otras normas legales ya existentes, es que vemos inadmisble la posibilidad que este proyecto de Ley sea una opción óptima para garantizar los derechos civiles y fundamentales de la población LGTB.



Análisis:

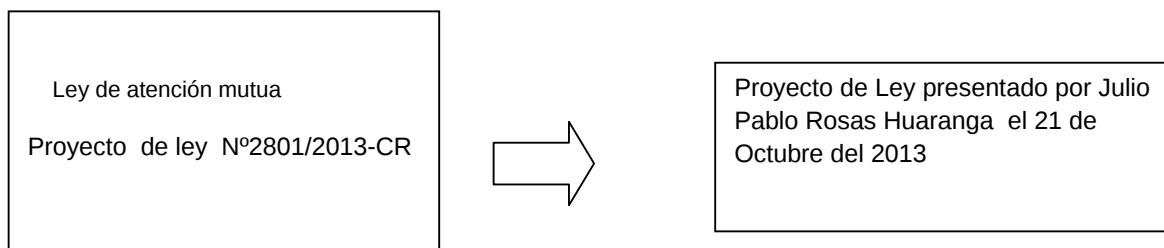
A raíz que el Proyecto de ley N° 1393/2012-CR, Ley del Patrimonio Compartido, era una figura meramente contractual y solo garantizaba derechos patrimoniales es que el congresista Carlos Bruce lo retiro de la comisión del congreso y seguidamente presento el Proyecto de ley N°2647/2013-CR, que hace referencia a la Unión Civil no matrimonial para personas del mismo sexo .Este Proyecto de Ley es el primero que señala específicamente la unión voluntaria de dos personas del mismo sexo con el fin de establecer y garantizar derechos y deberes el uno con el otro y es el único en el que se solicita el reconocimiento civil de la unión afectiva de las parejas homosexuales, ya que gracias a la aprobación de este proyecto de ley se crearía un nuevo estado civil que sería el de compañero civil, otorgándoles a las parejas civiles un nuevo DNI indicando este nuevo estado civil.

Uno de los principales derechos que se les reconocería gracias a la aprobación de este proyecto de Ley serian la posibilidad de formar una sociedad de gananciales y que los integrantes de esta unión civil recibirán el tratamiento y tendrán los mismos derechos que un pariente en 1 grado , con ello tendrán derecho a visitas a hospitales, centros médicos y a cualquier establecimiento de salud como también el poder tomar decisiones

para el inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencia(en caso que el otro integrante no pueda expresar su voluntad), la vista íntima en centros penitenciarios, entre otros.

Un requisito importante para la inscripción de la unión civil en el registro civil es que los integrantes de dicha unión hayan tenido un domicilio legal de por lo menos 2 años, esto quiere decir que como mínimo han tenido que convivir durante 2 años. Gracias a esto se crean similares derechos a los que crea el reconocimiento de una unión de hecho como el derecho a recibir alimentos, el derecho de habitación, vitalicio y gratuito ,sobre la casa en que existió el hogar doméstico en caso del fallecimiento de uno de los integrantes de la unión civil , el derecho a adquirir la nacionalidad peruana en caso de ser extranjero a los 2 años de haber celebrado la unión civil, el derecho a la seguridad social(en caso uno de los integrantes no tuviera cobertura de seguridad social) , el poder ser inscrito como beneficiario de su compañero civil para que goce de los beneficios a los que el titular tenga derecho(el acceso a atención de salud de la pareja en ESSALUD y EPS, cobertura de seguros, pensión de invalidez de ESSALUD, pensiones de sobrevivencia en AFP, régimen mancomunado de jubilación en ONP y pensión de viudez en la ONP) y gozaran de la protección contra la violencia familiar y otros beneficios de promoción social que pueda brindar el estado como programas de acceso a la vivienda.

El problema de este proyecto de Ley bajo nuestra perspectiva es que se solicita un reconocimiento social, un nuevo estado civil, quieren dentro de todo que la sociedad acepte este tipo de uniones, lo cual es un poco difícil ya que la sociedad Peruana sigue siendo machista y una gran mayoría es sumamente católica y un reconocimiento social, a nuestro parecer, es lo que dificulta la aprobación de este proyecto.



Análisis:

A raíz de la polémica que causó el Proyecto de Ley 2647/2013-CR, ley que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo, es que se presentó este proyecto, se trata entonces de la regularización de un acuerdo de voluntades entre dos personas con la finalidad de establecer y reconocer derechos patrimoniales, sean estos de carácter pensionario, hereditarios y otros.

El problema de este proyecto de ley es que no se garantiza totalmente los derechos a la población LGTB, ya que se establece únicamente que es un acuerdo de voluntades de dos personas, las cuales pueden ser heterosexuales u homosexuales, lo que no brinda una protección total a las parejas homosexuales, además de ello se observa que tienen que pasar 2 años de la inscripción de este acuerdo para que surtan efectos y garanticen sus derechos sucesorios y sus derechos pensionarios.

Se ve entonces que tendrían que pasar 2 años para que este acuerdo de voluntades surta efectos legales, la misma cantidad de años que se necesita para el reconocimiento de una unión de hecho, ante este supuesto no se halla el sentido del por qué una pareja heterosexual que tienen la opción que se les pueda reconocer una unión de hecho opten por la “Ley de atención mutua”, ya que tendrían que pasar la misma cantidad de años pero la diferencia es que no se reconocería los mismos derechos, pues en caso de muerte sin testamento de uno de los acordantes podrá heredar el otro, siempre y cuando no existan herederos legales, asimismo el acordante sobreviviente podrá acceder al 50% de aportaciones del asegurado como pensión de sobrevivencia, siempre y cuando no concurren ascendientes o descendientes del fallecido.

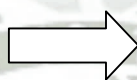
Entonces se observa que i) ante el supuesto de hecho que una pareja heterosexual busque protección de su relación afectiva, le convendría optar por la unión de hecho, ii) si es que

el supuesto de hecho es que dos personas heterosexuales busquen una protección legal de su patrimonio para ayudarse mutuamente ,se observa que hay mejores figuras legales como contratos de copropiedad o testamento, que no tendrían las restricciones de tiempo que este proyecto de ley supone y iii) finalmente si nos encontramos ante el supuesto de hecho que una pareja homosexual busque la protección de su relación afectiva a través de este proyecto de ley , se ve que no se protege totalmente su relación ya que es casi imposible que ante la posibilidad de un accidente no exista herederos legales que puedan reclamar los bienes o derechos patrimoniales de la persona fallecida , dejándolo al acordante superviviente en desamparo legal ya que solo se les reconoce sus derechos sucesorios y pensionarios(50% de las aportaciones) a falta de herederos legales, en el mismo supuesto se observa que en el caso que uno de los acordantes se encuentre en estado grave, el otro acordante podrá decidir sobre el inicio de un tratamiento quirúrgico, solamente a falta de familiares directos o personas designadas por la ley.

Es por esto que este proyecto de ley no protege al acordante superviviente homosexual, ya que existe una gran probabilidad que en el momento de la muerte de su pareja si existan herederos legales , ascendientes o descendientes de esta, y la situación se agravaría más ante el supuesto que, la familia del fallecido no haya aceptado el carácter homosexual del fallecido ni haya aceptado nunca su relación de pareja y al momento del fallecimiento de su familiar reclaman como si fueran sus derechos los bienes o patrimonios que pudiera haber obtenido junto a su acordante superviviente.

Ley de régimen de sociedad de solidaridad

Proyecto de ley N°3273/2013-CR



Proyecto de ley presentado por
Martha Chávez el 14 de Marzo
del 2014

Análisis: En este proyecto de Ley se pretende regular las “sociedades solidarias” conformadas por personas, cualquiera sea su sexo, que fuera del matrimonio y la unión de hecho, decida desarrollar vida en común, con mutua asistencia y apoyo. Estas relaciones pueden ser las establecidas entre amigos, personas unidas por cualquier vínculo y las

relaciones con la misma familia, como las relaciones de hermanos, primos, tío-sobrino, etc.

Cabe resaltar que el objetivo las uniones solidarias es el regular las relaciones con el fin de proteger sus intereses y derechos como consecuencia de una situación estable de solidaria vida en común. Tiene como propósito el regular los aspectos patrimoniales y otros previstos en la ley, sin alterar de modo alguno el estado civil ni el parentesco de sus integrantes.

Al respecto se advierte que nuevamente se trata de un proyecto de ley que sólo regula los aspectos patrimoniales de las personas que decidan establecer una sociedad solidaria. Se evidencia de esta manera que este proyecto es una alternativa más a las formas contractuales prevista en nuestro Código Civil. De hecho en su artículo 6 señala que para la disolución de la misma deben de seguirse las reglas previstas por las partes en la escritura de constitución de la Sociedad Solidaria. Ello refleja el principio de libertad contractual que rige en el derecho de obligaciones del Código Civil Peruano

Bajo nuestra perspectiva, se ve que este proyecto de ley no conllevaría a una nueva protección de los intereses y derechos de una situación estable de solidaria vida en común, ya que existen otras figuras jurídicas vigentes que protegerían de igual manera los derechos que estas sociedades solidarias garantizan.

Se puede observar que se pide como requisito esencial para el reconocimiento de los derechos sucesorios entre las personas que integran las sociedades , el que transcurran 2 años desde la inscripción de la sociedad solidaria para que así se puedan equiparar a las uniones de hecho. Lo mismo ocurre para el reconocimiento de derechos pensionarios, donde se obliga a que transcurran 5 años desde la inscripción de la sociedad solidaria. Estos requisitos son discriminatorios puesto que no se alegan motivos razonables que lo justifiquen.

Al querer equipar la sociedad solidaria con las uniones de hecho nos lleva a suponer que se pretende invisibilizar a la población LGTB que podrían beneficiarse con la aprobación de este proyecto de Ley pero como se ha señalado no se mencionan medidas que podrían ayudar al reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de este sector ya que solo regulariza el carácter patrimonial de las relaciones de la sociedad solidaria y

desnaturaliza el fin de querer proteger los derechos fundamentales de las personas homosexuales.

6. Sexto paso: Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

De acuerdo con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, también conocido con el nombre de ponderación, para que una intromisión en un derecho fundamental sea legítima, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe de ser por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental.

En otros términos la proporcionalidad en sentido estricto exige la comparación entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora, y 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental que se trate, de manera que la primera de estas debe ser, como se ha mencionado, por los menos equivalente a la segunda.¹⁷³

A lo largo de este trabajo hemos observado cuales son las razones que alegan las personas que están en desacuerdo con las uniones homosexuales que son:

- La protección de la familia tradicional como base de la sociedad.
- La procreación como fin del matrimonio heterosexual y de la sociedad.
- La influencia de la crianza de un menor en una familia homoparental.
- La protección del orden público y las buenas costumbres (los valores morales y los valores cristianos que protege el Perú).

Hemos analizado cada argumento y hemos visto con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Sentencia del caso Atala Riffo vs. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ninguno de estos argumentos son lo suficientemente válidos para la vulneración de los derechos fundamentales que se les

¹⁷³ Rubio Marcial, Eguiguren Francisco, Eguiguren Praeli, Bernales Enrique, 2004, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, pág., 156

estarían restringiendo a las parejas homosexuales al no regular su situación, ya que se estarían vulnerando los siguientes derechos:

- La defensa y el respeto de la dignidad de la persona humana
- El derecho a la igualdad y al no ser discriminado
- El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad
- El derecho de identidad
- El derecho a la libertad
- El derecho a la vida privada
- El derecho a la intimidad

El reconocimiento de estos derechos para la población LGTB se ampararían en:

1. El principio de acción positiva (también llamada discriminación positiva y aun discriminación inversa)
2. El principio de legislar por la naturaleza de las cosas
3. El principio de no legislar por la diferencia de las personas
4. El principio de la dignidad de la persona
5. El principio de primacía de la realidad (o de la realidad)
6. El principio de igualdad

4. 8 Principio democrático

Principio democrático en el que señala que la democracia garantiza la aplicación de cada uno de los derechos fundamentales, porque dentro de ella, cada persona tiene derechos frente a los demás y frente al poder. La democracia concibe al ciudadano como un igual a los otros y esta concepción supone que todos y cada uno de ellos tienen igualdad en una situación jurídica esencial, que es de compartir todos los derechos humanos sin restricciones.

4. 9 Principio pro homine

Principio pro homine según el cual, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por la que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale

decir, que el principio pro homine impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, en el presente caso, la no regularización de las uniones homosexuales, se elija la tesis que posibilite alcanzar los derechos fundamentales y civiles que la población LGTB exige.¹⁷⁴

Finalmente se advierte que el Estado Peruano está violando el principio de igualdad al no reconocer las uniones homosexuales ya que se ha analizado que los argumentos que intentan proteger las personas que están en contra de las uniones homosexuales no tienen un fin constitucional, esto según el Test de igualdad realizado, por lo que la acción de no regularizar su situación legal de las personas homosexuales cabrían en inconstitucionalidad.

5. RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN CIVIL DE PAREJAS HOMOSEXUALES EN EL MUNDO

5.1 Situación actual

La historia ha demostrado que la sociedad ha seguido una serie de cambios sustanciales que en su momento fueron quizás hasta inconcebibles aceptarlos, como es por ejemplo la raza de los seres humanos, poco a poco este estigma ha ido cambiando, y la sociedad ha aceptado tales cambios; sin embargo no se puede negar que existen unos sesgos, pero en manera general ha sido tolerado, también ocurrió lo mismo con los homosexuales, poco a poco se ha ido cambiando esta visión y han sido aceptados paulatinamente por la sociedad, incluso en algunos países que regulan el matrimonio entre homosexuales como Holanda, Canadá, Bélgica, España y en Estado Unidos, el estado de Massachusetts, y por otro lado, países que regulan, bajo el esquema de uniones de convivencia, distinguiéndolo del matrimonio como Dinamarca, Argentina, Francia y Nueva Zelanda¹⁷⁵, precisamente fundamentando tal decisión en la Declaración de los Derechos Universal de los Derechos Humanos, y que este grupo no se encuentre desprotegido y pueda ejercer sus derechos ante los tribunales de justicia.

¹⁷⁴Rubio, Marcial,, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 360

¹⁷⁵Uniones de Hecho. Elvia Lucia Flores Avalos. Recuperado el 2 de octubre del 2014 de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2288/25.pdf>

Desde 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos aprueba anualmente una resolución sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. En dos países –Argentina y Uruguay– se ha alcanzado la igualdad total en el matrimonio; en 2010, Argentina se convirtió en el primer país latinoamericano en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ecuador y Brasil han sido testigos de importantes avances en este terreno, en gran medida gracias al esfuerzo de los grupos LGBT que han batallado a escala regional y nacional.

México D.F. aprobó la igualdad en el matrimonio en 2010, un paso que recibió el respaldo de la Corte Suprema en 2012. Esto ha suscitado encendidos debates y batallas legales en otras regiones del país. En 2011, una decisión del Tribunal Supremo de Brasil reconoció de forma unánime las uniones civiles entre homosexuales (Colombia fue testigo de una decisión similar en un fallo de la Corte Constitucional de 2011) y en mayo de 2013 el Consejo Nacional de Justicia autorizó a los jueces y notarios del país a otorgar licencias de matrimonio. Estos avances auguran un buen futuro a la igualdad total en el matrimonio en Brasil y Colombia.

En Chile, México, Argentina y Colombia existen leyes que prohíben la discriminación por motivos de orientación sexual, pero si bien son importantes, han tenido un impacto limitado. Como demuestran algunos ejemplos, puede ser difícil obtener las pruebas requeridas para llevar los casos ante los tribunales. No obstante, la legislación antidiscriminación proporciona una base crítica para que se produzcan cambios en la percepción y en la práctica.

En 2012, Argentina estableció un importante punto de referencia al aprobar la ley de Identidad de Género, que otorga a las personas mayores de 18 años el derecho a elegir su identidad de género y someterse a operaciones de cambio de sexo y tratamientos hormonales, sin necesidad de autorización administrativa o legal.

Si la igualdad en el matrimonio y el derecho a determinar el propio sexo se encuentran en un extremo del espectro, la sombra de la violencia ocupa el otro. En julio de 2013, en Jamaica, Dwayne Jones, de 16 años, fue agredido y asesinado por un grupo cuando asistía a una fiesta vestido de mujer. En Chile, el brutal asesinato de Daniel Zamudio en 2012 contribuyó a que se promulgase con celeridad la ley antidiscriminación. Los activistas de Brasil, México, Colombia, Venezuela y Honduras informan de los elevados niveles de violencia contra las personas LGBT, y en particular contra las mujeres trans.

En Honduras, las agresiones selectivas contra personas LGBT siguen siendo un grave problema a pesar que en 2011 y 2012 el gobierno creó unidades especiales de fiscales para investigar estos crímenes. Según las organizaciones locales de defensa de los derechos, más de 90 miembros de la comunidad LGBT fueron asesinados entre 2009 y 2012, y un número aún mayor sufrieron agresiones y acoso.

En julio de 2013, el gobierno de Haití emitió una declaración condenando la violencia homofóbica después que el mes anterior se declarase una ola de protestas y agresiones contra los colectivos LGBTI (lesbianas, gais, bisexuales, personas transexuales e intersexuales). Como en muchos otros lugares del mundo, la policía y los funcionarios de justicia carecen de formación en cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, y las investigaciones de los crímenes contra personas LGBT rara vez progresan.

Otra forma más sutil de violencia es el daño psíquico que sufren las víctimas de los centros privados clandestinos de rehabilitación existentes en Ecuador, que declaran que “curan” a las personas de su homosexualidad. En 2013, el ministro de Salud del país anunció que se tomarían medidas severas contra las clínicas ilegales y declaró que 15 de ellas habían sido clausuradas entre marzo de 2012 y julio de 2013.

A pesar de la violencia, en los países con una sociedad civil fuerte se han registrado progresos notables en un lapso de tiempo breve. No es casualidad que Brasil patrocinase la citada declaración del Consejo de Derechos Humanos de la ONU junto con Suráfrica.

Además del matrimonio, existen otras figuras que contemplan la convivencia de personas del mismo sexo, como las uniones civiles, que otorgan a los contrayentes muchos de los derechos y obligaciones que supone el matrimonio entre personas heterosexuales, aunque no los equiparen totalmente.

Algunos de los países que cuentan con estas figuras legales son: Alemania, Andorra, Australia, Austria, Colombia, Ecuador, Eslovenia, Finlandia, Hungría, Israel, Liechtenstein, Luxemburgo, México (en algunas entidades federativas), Reino Unido, República Checa y Suiza, que reconoce como unión civil los matrimonios entre personas del mismo sexo entre ciudadanos suizos y ciudadanos de los países en donde este matrimonio es legal.

5.2. Medidas de prevención de discriminación por orientación sexual según la Organización Global Rights

El derecho a la vida (y a la libertad y seguridad personales) lo protegen la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 3; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en sus Artículos 6 y 9, y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en sus Artículos 4 y 7.

El derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada/o, lo protegen la Declaración en sus Artículos 2 y 7, el Pacto en sus Artículos 2 y 26, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos en sus Artículos 1 y 24.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostuvo en el caso de Toonen contra Australia (1994) que las provisiones antidiscriminatorias existentes en los Artículos 2 y 26 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos debían interpretarse como incluyentes de la orientación sexual como condición protegida. Muchos otros mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas han condenado consecutivamente la discriminación basada en la orientación sexual.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) en su resolución AG / RES. 2600 (XL-Ou/10) “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, cuyo texto ratifica los avances de los años anteriores con las resoluciones AG/RÊS.2435 (XXXVIII-Ou/ 08) y AG / RES 2504 (XXXIX -0/09) tituladas “Derechos humanos, Orientación sexual e Identidad de género”. Esta nueva resolución presentada por Brasil y copatrocinada por Bolivia, se destaca no sólo por condenar los actos de violencia y violaciones de derechos humanos cometidas contra las personas por razón de su orientación sexual e identidad de género y expresar su preocupación por la violencia que enfrentan los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con tales violaciones, sino que, también, insta a los Estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para combatir las violaciones a los Derechos Humanos basadas la orientación sexual e identidad de género, garantizando el pleno acceso a la justicia para sus víctimas.

Desde 2002, Perú es signatario de la Carta Andina de Promoción y Protección de los Derechos Humanos cuyo Artículo 10 reafirma la decisión de combatir toda forma de racismo, discriminación, xenofobia y cualquier forma de intolerancia o de exclusión en contra de individuos o colectividades por razones de raza, color, sexo, edad, idioma,

religión, opinión política, nacionalidad, orientación sexual, condición migratoria y por cualquier otra condición; y, deciden promover legislaciones nacionales que penalicen la discriminación racial. El punto F. de la carta está especialmente dedicado a los derechos de las personas con diversa orientación sexual y en su artículo 52 reconoce que las personas, cualesquiera sean su orientación u opción sexuales, tienen iguales derechos humanos que todas las demás; y en su artículo 53 los estados firmantes se comprometen a combatir toda forma de discriminación a individuos por motivos de su orientación u opción sexuales, con arreglo a las legislaciones nacionales y, para ello, prestarán especial atención a la prevención y sanción de la violencia y discriminación contra las personas con diversa orientación u opción sexual, y la garantía de recursos legales para una efectiva reparación por los daños y perjuicios derivados de tales delitos.

La Ley 28237 (aprobada por el Congreso de la República Peruana), que instituye un nuevo Código Procesal Constitucional para el país, reconoce la no - discriminación por orientación sexual como objeto de protección legal y permite presentar recursos de amparo en casos de discriminación por ese motivo. Dicha ley entró en vigencia el 1 de diciembre de 2004.

Perú ha ratificado el PIDCP el 18 de abril de 1978 y la CIDH el 28 de julio de 1978. La Declaración Universal se considera parte del derecho consuetudinario internacional, y compromete a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, entre ellos Perú. Lo mismo sucede con la Convención Interamericana para los Estados Miembros de la OEA (Organización de los Estados Americanos).¹⁷⁶

¹⁷⁶ Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gais y Lesbianas (IGLHRC). Recuperado el 3 de octubre del 2014, de: <https://iglhrc.org/content/solicite-justicia-las-autoridades-peruanas-por-el-asesinato-de-un-activista-gay>

CONCLUSIONES

A raíz de la realización de este proyecto, he conseguido llegar a obtener las siguientes conclusiones:

CONCLUSIÓN N°1

El Estado Peruano discrimina a la población LGTB, tanto de una manera directa como de una manera indirecta. Las razones que sustentan esta conclusión son:

- Existen prejuicios altamente arraigados dentro de la sociedad peruana, donde la homosexualidad es tomada como una enfermedad, como una abominación y como antinatural, estos prejuicios conllevan a que gran parte de la sociedad realice actos de discriminación sobre la población LGTB, ya sean en un ámbito social, legal, familiar, laboral.
- El Estado Peruano al no reivindicar esta situación a través de normas, leyes, y/o resoluciones, está discriminando a la población LGTB de una manera indirecta, como también lo hace al no regularizar la situación de las parejas homosexuales ya que ante una misma situación no se les otorga los mismos derechos.
- Ante esta situación se advierte que el Estado Peruano no está cumpliendo con su fin constitucional que es la defensa y el respeto de la dignidad de las personas homosexuales ya que está vulnerando los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, el de identidad, el de libertad, el derecho a la vida privada, el derecho a la intimidad, el derecho a la igualdad y al no ser discriminado y el derecho a formar una familia.

CONCLUSIÓN N°2

El matrimonio y la unión de hecho en el Perú, generan derechos y deberes recíprocos entre los integrantes de la pareja, tales como el deber de cohabitación, fidelidad y asistencia mutua, como lo derechos patrimoniales que nacen a través de ellos.

El régimen de sociedad de gananciales es elegido por los cónyuges antes del matrimonio, entendiendo por esta, al conjunto de bienes sociales y bienes propios de cada cónyuge, constituyéndose en un mecanismo de regulación de dicho patrimonio. Esta sociedad de gananciales se origina también a través de la unión de hecho voluntaria y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que haya durado por lo menos 2 años.

Mediante estas formas de reconocimiento de uniones afectivas de parejas heterosexuales, se generan otros derechos como el derecho a la legítima en materia de sucesiones, derecho de habitación vitalicia del cónyuge supérstite, el derecho de usufructo del cónyuge supérstite, derecho de seguridad social (pensiones), derecho de alimentos, como también los derechos más comunes como lo son el derecho a las visitas a los hospitales o centros médicos, la facultad de poder decidir el inicio de tratamientos quirúrgicos, derecho de visitas íntimas, entre otros.

Todos estos derechos solamente están reconocidos a las parejas heterosexuales, existiendo un vacío legal que regule la unión voluntaria de 2 personas del mismo sexo. Gracias a este vacío legal y a las continuas manifestaciones que se vienen realizando por parte de la población LGTB por el reclamo de sus derechos fundamentales, es que se presentaron algunos proyectos de Ley a fin de regularizar la situación de las parejas homosexuales que, contando con los mismos requisitos para el reconocimiento de una unión de hecho, no se le reconoce la conformación de una sociedad de gananciales, ni los derechos que nacen con ella.

Entre los principales proyectos de Ley se encuentran:

-El Proyecto de Ley 2647, que establece la Unión Civil no matrimonial para personas del mismo sexo, presentado por Carlos Bruce, donde se regula la unión voluntaria conformada por 2 personas del mismo sexo con el fin de establecer y garantizar derechos y deberes el uno para el otro. En este proyecto de Ley se observa que el fin es regularizar la situación afectiva de las parejas homosexuales, regulando tanto los derechos y deberes que entre ellos se deben. Con este proyecto se lograría obtener el derecho de formar una sociedad de gananciales, como los derechos que nacen de ella, además de crear un nuevo estado civil llamado “compañero civil”. Gracias que este proyecto de Ley sugiere la

similitud de obtención de derechos iguales al del matrimonio o unión de hecho, es que se produjeron diferentes opiniones y conflictos en la sociedad y se presentaron otros proyectos de Ley que intentaron regular dicha situación y que actualmente se encuentra en debate en el congreso.

- Proyecto de Ley 2801, que establece la Ley de atención mutua, presentado por Julio Rosas Huaranga, donde se señala que es un acuerdo de voluntades entre dos personas con la finalidad de establecer y reconocer derechos patrimoniales, en dicho proyecto no figura quienes son los sujetos de dicho acuerdo, si se trata de personas del mismo sexo o no, dicho acuerdo para que surta efectos respecto a los derechos sucesorios y/o derechos pensionarios deberán haber pasado 2 años como mínimo de su inscripción registral y solamente será válido si no existen herederos legales y a falta de familiares directos.

- Proyecto de Ley 3273, que establece la Ley de régimen de sociedad de solidaridad, presentado por Martha Chávez, donde se señala que es un acuerdo voluntario entre dos personas mayores de edad, que hacen vida en común, con el objeto de asistirse, apoyarse y que origina derechos patrimoniales. Este acuerdo tampoco señala quienes son los sujetos del acuerdo y solo surte efectos en ámbito de derechos sucesorios a los 2 años desde su inscripción registral y en cuanto a los derechos pensionarios, a los 5 años de su inscripción registral.

En estos dos últimos proyectos, se observan cómo se desnaturaliza la figura de unión civil presentada por Carlos Bruce, ya que con la unión civil se trata de equiparar la situación de desigualdad de las parejas homosexuales con las parejas heterosexuales en relación del reconocimiento de sus derechos generados a través de su convivencia. Se observa entonces que los dos últimos proyectos no se regula las relaciones afectivas específicamente de las parejas homosexuales, así podrían participar de estos, personas heterosexuales que quieran compartir su patrimonio entre ellas, pudiendo tener una relación amical, profesional, etc. Con este hecho se demuestra que se está disminuyendo a las parejas homosexuales ya que el supuesto fin de estos proyectos es regularizar el vacío legal que hay respecto a su situación sentimental. Además de ello se observa que estos proyectos de ley son meramente contractuales y que para la misma figura que ellos plantean hay otras opciones más fáciles y verídicas como lo son el testamento y la unión de hecho.

CONCLUSIÓN N° 3

De los factores a favor y en contra para la regularización de las uniones afectivas de las parejas homosexuales se ha concluido lo siguiente:

-Que no es suficiente decir que la protección de la familia tradicional, como base de la sociedad, es el fin constitucional protegido, ya que hemos visto que el Tribunal Constitucional ha señalado que a raíz de los cambios sociales se han formado nuevos tipos de familia como la familia reconstruida, la familia monoparental, familia extensa, familia interracial, entre otras, por consiguiente; el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, ya que la familia es aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo, de este modo, el principio de protección a la familia que se enuncia en el artículo 4 de la Constitución, está dirigido a toda forma familiar y no exclusivamente a aquella que se acerca al modelo tradicional nuclear.

-Que no es cierto decir que el único fin del matrimonio heterosexual es la procreación y que este es la base de la sociedad. Si bien es cierto uno de los fines del matrimonio heterosexual es la procreación, pero no es el único; también es el de asistencia mutua, el de fidelidad. Se dice también que el matrimonio homosexual es contrario a la naturaleza humana dado que obsta al uso natural de los órganos sexuales porque impide el cumplimiento de su finalidad natural, que es la procreación, necesaria para la supervivencia de nuestra especie, ante ello se observa que la falta de procreación dentro de un matrimonio heterosexual también existe, por decisión propia de los cónyuges o por esterilidad de alguno de ellos y esto no influye en la disolución de su matrimonio o en la supuesta falta de realizar uno de los fines básicos.

-Ante la postura que la crianza de un menor en una familia homoparental es perjudicante para el niño, se ha comprobado por peritos designados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es falso; ya que se comprobó que el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de un niño criado por padres homosexuales son comparables a los niños criados por padres heterosexuales y la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo del niño en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual.

-Si bien es cierto la religión católica ha sido y es la fe tradicional del pueblo peruano, la cual por varias razones se articula a nuestro concepto mismo de nación en art 50° de la Constitución, sin embargo el estado Peruano no es una teocracia, se permite la libertad de culto, por la cual todos los cultos obedecen los principios de inmunidad de coacción, el de no lesión de derechos de terceros, el principio de incompetencia recíproca, por los cuales ningún culto debe inmiscuirse en asuntos propiamente del Estado, ya que tienen la obligación de no imponer sus ideologías y/o valores que ellas refieren a la sociedad, mucho menos cuando estas lesiones los derechos fundamentales de terceros, por lo que el mandato a proteger los valores morales, el orden público y las buenas costumbres, no es lo suficientemente explicable para que se tome como válido para la no regularización de las uniones afectivas de las parejas homosexuales.

CONCLUSIÓN N° 4

Que habiendo analizado la Constitución Política del Perú se observa que gracias al principio de legislar por la naturaleza de las cosas, que permite expedir leyes especiales para compensar una determinada desigualdad; al principio de acción positiva, por el cual la autoridad puede tomar medidas correctivas a favor de quienes tienen una situación de desigualdad; al principio de no legislar por la diferencia de las personas, por el cual no se puede ser generador de diferencias sociales; al principio de dignidad de la persona, por el que se observa que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad constituyen el valor superior del derecho, en consecuencia toda interpretación jurídica de naturaleza constitucional deberá evaluar cuando se está defendiendo y cuando está agravando a una persona, cuanto se está respetando o no su dignidad; al principio de primacía de la realidad desde un plano social, por el cual un problema se debe resolver a partir de los elementos de hecho que están produciendo el conflicto, al principio de igualdad, que es la regla general por el cual el Estado tiene que garantizar que todas la personas seamos iguales, al principio democrático, el que señala que por la democracia se garantiza la aplicación de cada uno de los derechos fundamentales; al principio pro homine el que señala que ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por la que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio, es que se debe de regularizar las

uniones afectivas de las parejas homosexuales para que así se les reconozcan los mismos derechos patrimoniales que nacen de una convivencia heterosexual y así poder garantizar sus derechos fundamentales como lo son el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, el derecho a la libertad, a la intimidad, a la igualdad y al no ser discriminado y para salvaguardar su dignidad.



PROPUESTA LEGISLATIVA

La presente propuesta legislativa es la modificación al Artículo 326 del Código Civil, que regula las uniones de hecho, en el cual se deberá añadir:

“Se extenderá el presente artículo a medida que se reconozca los mismos efectos legales a las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, que cumplan los mismos requisitos antes señalados.”

Quedando así el texto normativo:

Artículo 326 del C.C.: “Uniones de hecho- 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 la sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

[...]

“Se extenderá el presente artículo a medida que se reconozca los mismos efectos legales a las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, que cumplan los mismos requisitos antes señalados.”

Esta propuesta se hace en base a que la modificación de este artículo sería la manera más idónea ante el problema de la discriminación de las parejas homosexuales al no reconocer sus uniones de afecto ya que:

1. Esta modificatoria converge más en un plano legal que en un plano civil, ya que el reconocimiento de una unión de hecho se hace ante un Juez o un Notario y esto implica la inscripción de la unión de hecho en Registros Públicos, en el caso del reconocimiento de una unión de hecho de una pareja homosexual se podrá poner bajo la figura de - reconocimiento de unión de hecho de una pareja homosexual - o bajo cualquier otro nombre que no implique la disminución de derechos.

2. El reconocimiento de una unión de hecho homosexual sería una de las formas más igualitarias de reconocer derechos a la población LGTB, ya que se exigiría los mismos requisitos para el reconocimiento de una unión de hechos heterosexual y se brindaría los mismos derechos que nacen con ella.



BIBLIOGRAFIA

1. ALBADALEJO, Manuel. “Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia”. Novena Edición. JMB. 2002. Librería Bosch. S.L. Barcelona
2. AGUILÓ Josep, Sobre Derecho y Argumentación. Palma de Mallorca: Lleonard Muntaner Editor, 2008
3. ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”. Tomo III. Derecho de Familia. Tomo III. Primera Edición. Colección Completa. Gaceta Jurídica. Mayo 2006. Lima-Perú.
4. BELLUSCIO, Augusto César. “Manual de Derecho de Familia”. Tomo II. 7ma. Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2004.
5. BOSSERT, Gustavo. “Unión extraconyugal y matrimonio homosexual”. 1º Ed. Buenos Aires, Astrea.2011
6. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. (2004) “Manual de Derecho de Familia”. 6ta edición. Actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, Argentina.
7. CASAL, Jesús María. “Libertad personal, seguridad individual y debido proceso en Venezuela”, en Ius et praxis, Vol. 5, Nº 1, Universidad de Talca, Talca, 1999
8. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Tomo II Sociedad Paterno Filial, Amparo Familiar del Incapaz. Librería Studium. S.A. 7ma. Edición. Lima Perú – 1988.
9. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Tomo I. Sociedad Conyugal. Studium. 7ma. Edición. Lima-Perú. 1988.
10. Díaz, Héctor. “Derecho de Sucesiones”. 4º Ed. Editorial Facultad de Derecho, Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.2010
11. FAJARDO. ”Derecho de la Seguridad Social”. 2º Edición Ed. Fajardo. Lima, Perú.1985
12. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984”. Motivensa Editora Jurídica. Primera Edición. Lima- Perú 2009.

13. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Buenos Aires. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma 1992.
14. FERNÁNDEZ Revoredo María , La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú, Tesis para optar por el grado académico de magister en derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014
15. *FOUCAULT, Michel. 2006 Historia de la Sexualidad. La voluntad del saber. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.*
16. GALLEGOS CANALES, Yolanda. JARA QUISPE, Rebeca S. “Manual de Derecho de Familia”. Doctrina y Jurisprudencia. Juristas Editores. Lima –Perú. 2009.
17. *GAMBA, Susana Beatriz, 2009 Diccionario de estudios de género y feminismos. Buenos Aires: Biblos*
18. GARGARELLA, Roberto., “Matrimonio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario”, Editorial Universitaria. 2010
19. MILLET Kate, Política Sexual. Madrid: Ediciones Cátedra, 1969
20. OACKLEY Ann, La mujer discriminada, Feminismo y Filosofía, Madrid: Editorial Síntesis. 1972
21. PLÁCIDO V. Alex F. “Manual de Derecho de Familia” Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima Perú 2001.
22. PRIETO, Luis. Derechos fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra. 2000
23. RAMOS NUÑEZ, Carlos. “Historia del Derecho Civil Peruano” Siglos XIX y XX. Tomo V Los signos del cambio y Volumen 2. Las Instituciones. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2006.
24. RUBIO, Marcial; Eguiguren, Francisco; Bernales, Enrique. (2013). Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.
25. RUBIO, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
26. SÁNCHEZ, E. (2001). Protección Internacional de los Derechos Humanos. PNUD. Quito, Ecuador

27. ZANABRIA, Rina y Carrera, Martín, "Derecho de Familia". Editorial de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. 2010
28. Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2002

INFORMATOGRAFÍA

29. Bruce, C. *Proyecto de ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo*, en Internet: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/588055827c08debd05257be4005f45ec/\\$FILE/PL02647120913.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/588055827c08debd05257be4005f45ec/$FILE/PL02647120913.pdf) (Arequipa; 2013, octubre, lunes 28).
30. Ministerio de Justicia. Sistema Peruano de Información Jurídica. *Código Civil*. Lima, 2008.
31. Ministerio de Justicia. Sistema Peruano de Información Jurídica. *Código Procesal Constitucional*. Lima, 2008.
32. Útero de Marita. *Sobre el matrimonio gay*, en Internet: <http://utero.pe/2007/12/02/sobre-el-matrimonio-gay/> (Arequipa; 2013, octubre, lunes 28).
33. Tradición, la Familia y la Propiedad. Tradición y Acción por un Perú Mayor. *Pacto internacional puede imponer el "matrimonio" homosexual al Perú*. Jueves 15 de mayo de 2008. En Internet: <http://tradicionyaccion.org.pe/tya/spip.php?article23> (Arequipa; 2013, octubre, lunes 28).
34. Alarcón Flores, Luis Alfredo. (2013) Delitos contra la Libertad. Recuperado el 2 de octubre del 2014, de: <http://www.monografias.com/trabajos30/delitos-contra-libertad/delitos-contra-libertad2.shtml>
35. Rafaela Baroja Crespo. (2006). Derecho a la intimidad. Recuperado el 4 de octubre del 2014, de: <http://www.monografias.com/trabajos32/derecho-intimidad/derecho-intimidad2.shtml>
36. SEGATO, Rita Laura. "Racismo, Discriminación y Acciones Afirmativas: Herramientas Conceptuales". En: Racismo, discriminación y acciones afirmativas. Serie Antropología N° 404, Brasilia, 2006. Recuperado el 1 de octubre del 2014, de: <http://www.unb.br/ics/dan/Serie404empdf.pdf>.

37. VIVANCO, José Miguel. "Orientación sexual: evolución de la jurisprudencia". Recuperado el 6 de octubre del 2014, de: <http://www.educacionsexual.com.ar/biblioteca-online/educacion-sexual-aspectos-ideologicos-y-conceptuales/sexualidad-sana-responsable-y-placentera>
38. Estela, J. (2011) La tutela de los derechos conexos a la libertad personal a través del proceso de Hábeas Corpus. Tesis de doctorado en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado en Agosto 10, del 2014, de: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/639/1/estela_hj.pdf
39. Méndez, S. (2008). Qué es una familia disfuncional. Recuperado en 26-11-2011, de <http://www.innatia.com/s/c-organizacion-familiar/a-una-familia-disfuncional.html>.
40. Agencia de Derechos fundamentales (2009) Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los estados miembros de la Unión Europea. Recuperado el 30 de septiembre del 2014, de: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-hdgso-report-part2_es.pdf
41. Agencia de Derechos fundamentales (2009) Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los estados miembros de la Unión Europea. Recuperado el 30 de septiembre del 2014, de: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-hdgso-report-part2_es
42. Declaración de Posición sobre "Terapias Enfocadas sobre Intentos de Cambiar la Orientación Sexual (Terapias Reparativas o de Conversión)" Recuperado el 28 de septiembre del 2014, de: <http://www.sexovida.com/psiquiatria/apa.htm>