

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



LA DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A CONTRAER MATRIMONIO, Y LA INSTITUCIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO Y SU INFLUENCIA EN LA IMPOSIBILIDAD JURIDICA DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y LA POSIBILIDAD JURIDICA DE LA UNIÓN CIVIL NO MATRIMONIAL, PERÚ; 2017

Tesis presentada por el Bachiller:

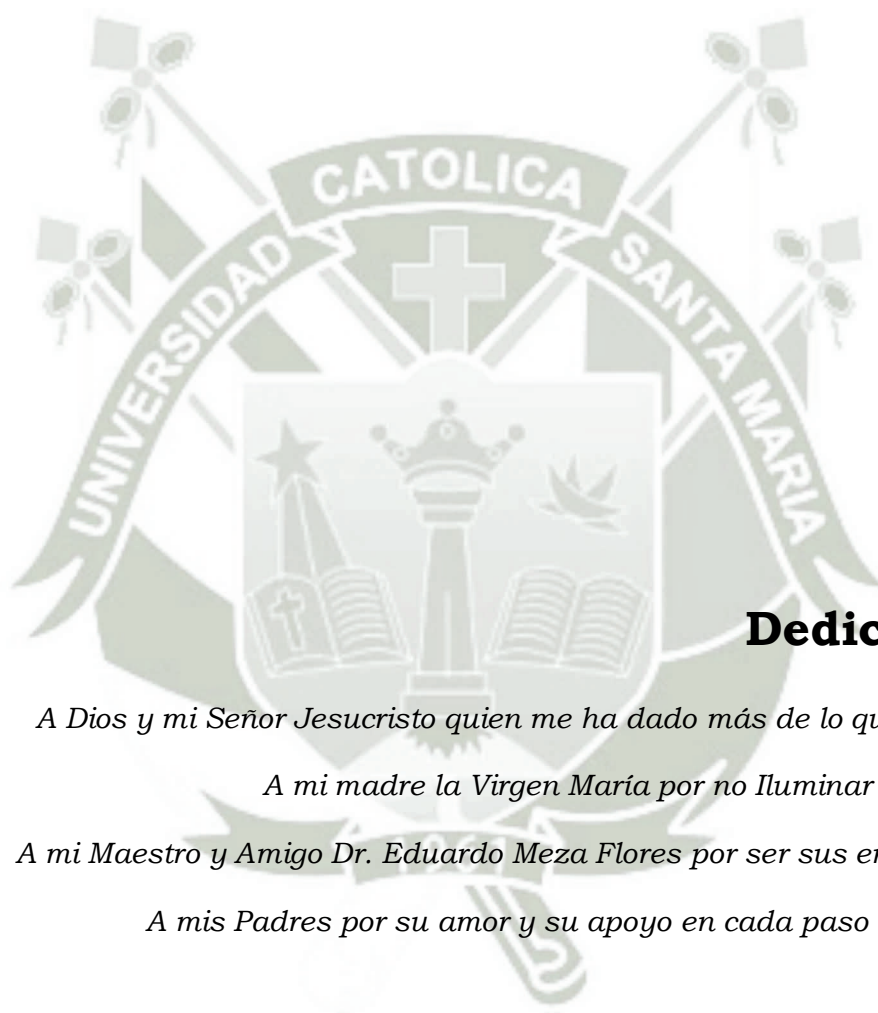
CHRISTIAN ANTHONY RODRIGUEZ TORREBLANCA.

Para optar el Grado de **MAESTRO en DERECHO CONSTITUCIONAL**

Asesor: Dr. Eduardo Meza Flores

AREQUIPA, PERÚ

2017



Dedicatoria

A Dios y mi Señor Jesucristo quien me ha dado más de lo que merezco;

A mi madre la Virgen María por no Iluminar mí camino;

A mi Maestro y Amigo Dr. Eduardo Meza Flores por ser sus enseñanzas;

A mis Padres por su amor y su apoyo en cada paso de mi vida;





Epígrafe

"Ora, Ten Fe y No te Preocupes"

San Pio de Pietrelcina

<u>RESUMEN</u>	<u>7</u>
<u>ABSTRACT</u>	<u>8</u>
<u>INTRODUCCIÓN</u>	<u>9</u>
<u>CAPITULO I.- DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTAL</u>	<u>11</u>
CAPITULO I.- ANTECEDENTES Y CONCEPTO	11
1.- CONCEPTO	11
a.- Derechos Fundamentales	11
b.- Derechos Humanos	12
2.- ANTECEDENTES:	13
A.- ORIGEN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	13
3.- NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	13
4.- CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	14
5.- CLASIFICACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	14
a.- Derechos Individuales civiles y políticos o derechos de Primera Generación	14
b.- Derechos Colectivos económicos y culturales o de Segunda Generación	14
c.- Derechos Comunitarios o de Tercera Generación	15
d.- Derechos de Minorías o de Cuarta Generación	15
6.- DOCUMENTOS ACERCA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	16
LA CARTA MAGNA 15 JUNIO 1215	16
THE BILLS OF RIGHTS 1689	16
DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE LOS EE.UU. 4 JULIO 1776	16
DECLARACIÓN DE VIRGINIA 12 JULIO 1776	16
DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO 26 AGOSTO 1789	16
DECLARACIÓN JACOBINA 24 JULIO 1793	17
CAPITULO II.- DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993	17
CAPITULO III.- DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD	18
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	23
STC N° 2868-2004-AA/TC	25
<u>CAPITULO II.- MATRIMONIO</u>	<u>27</u>

CAPITULO I.- CONCEPTO Y CARACTERISTICAS PRINCIPALES DEL MATRIMONIO	27
1.- CONCEPTO	27
2.- DEFINICION	28
A.- DEFINICIÓN	29
3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO	29
4.- MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO:	31
CAPITULO II.- NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO	32
A.- EL MATRIMONIO COMO SACRAMENTO	32
Doctrina de la Iglesia sobre el matrimonio. -	32
Inseparabilidad del contrato y del sacramento. -	34
B.- MATRIMONIO COMO ACTO	36
Paralelo entre la teoría institucionalista y la del matrimonio acto-condición.	42
COMENTARIO. -	43
CAPITULO III - EL MATRIMONIO COMO CONTRATO	43
1.- CONCEPTO. -	43
COMENTARIO. -	45
COMENTARIO FINAL. -	46
3.- MODALIDADES. -	47
CONCLUSIÓN FINAL. - Se desarrolla lo siguiente:	48
CAPITULO V.- HISTORIA DEL MATRIMONIO EN EL PERÚ	49
FRANCIA	49
<u>CAPITULO III.- DETERMINAR SI EL MATRIMONIO ES UN DERECHO FUNDAMENTAL</u>	54
CAPITULO I.- CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO	54
1.- LA CONSTITUCIÓN PERUANA SEÑALA:	56
2.- LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA señala: (cabe recordar que España incorporo el matrimonio homosexual sin modificar su constitución	57
LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU:	57
CAPITULO II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANA Y DE OTRAS LEGISLACIONES	58
1.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NACIONAL RESPECTO AL INSTITUCIÓN LEGAL Y NATURAL DEL MATRIMONIO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE CONTRAER MATRIMONIO	58
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EXP. N.º 2868-2004-AA/TC(caso derecho a contraer Matrimonio):	59

2.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL RESPECTO AL INSTITUCIÓN LEGAL Y NATURAL DEL MATRIMONIO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE CONTRAER MATRIMONIO	70
A.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 198/2012	70
B.- SENTENCIA OBERGEFELL VS HODGES 575 US. 2015 (LEGALIZADA Y CONSTITUCIONALIZA EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)	92
CLAUSULA DEL DEBIDO PROCESO	104

CAPITULO IV.- INSTUTO DEL MATRIMONIO **116**

CAPITULO I.- CONCEPTO DE INSTITUCIÓN	116
CAPITULO II - NOCIONES Y CLASIFICACIÓN DE INSTITUCIÓN. -	117
CAPITULO III.- LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO	122
A.- EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN	122
MATRIMONIO-INSTITUCIÓN	127
CARACTERES INSTITUCIONALES DEL MATRIMONIO. -	128
CRÍTICAS A LA TEORÍA DEL MATRIMONIO-INSTITUCIÓN. -	133

CAPITULO V.- UNIÓN CIVIL, UNIÓN DE HECHO Y UNIÓN SOLIDARIA **137**

INTRODUCCIÓN	137
CAPITULO I: UNIÓN CIVIL EN EL PERU	137
LEY QUE ESTABLECE LA UNIÓN CIVIL NO MATRIMONIAL PARA PERSONAS DEL MISMO SEXO (PROYECTO DE LEY N° 2647/2013-CR):	137
CAPITULO II: OPINION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEFENSORIA DEL PUEBLO	148
INFORME DEL MINISTERIO DE JUSTICIA	148
INFORME N° 2014-JUS/DGDH DEL MINISTERIO DE JUSTICIA:	148
OPINIÓN DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO	159
INFORME DE ADJUNTIA N° 003-2014-DP/ADHPD DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO (Opinión del Proyecto de Unión Civil)	159
COMPARACIÓN DE AMBAS OPINIONES:	170
CAPITULO 2.- UNION DE HECHO	171
ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN	171
UNIÓN DE HECHO, PERSPECTIVA DEL PODER JUDICIAL DE PERÚ	173
1.- Nociones	174
2.- Reconocimiento Jurídico de la Unión de Hecho	175
3.- Efectos de la Unión de Hecho	178
4.-Liquidación de Bienes	181

CAPITULO 3.- DIFERENCIA ENTRE LA UNIÓN DE HECHO, UNIÓN CIVIL Y EL MATRIMONIO	183
CAPITULO 4.- PROCEDENCIA DE LA UNIÓN CIVIL	187
CONCLUSIONES	189
RECOMENDACIONES	191
BIBLIOGRAFÍA DE TESIS	193
JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL	194
PÁGINAS WEB	194
NORMAS LEGALES	195
ANEXO 1	196



RESUMEN

El presente trabajo de investigación se gestó a raíz de la reciente evolución que sufren los derechos fundamentales y que afectan a diversas áreas del derecho generando que existe un debate netamente jurídico-doctrinario para resolver los casos en específico y a posterior realizar modificaciones en alguna norma que se declaró que vulnera un derecho fundamental.

En el presente trabajo de investigación ha desarrollado en primera instancia el matrimonio no como un derecho fundamental sino como un instituto natural reconocido por la Constitución y se ha demostrado mediante la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional y otros Tribunales o Cortes Constitucionales de otros países que el Derecho Fundamental es a contraer matrimonio como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad el cual es garantizado por nuestra constitución política de 1993 y por las otras legislaciones revisadas.

En vista de esta diferenciación es que se sustenta la hipótesis que en nuestro país es viable la unión civil no matrimonial, pero mediante una sola reforma legal mas no con una norma especial que regule esta nueva figura jurídica; ya que al existir el reconocimiento constitucional de la unión de hecho es posible extenderla para la unión civil.

En vista que en nuestra Constitución Política de 1993 consagra al Matrimonio como una Instituto Natural en el cual tiene como elemento principal que solo está permitido para personas heterosexuales pero no está permitido para personas del mismo sexo; pero durante el desarrollo de la investigación y mediante jurisprudencia comparada se ha comprobado que la Institución del matrimonio no es impedimento para que este se pueda extender a personas del mismo sexo, pero en dichas jurisprudencias no se resalta que la Institución Natural del Matrimonio sino solo se reconoce como Institución

Palabras Claves: Unión Civil, personas del mismo sexo, Libre desarrollo de la personalidad y homosexual

ABSTRACT

This research was developed following the recent evolution of fundamental rights and affecting various areas of law, generating a clear legal-doctrinal debate to resolve specific cases and then make changes to some rule that are Declared that it violates a fundamental right.

In this research work has developed in the first instance marriage not as a fundamental right but as a natural institute recognized by the Constitution and has been demonstrated through the jurisprudence issued by the Constitutional Court and other Courts or Constitutional Courts of other countries that the Fundamental Right is to marry as a manifestation of the right to free development of personality which is guaranteed by our political constitution of 1993 and by the other revised legislations.

In view of this differentiation, it is based on the hypothesis that in our country non-marital civil union is viable, but through a single legal reform but not with a special rule to regulate this new legal figure; Since the constitutional recognition of the union of fact can be extended to civil union.

Since in our Political Constitution of 1993 consecrates to the Marriage like a Natural Institute in which has as main element that is only allowed for heterosexual people but it is not allowed for people of the same sex; But during the development of the investigation and through comparative jurisprudence it has been proven that the institution of marriage is not an impediment to it being extended to persons of the same sex, but in these jurisprudence it is not emphasized that the Natural Institution of Marriage Recognizes as Institution

Palabras Claves: Unión Civil, personas del mismo sexo, Libre desarrollo de la personalidad y homosexual

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, el concepto de Matrimonio en el Perú ha sido comprendido de forma errónea, entendiéndolo que “Matrimonio” es un derecho fundamental por sí mismo y no como una Institución Legal que es como la Constitución lo señala; situación que no generó conflicto en años anteriores; pero en el último año, la propuesta del Proyecto de Ley de la Unión Civil No Matrimonial ha generado que nuevamente se estudie el Matrimonio como Derecho Fundamental y como Institución Legal; a efecto se pueda establecer si es necesario que exista reforma Constitucional para que pueda proceder la Unión Civil No Matrimonial.

El presente trabajo de investigación pretende establecer que el “MATRIMONIO” por sí mismo no es un Derecho Fundamental; pero si una Institución Legal Natural a diferencia del Derecho que tiene todo ciudadano a Contraer Matrimonio, derecho fundamental derivado del libre desarrollo de la persona establecido en el año 2004 mediante la Sentencia **N.º 2868-2004-AA/TC** emitida por el Tribunal Constitucional y que estableció la diferencia entre ambos conceptos; pero que en la actualidad es ignorada esta diferencia; y que ha generado que el debate de la procedibilidad de la unión civil no matrimonial se alegue de su especialidad y se acerque más al terreno Constitucional.

La investigación también se nutre de la Legislación y Jurisprudencia de otros países que ya han incorporado a sus ordenamientos la unión civil o el matrimonio y que pueden ser comparados con nuestro país como es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español en el caso de inconstitucionalidad de su ley que permite el Matrimonio entre personas del mismo sexo; y que ofrece una opinión doctrinaria de la Evolución de la Institución legal del Matrimonio y así otras legislaciones que nutrirán la investigación, así como la Sentencia emitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Obergefell VS Hodges en el cual se extiende el Matrimonio entre personas del mismo sexo a todos los Estados y se establece que el Instituto no puede estar por encima de los Derechos Fundamentales.

La investigación determinará si el Matrimonio al ser una institución Legal que durante muchos años solo ha sido permitida para heterosexuales; es posible que

evolucione y cambia su naturaleza y alcance a personas del mismo sexo; teniendo en cuenta que las Instituciones Legales pueden cambiar en el tiempo pero necesitan ser debidamente analizadas y fundamentadas; para poder determinar si esto es posible se analizará la Sentencia del Tribunal Español Sentencia 198/2012 y la Sentencia Obergefell VS Hodges



CAPITULO I.- DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTAL

CAPITULO I.- ANTECEDENTES Y CONCEPTO

1.- CONCEPTO

a.- Derechos Fundamentales

Cabe resaltar de manera especial la significación que tiene este término, aduciendo primeramente que fue en Francia donde aparece en 1770, el prelude de la gran Revolución y que con el correr del tiempo, gracias a grandes acontecimientos anteriores y posteriores a ella han podido positivarse en todos los ordenamientos jurídicos del mundo.

De aquí partimos tomando el concepto del profesor Lluís de Carreras, que se refiere a los Derechos Fundamentales como:

"Aquellos Derechos Humanos reconocidos en la legislación vigente de un Estado determinado y bajo la protección de su fuerza coactiva".

Tomando como base este concepto decimos que el reconocimiento de los Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico de un país y partiendo de la ley Fundamental, les da a éstos la denominación de Derechos Fundamentales y que los garantizará por medio de su poder coercitivo que como característica fundamental tiene una ley legítimamente concebida.

Un derecho fundamental es una facultad o poder reconocido a una persona por ley suprema vigente que le permite realizar o no ciertos actos. Por ejemplo, el derecho a la propiedad, le permite utilizar una cosa en su provecho.

Gozan de un derecho fundamental las personas individuales o colectivas. Un derecho fundamental está protegido por medios jurisdiccionales respecto del Poder público del Estado y de las demás personas.

¿Porque se llaman derechos fundamentales? Por corresponder a la persona respecto al Estado.

¿Para qué sirven? Para poner límite material al imperium (derecho de castigo) del Estado. Los sujetos o titulares de estos derechos son los seres humanos y los sujetos del deber jurídico son los Estados y las organizaciones internacionales. Esto quiere decir, que la finalidad de estos derechos es impedir los abusos del poder por parte de los titulares de las funciones estatales.

¿Dónde se establecen estos derechos? Generalmente en las partes dogmáticas de las constituciones.

¿Cuál es la diferencia con los Derechos Humanos? Los derechos fundamentales están reconocidos en las Constituciones Políticas de los Estados, los derechos humanos aun no, solo están en las Declaraciones.

Los Derechos humanos son aquellos que el hombre posee por el mero hecho de serlo. Son inherentes a la persona y se proclaman sagrados, inalienables, imprescriptibles, fuera del alcance de cualquier poder político.

b.- Derechos Humanos

Los Derechos Humanos son el conjunto de facultades que corresponden a todos los seres humanos como consecuencia de su innata dignidad, destinados a permitir el logro de sus fines y aspiraciones en armonía con los de otras personas, y que deben ser reconocidos y amparados por los ordenamientos jurídicos de cada Estado. Los derechos humanos, por consiguiente, pertenecen a las personas por su propia naturaleza y a todos sin excepción, a fin de que los disfruten con las limitaciones necesarias para permitir el uso que de ellos hagan las demás personas.

Por todo lo dicho, tales derechos presentan las siguientes características: son innatos o congénitos y universales, puesto que todos los seres humanos poseen ya al iniciar su vida temporal la titularidad de los mismos; son absolutos, ya que son oponibles erga homines, pues su respeto puede ser exigido indeterminadamente; son necesarios al derivar de las exigencias de la misma naturaleza humana; son inalienables, por pertenecer indisolublemente a la propia esencia del hombre; son imprescriptibles, ya que no son susceptibles de perderse por el no uso, voluntario o compulsivo.

La Constitución de 1993 (actual) consta de dos partes: una parte dogmática y otra orgánica. La parte dogmática de la Constitución (titulada "De la persona y la sociedad") tiene como característica fundamental proponer y perseguir como fin último del Estado y de su organización Institucional la defensa de los derechos y libertades del hombre, limitar al Estado y dar seguridad al individuo frente a él:

“Artículo 1°. - Defensa de la persona humana.-La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

Todo derecho fundamental o primario del hombre puede y debe ser considerado incluido en la Constitución, esté o no reconocido expresamente. Pero esta parte dogmática no se comunica con la parte orgánica que tiene como meta organizar al poder, implantándose una estructura de poder limitado, distribuido y controlado, lo cual se logra a través de la forma republicana de gobierno con su división de poderes.

“Artículo 43°. - Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno

La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.”

2.- ANTECEDENTES:

A.- ORIGEN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El concepto apareció en Francia hacia 1770, en el seno del movimiento político que condujo a la Declaración De Los Derechos Del Hombre Y Del Ciudadano de 1789, y más tarde alcanzó especial relieve en países como Alemania donde, bajo el manto de los Grundrechte (en alemán: derechos fundamentales), se articuló el sistema de relaciones que median entre el individuo y el Estado.

-Su construcción teórica tiene mucho que ver con Jellinek y su famosa Teoría de los estados y los derechos públicos subjetivos.

3.- NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Existen tres escuelas:

a.- Escuela naturalista: Consideran que los derechos fundamentales son atributos innatos del ser humano, es decir preexisten con anterioridad al Estado.

b.- Escuela historicista: Consideran que los derechos fundamentales son conquistas humanas adquiridas a través del tiempo o adquiridos por la historia.

c.- Escuela ética: Considera que los derechos humanos, son el reconocimiento que hace el Estado por un carácter moral. Esta es la más aceptada.

4.- CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Son universales, interdependientes, indivisibles, progresivos. Se los hace respetar a través de las acciones de defensa, como son la Acción de Amparo, el Habeas Corpus, el Proceso de Cumplimiento, el Proceso de Habeas Data.

El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos.

5.- CLASIFICACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Esta clasificación responde al aspecto histórico del reconocimiento por parte del Estado en sus Constituciones de los derechos humanos del individuo.

a.- Derechos Individuales civiles y políticos o derechos de Primera Generación

Estos derechos son los derechos Civiles y los derechos Políticos del individuo. Se dan luego de la Revolución francesa en el año 1789. Aparecen en la Declaración Americana (1776) y de la Declaración Francesa (1789).

Los derechos civiles son aquellos que conceden a los individuos el derecho a exigir frente al poder del Estado. Los derechos políticos son aquellos que otorgan al individuo la posibilidad de participar en la formación política del Estado y es por esto también que se los denomina derechos de participación.

b.- Derechos Colectivos económicos y culturales o de Segunda Generación

Otros llaman a estos derechos: “derechos sociales”, pero es inapropiado, ya que todo derecho es social de principio.

“Estos derechos se consolidan a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, derivados del crecimiento de los ideales socialistas y del subimiento del movimiento laboral en Europa” (Camacho,2007: 49). La constitución mexicana de 5 de febrero de 1917 fue el primer país que lo consagra (Constitución de Querétaro y con el Estado benefactor.), los derechos sociales, luego la Constitución Soviética de 1918, la de Weimar en 1919.

Los derechos de la primera generación quieren conseguir la limitación del poder de los gobernantes. Los derechos de segunda generación buscan la realización por parte del Estado, de diversas acciones para reducir las desigualdades. El Estado debe no solo reconocer los derechos sino tratar de lograr el “vivir bien” del individuo y su familia.

c.- Derechos Comunitarios o de Tercera Generación

Llamada también “derechos de los Pueblos”. Aparece con el renacimiento del nacionalismo. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lengua, costumbre e instituciones.

El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas poden ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes.

Otros llaman a estos derechos “derechos colectivos”.

d.- Derechos de Minorías o de Cuarta Generación

Aparece con el despertar de las minorías y de los grupos excluidos de la sociedad. Minoría se debe entender como grupos que “no tienen influencia en la conformación del poder público” y no como por la cantidad de personas de un grupo.

6.- DOCUMENTOS ACERCA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como los derechos fundamentales sirven para la protección del individuo del abuso y castigo del Estado (*imperium*) esta limitación siguió un largo camino hasta establecerse en las modernas Constituciones de los Estados actuales.

Estas son:

LA CARTA MAGNA 15 JUNIO 1215

La Carta Magna es una cédula que el rey Juan sin tierra de Inglaterra otorgó a los nobles ingleses el 15 de junio de 1215 “en la que se comprometía a respetar los fueros e inmunidades de la nobleza y a no disponer la muerte ni la prisión de los nobles ni la confiscación de sus bienes, mientras aquellos no fuesen juzgados por ‘sus iguales’”. Es el primer documento histórico que protege al individuo del poder del Estado.

THE BILLS OF RIGHTS 1689

The Bills of Rights de 1689 conocido también como Los Derechos de la Vida, establece los primeros derechos de las personas y fue una concesión dada por la monarquía inglesa en el cual reconoce la potestad legislativa del Parlamento y consagra las libertades públicas de los súbditos del reino.

DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE LOS EE.UU. 4 JULIO 1776

La Declaración de independencia de los EE.UU. de 4 Julio 1776 en sus considerandos postulan conceptos relativos a los derechos, como: a la vida, a la libertad y al derecho de alcanzar la felicidad.

DECLARACIÓN DE VIRGINIA 12 JULIO 1776

La Declaración de Virginia de 12 Julio 1776 es el documento mediante el cual el estado de Virginia se declara independiente de la corona inglesa y proclama su libertad. En los considerandos establecen algunos derechos de carácter natural como el derecho que tienen las personas a organizar estados.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO 26 AGOSTO 1789

La Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 agosto 1789 fue aprobada luego de la revolución francesa.

Es un texto amplio inspirado en la democracia liberal y proclama:

Derecho a la libertad.

Derechos a la soberanía nacional.

Derecho a la libertad de opinión y de expresión.

Derecho a la propiedad privada.

La ley como expresión de la voluntad general.

Igualdad ante la ley.

Igualdad ante las cargas públicas y para el ejercicio de funciones públicas.

Responsabilidad de los agentes públicos.

Prohibición de detenciones ilegales.

Derecho de defensa en proceso legal.

Presunción de inocencia.

DECLARACIÓN JACOBINA 24 JULIO 1793

La Declaración jacobina de 24 Julio 1793 tomó en cuenta derechos sociales y económicos no contemplados en las declaraciones mencionadas anteriormente, habló del:

Derecho al trabajo.

Derecho a la seguridad social.

Derecho a la educación pública.

CAPITULO II.- DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

El presente trabajo de investigación esta englobado en la dimensión del derecho de toda persona a su libre desarrollo y bienestar, ya que es este derecho el que engloba el derecho a contraer matrimonio (véase que no existe el derecho fundamental al matrimonio; sino a contraer libremente) como manifestación del libre desarrollo y bienestar de la persona; en este sentido la Constitución de 1993 establece este derecho en el:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Ligado al derecho del libre desarrollo y bienestar de la persona; esta el derecho a la dignidad que tiene todo ser humano y el cual permite que todo ser humano pueda disfrutar de su libre desarrollo; en este aspecto toda persona en el disfrute de su derecho a su dignidad, esta su derecho a contraer matrimonio de forma libre sin restricción alguna, salvo la que la Ley le impone por determinada naturaleza.

Es verdad evidente que la persona humana tiene una dignidad que deriva del hecho de ser, ontológicamente una persona, y que el derecho debe reconocérsela por ser tal. Nuestra Constitución si enumera este derecho en el Art 1, cuando se le refiere como fin supremo del Estado:

Artículo 1.- Defensa de la persona humana

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su **Art. 11** señala:

"Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

"Derecho a la vida y sus circunstancias"

Tanto en la anterior Constitución como en esta el derecho a la vida y el libre desarrollo siempre ha estado expresamente contemplado, por ser el derecho humano fundamental que es base e inicio para hablar de otros derechos. En el presente trabajo de investigación el DERECHO AL LIBRE DESARROLLO ES FUNDAMENTAL PARA comprender que nuestra Constitución garantiza como derecho fundamental el DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO, por lo que ningún ciudadano puede ser despojado ni privado de este derecho; pero si tiene limitaciones y restricciones como se podrá observar en los siguientes capítulos.

CAPITULO III.- DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Es importante desarrollar este capítulo ya que en virtud a este derecho es que se hace la distinción entre el Matrimonio como institución y el Derecho a Contraer Matrimonio como manifestación del derecho al libre desarrollo, el cual de la investigación que se ha realizado el Tribunal Constitucional solo lo ha desarrollado en una sola Sentencia que emitió en el año 2004 y fue en dicha sentencia la N°2868-2004-AA/TC en la que desarrollo dicho derecho en virtud a dilucidar si el matrimonio era un derecho fundamental; después de dicha sentencia nunca más se desarrolló dicho derecho el cual no solo engloba el derecho a contraer matrimonio; sino que su regulación es más profunda, ya que el libre desarrollo tiene relación a la dignidad del ser humano a la igualdad, en el ámbito que toda persona tiene derecho a desarrollar un plan de vida y establecer como desea vivir como manifestación de libre desarrollo; pero si esta persona es discriminada por motivos religiosos, de raza o de sexo su dignidad e igualdad son afectadas y por ende su desarrollo y su proyecto de vida se ve truncado, afectando gravemente su derecho al libre desarrollo.

El desarrollo y el derecho al desarrollo que aquí estamos tratando no solo se limitan a dimensiones económica, políticas y sociales, sino que van mucho más allá para adentrarse en individuo en sus aspectos espirituales, culturales y subjetivos; así el autor Nicolás Angulo Sánchez¹ señala que se trata de crear condiciones que posibiliten el libre y pleno desarrollo de la personalidad de cada cual en cuanto individuo autónomo para que pueda ser capaz de obrar y ejercer por sí mismo los derechos legítimos que le corresponden, es decir, todos los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo de la personalidad; nótese que el autor citado es español; ya que en el Perú no se ha hecho un estudio de este derecho el cual está plasmado en la Constitución, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y es usado todos los días ya que su contenido abarca otros derechos.

¹ Nicolas Angulo Sanchez, El Derecho Humano al Desarrollo frente a la Mundialización del Mercado, IEPALA Editorial, 2005, pag.79

El derecho al libre desarrollo de la personalidad también está incorporado en los Declaración Universal de los Derechos Humanos en los artículos 22², 26.2³ y 29.1⁴, como ya lo hemos señalado y es obligación de todos los estados velar por que se cumple y el Perú no está exento; y como veremos que la primera sentencia del TC en la cual se desarrollo fue en el año 2004 y la segunda en el año 2007

Es necesario resaltar que el desarrollo de la personalidad no solo se consume en la niñez o la infancia, sino que está presente en toda nuestra vida, en especial en nuestra personalidad la cual se va desarrollando a lo largo de los años y en virtud cómo evoluciona la sociedad, nuevas eras; por eso la educación es esencial y fundamental para que el desarrollo de nuestra personalidad pueda ser plena pero no es lo único esencial sino que también el conocimiento claro de cuáles son nuestros derechos permitirá que podamos ejercer nuestro derecho al libre desarrollo.

Al no existir doctrina en el Perú se debe de recurrir a la doctrina compara y es así que se puede encontrar en Colombia que el país que ha desarrollado en abundancia este derecho el cual en ha sido tratado en diferente articulos en donde relacionan el derecho al libre desarrollo con la educación, con el derecho a elegir el tratamiento médico, etc.; es así que podemos revisar que para el sistema colombiano el derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido definido como el derecho general de libertad o el derecho a la libertad general de actuación humana en el más amplio sentido⁵. Y es que este derecho es el núcleo de la libertad: "...la libertad de hacer y

2 Artículo 22°.- Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

3 Artículo 26.2.- La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales

4 Toda persona tiene derechos respecto a la comunidad internacional, puesto que sólo con ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad

5 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tr. por Carlos Bernal Pulido. Segunda edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España. 2008. Pág. 299 y 301, y éste a su vez de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: BVerfGE 6, 32. También: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-523/92 de 18 de septiembre de 1992. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-523/92.htm>. Acceso: 23 de junio del 2010. Puede consultarse varias sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán en: SCHWABE, Jürgen (Compilador). Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Traducido por Marcela Anzola Gil. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2003. Págs. 21-28. En ésta última fuente se explica que el Tribunal Constitucional Federal Alemán consideró al derecho al libre desarrollo de la personalidad como libertad de actuación en el más amplio sentido, debido a la redacción del Art. 2 de la

omitir lo que se quiera.”⁶, es decir, que para la doctrina colombiana el libre desarrollo es la libertad en forma amplia y sin restricciones que puedan limitar la libertad que todo ciudadano tiene; entonces si existe dicha libertad en normal que podamos elegir cuando contraer matrimonio y con quien sin ninguna restricción más que la señalada en la norma y en la constitución.

Revisando jurisprudencia comparada podemos encontrar que la Corte Constitucional colombiana, considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad “...condensa la libertad in nuce, porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella”⁷. Es más, según la Corte de Colombia, el derecho general de libertad “...comprende no sólo los específicos derechos de libertad consagrados por la Constitución (libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, libertad de escoger profesión u oficio, libertades económicas, etc.) sino también el ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos”⁸,

Este derecho, como hemos visto en los párrafos anteriores, contiene dos facultades⁹: 1) la libertad de hacer y omitir lo que se quiera de acuerdo con la voluntad propia, siempre y cuando no existan restricciones, entendiéndose que lo restringido es únicamente aquello que se encuentra expresamente prohibido, pues todo lo que no está prohibido está permitido, por lo cual el ejercicio de este derecho faculta hacer aquello que está permitido y lo que no está prohibido; y que en nuestra Constitución podemos encontrar en el numeral 24 del artículo 2 y se manifiesta que señala “ Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; esta coincide a la libertad que tenemos

Constitución de este país, que dice que toda persona tiene este derecho siempre y cuando no vulnere los derechos de los demás, ni atente contra el orden constitucional o la moral, ya que si la interpretación de este derecho se hubiera restringido no se podría entender cómo el desarrollo al interior de la personalidad pudiese ir en contra de los derechos de otros o incluso contra el ordenamiento constitucional. Aún cuando la redacción de nuestra Constitución sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el Art. 66 numeral 5, sólo trae como límite de este derecho a los derechos de los demás, se puede entender también como un límite el orden constitucional en virtud de la disposición del Art. 83 numeral 1 de nuestra Ley Fundamental que impone el deber genérico de respeto de la Constitución a los ecuatorianos. Por consiguiente, esta forma de entender al derecho al libre desarrollo de la personalidad, también es aplicable al caso ecuatoriano.

⁶ ALEXY, Robert. Ob. Cit. Pág. 301. También CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Párr. 52

⁷ MOLAS, Isidre. Derecho Constitucional. Editorial Tecnos. Madrid – España. 1998. Pág. 308.

⁸ ORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355-06 de 10 de mayo del 2006. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>

⁹ BERLIN, Isaiah. Cuatro Ensayos sobre la libertad. Primera edición. Alianza Editorial, Madrid España, 1998. Pág. 220.

como facultad del libre desarrollo de la personalidad; pero la pregunta para el presente trabajo de investigación sería ¿La Facultad del ejercicio de la libertad se puede restringir en el matrimonio?, como veremos en los siguientes capítulos, respuesta es positiva ya que solo es permitido el matrimonio entre hombre y mujer y no se puede el matrimonio homosexual, porque devendría en una cambio legislativo y doctrinario que solo puede ser realizado por el legislador con el respeto de la tradición y cultura que formo al país; y, 2) el derecho a que nadie (ni el Estado ni los particulares) impidan las acciones y omisiones del titular del derecho fundamental¹⁰

La facultad de hacer y omitir voluntariamente lo que no se encuentra prohibido implica que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos; es decir, el individuo goza de la libertad de actuación humana dentro de una esfera vital¹¹, él decide cómo quiere ser en los aspectos de esa esfera, tomando su destino en sus propias manos según sus intereses, deseos y convicciones

Ahora revisando la historia de nuestro país podemos encontrar que el derecho al libre desarrollo no fue incorporado a una Constitución sino hasta el año 1979 fecha en la que se promulga la Constitución del mismo y que en es su artículo 2 señalo expresamente:

Artículo 2° “Toda persona tiene derecho: 1) A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad...”

Como señala el autor Gerardo Eto Cruz¹² este precepto normativo no había estado presente en ninguna de las diez Constituciones anteriores siendo este hecho una innovación normativa que permitió que se incorpore cinco nuevos derechos juntos en un solo artículo siendo el más importante el derecho a la vida; pero para este proyecto de investigación podemos observar que ya las Constitución de 1979 ya dio un primer inicio a la protección al libre desarrollo de la personalidad para que cada persona pueda sentirse libere de tener y cumplir sus aspiraciones y sueños.

10 ALEXY, Robert. Ob. Cit. Pág. 301

11 Ibidem. Pág. 301. Este a su vez de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán: BVerfGE 34, 238 (246), BVerfGE 54, 148 (153 s.) y BVerfGE 9, 83 (88).

12 Eto Cruz Gerardo, Conctitución y Procesos Constitucionales, Tomo I; Adrus D & L Editores S.A.C, Lima 2013, pag 16

Ahora revisemos la actual Constitución de 1993 en su artículo 2 numeral 1

Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Como podemos observar entre ambos artículos existe mucha similitud lo cual, evidencia que ya desde el año 1979 se respetaba el derecho de las personas a ser libres y poder desarrollar su personalidad con el fin de poder cumplir su proyecto de vida y sus metas personales, sin ningún tipo de coerción o trato discriminatorio por parte del Estado o de un Particular.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Antes de revisar las Sentencias del Tribunal Constitucional con mayor profundidad, podemos destacar lo señalado por Varios autores que han comentado la constitución:

Constitución Política del Perú, Sumillada, Concordada y Anotada artículo por artículo, con los precedentes y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, Investigación realizada por el Centro de Estudios de Derecho Constitucional:

"En el presente caso, en cuanto a las posiciones iusfundamentales protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cabe mencionar que tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional [Exp. N° 02868-2004-AA/TC FJ 14], dicho derecho, reconocido en el artículo 2°, inciso 1), de la Constitución, “garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (...) es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento

especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra. Evidentemente, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual. En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional “las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada (...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad [Exp. N° 03901-2007-PA/TC, FJ 13 y Exp. N° 01575-2007-PHC/TC FJ 13]”. (Exp. 00008-2012-AI FJ de 17 a 20)13

En esta resumida revisión que hacen de la Constitución con la jurisprudencia Constitucional, se revisa lo que ya se ha mencionado en los párrafos anteriores sobre este derecho el cual se puede resumir en la Libertad; ya que con la libertad que el estado garantiza a cada ciudadano sin que este puede controlar es que libre desarrollo de cada persona estará garantizado; pero hay que resaltar que en las últimas líneas se hace mención a las relaciones amorosas y sexuales, en este punto es donde debemos detenemos ya que la garantía que cada persona pueda entablar una relación amoroso es la garantía a futuro de respetar el derecho a contraer matrimonio por parte de la población (siempre con las limitaciones que la norma señala) y es ahí donde nace nuestro libre desarrollo a poder cumplir con nuestro ideal de formar una familia mediante el matrimonio.

La primera y tal vez la única jurisprudencia que el Tribunal Constitucional emitió con respecto al derecho al libre desarrollo se encuentra en la STC N° 2868-2004-

13 Constitución Política del Perú, Sumillada, Concordada y Anotada artículo por artículo, con los precedentes y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, Investigación realizada por el Centro de Estudios de Derecho Constitucional,
http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Investigaciones_Centros/Constitucion%20Concordada,%20Sumillada%20y%20Anotada%20con%20la%20jurisprudencia%20del%20TC.pdf

AA/TC la cual no se desarrollara en este capítulo, puesto que se desarrollará en el Capítulo IV, pero si es necesario mencionarla.

STC N° 2868-2004-AA/TC:

“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.” (Fundamento 14)

“Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.” (Fundamento 14)

“Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra”. (Fundamento 14)

STC N° 03901-2007-AA/TC

La Constitución reconoce el derecho al libre desarrollo en el artículo 2, inciso 1¹⁴. Sobre este derecho ha afirmado este Tribunal lo siguiente¹⁵:

La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento “constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la

14 STC N.º 2868-2004-AA/TC, fundamento 14, segundo párrafo.

15 *ibid* tercer y cuarto párrafo, respectivamente

salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.”¹⁶



16 *ibid* fundamento 14, quinto párrafo.

CAPITULO II.- MATRIMONIO

En el presente capítulo se desarrollará el “Matrimonio” como elemento principal; ya que el presente trabajo de investigación está orientado a desarrollar si es el Matrimonio como Instituto puede ser no solo exclusividad de parejas heterosexuales, sino también de parejas homosexuales y en ese orden es importante desarrollar en este capítulo al MATRIMONIO su concepto y nacimiento y sus elementos esenciales.

CAPITULO I.- CONCEPTO Y CARACTERISTICAS PRINCIPALES DEL MATRIMONIO

1.- CONCEPTO

Es necesario previamente señalar la definición que le da el diccionario a matrimonio para después desarrollar la definición y contenido que le da la doctrina jurídica al matrimonio.

Matrimonio. (Del lat. matrimonium). m. Unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales. || 2. En el catolicismo, sacramento por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia.¹⁷; este fue el significado que le otorga la RAE hasta el año 2009, época en la que aún no se había planteado el matrimonio de personas del mismo sexo.

Ahora revisemos el significado de Matrimonio según la RAE (Real Academia de la Lengua Española) en el año 2016:

“Del lat. matrimonium.

1. m. Unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.

¹⁷ Diccionario DRAE (Real Academia de la Lengua Española)

2. m. En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.”¹⁸

Como se observa el concepto de matrimonio que otorga el diccionario tradicional del año 2009 siempre es la unión de un hombre y una mujer, como tradicionalmente se ha considerado el matrimonio; pero cuando revisemos conceptos del DRAE del año 2016 encontramos tal definición ya cambio debido a los sucesos ocurridos en los últimos años en donde se ha permitido que el matrimonio se extienda a la unión de personas del mismo sexo; señalando que esto se otorga en virtud a la protección de ciertos derechos fundamentales que tienen las personas del mismo sexo.

Se puede observar que no hace diferencia de sexo entre los contrayentes como así lo hacia la definición del año 2009 en donde claramente se definía como la unión de un hombre y una mujer; esta variación ha dado lugar a que personas del mismo sexo puedan casarse entre sí en los países que su legislación lo permite; que es lo que sucede en la actualidad en varios países del mundo; dando lugar a que el concepto inicial de matrimonio el cual deriva del ámbito religioso haya cambiado por completo

Como se observa el concepto de “MATRIMONIO”, ha variado en los últimos años, eliminando del significado la exclusividad del matrimonio para el hombre y mujer para señalar que es la unión de dos personas –pueden ser del mismo sexo-, y esto se debe a muchos factores pero los dos más influyentes han sido que las sociedades se han desligado de la Religión (en especial de la iglesia católica) que influenciaba la prohibición del cambio de matrimonio a favor de personas del mismo sexo, y el otro factor ha sido la evolución del derecho en especial el Derecho Constitucional debido a las protesta de las minorías que sentían que sus derechos no estaban siendo protegidos por la Constitución y el Estado; todo esta se ha sumado para que el matrimonio como concepto y definición varié.

2.- DEFINICION

18 <http://dle.rae.es/?id=OdQHKYU#5apP3Dp>

A.- DEFINICIÓN

Se puede decir que el matrimonio es un instituto natural debido a su naturaleza, es de orden público ya que es regulado por la estado mediante leyes y normas y que necesita el consentimiento mutuo bajo sanción de nulidad en la celebración del acto matrimonial; siendo necesario para su celebración seguir formalidades prescritas por ley, y que tienen como conclusión la unión de una persona natural con otra fundada en principios de indisolubilidad, estabilidad, lealtad y fidelidad mutuas que no pueden romper a voluntad.

3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Para poder comprender el matrimonio desde el punto de vista jurídico, debemos analizarlo desde varios ángulos. Primero se debe determinar su naturaleza jurídica; si el matrimonio en el Perú es un Contrato, una Institución o un Sacramento y para se debe de revisar el código civil el cual establece que el matrimonio crea un estado de vida que origina deberes, derechos y obligaciones, así como necesita ciertos requisitos indispensables para su celebración (regulados en el Código Civil); posteriormente conocer los fines del matrimonio, que se derivan de su naturaleza jurídica.

En relación al problema de la naturaleza jurídica del matrimonio entendemos que se refiere al acto de su constitución, y también al estado matrimonial que se genera.

En relación a la naturaleza jurídica del matrimonio veremos los distintos puntos de vista: como institución, como acto jurídico condición, como acto jurídico mixto, como contrato ordinario, como contrato de adhesión, como estado jurídico y como acto de poder estatal¹⁹; previamente señalare las teorías del Matrimonio, para posterior desarrollar con mayor amplitud.

En este punto, solo se señalará el matrimonio como Institución; ya que en el **Capítulo IV** se desarrollara el tema con más profundidad.

¹⁹ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Ed. Porrúa, S.A, México, 1984, pag. 209

1.- Teoría del Matrimonio Sacramento: Es regulado por el Derecho Canónico o eclesiástico, se considera al matrimonio indisoluble, solo cabiendo la nulidad de matrimonio ante la Iglesia. Tuvo vigencia con el código de 1852.

También se le denomina Teoría Contractual Canónica, porque se basa en una unión libre y voluntaria, y consentida por los pretendientes, con el fin de establecer una relación de vida social marital y celebrada en sujeción a normas religiosas que lo sacramenta haciéndolo indisoluble hasta la muerte²⁰.

2.- Teoría del Matrimonio contrato: Señala que el matrimonio tiene elementos como el acto jurídico contractual que señala el artículo 1351 y 140 del Código Civil, por lo que se le considera un contrato al unir las voluntades de dos parte, varón y mujer para entablar un relación jurídica patrimonial llamada sociedad de gananciales o en el caso de separación de bienes, los derechos sucesorios que se generan a partir de las nupcias.

También se le denomina en otras legislaciones Teoría Civil el matrimonio es un contrato especial. Para esta teoría prima los caracteres de índole personal, los cuales, inclusive, permiten disolverlo bajo sanción de autoridad.

3.- Teoría Institucional el matrimonio es una institución. El matrimonio es creado por el Estado para proteger y garantizar las relaciones familiares a lo que los pretendientes se adhieren a través de un acto jurídico formalizado ante autoridad estatal en la que por libre manifestación de voluntad consiente en unirse, sin la posibilidad futura de disolver tal unión, a no ser que intervenga autoridad judicial.

4.- Teoría del Matrimonio Institución: Señala que el matrimonio civil no puede compararse a un contrato civil, porque si bien el matrimonio implica el libre consentimiento, los casados están obligados a cumplir con todo lo que la ley señala para los contrayentes (obligados a cumplir alimentos, patria potestad de los hijos, adoptar el régimen de bienes que le ofrece la ley, separarse por causales legales, etc). Por lo que no hay libre autonomía de la voluntad, ya que la voluntad se

20 MACHICADO, Jorge, "¿Que es el Matrimonio?", Apuntes Jurídicos™, 2012 <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/02/el-matrimonio.html>

encuentra limitada por la ley quien determina los deberes y derechos que necesariamente amparan a los contrayentes, por ese motivo al contraer nupcias son adheridos a un "estado legal" o institución (algunos lo llaman también categoría jurídica). Dalmacio Velez Sarfield mencionaba "un hecho de importancia y resultados del matrimonio no podía descender a las condiciones de una estipulación cualquiera... serían necesarias tantas excepciones al contrato".

-Desde este punto de vista, surge: el matrimonio-status y el matrimonio- acto.

El primero dice que el matrimonio es un estado que se debe proteger para garantizar las relaciones familiares derivadas de ese estado.

El segundo dice que el matrimonio es un acto del cual derivan obligaciones, deberes (por ejemplo la fidelidad) y derechos de carácter familiar.

4.- MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO:

El código civil de 1984 adopta una concepción híbrida, pues aplica las teorías del contrato y del matrimonio institución:

El matrimonio es un contrato: porque la normatividad le impone requisitos obligatorios a los contrayentes, que se asemeja a los otros contratos.

El matrimonio es una institución: porque cuando se refiere a las relaciones personales hay derecho, deberes y obligaciones que la ley impone a los contrayentes de matrimonio para que lo cumplan.

Benjamín Aguilar Llanos puntualiza esta visión dualista del matrimonio con la siguiente frase: "EL MATRIMONIO COMO ACTO ES UN CONTRATO, PERO COMO ESTADO ES UNA INSTITUCIÓN".

Entonces el matrimonio en el Perú tiene una naturaleza dual debido a que cuando nace (al momento de la celebración ante la Ley en la Municipalidad) surge un contrato, porque existe un acuerdo entre los contrayentes para regular una relación patrimonial (nace la sociedad de bienes gananciales); por otra parte, el matrimonio desde su nacimiento y durante su ejercicio obliga a los cónyuges a cumplir deberes y derechos y les impone obligaciones (código civil), que no pueden dejar de ser cumplidos y por eso se dice que se comporta como una institución,

que son figuras que se caracterizan por tener ciertos requisitos que la ley y la sociedad consideran obligatorios, y se diferencia del contrato porque sus condiciones no pueden dejar de ser cumplidas por el simple acuerdo de los intervinientes. (al final)

CAPITULO II.- NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

En el presente capítulo se desarrollará todas las teorías sobre la Naturaleza que se ha desarrollado para el Matrimonio, para que se pueda identificar cual es la que en el Perú ha primado y sobre cual se ha legislado.

En primer orden tenemos al Matrimonio como Sacramento

A.- EL MATRIMONIO COMO SACRAMENTO

El matrimonio como sacramento es celebrado por la religión y no por el estado, pero su importancia es relevante para el presente trabajo de investigación; por lo que revisaremos el presente tema; para lo cual se desarrolla el presente con comentarios y aporte del autor del presente trabajo de investigación

Doctrina de la Iglesia sobre el matrimonio²¹. –

Antes del Concilio de Trento la Iglesia Católica no se había pronunciado acerca de la naturaleza del matrimonio ni había desarrollado una doctrina canónica sobre la unión conyugal; pero desde aquella fecha ha mantenido firmemente una doctrina original que consiste en la Teoría del matrimonio como contrato-sacramento. Los puntos que abarca dicha teoría son tres: en primer lugar, el sacramento del matrimonio; luego el contrato mismo y en seguida la relación que existe entre ambos. La Iglesia ha considerado tradicionalmente al matrimonio como un sacramento y esta doctrina fue afirmada en los Concilios de Lyon de 1267 y de Florencia de 1439. En dichos Concilios la palabra sacramento fue usada en un doble sentido: estrictamente significa 'sacramento de la nueva ley', esto es, causa productora, de la gracia y en un sentido más amplio, es un símbolo o signo de una cosa santa. Ya los Padres del Concilio de Trento consideraron el matrimonio como

21 Larraín Ríos, H. (1950). Naturaleza Jurídica del Matrimonio. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 14 (60-67). Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

un sacramento y además como un contrato. Se basaron para ello en que nace de un acuerdo de voluntades: pero la doctrina jurídica moderna ha demostrado que no todo acuerdo de voluntades constituye un contrato. El mismo Pío XI en su Encíclica *Casti Connubi* sostiene que la voluntad de las partes en el matrimonio tiene una sola importancia: si los contratantes quieren efectivamente entre ellos el estado matrimonial y con una determinada persona; pero la naturaleza del matrimonio está absolutamente sustraída a la voluntad del hombre, de tal manera que quien lo contrae debe someterse a sus leyes divinas y a sus exigencias esenciales²². El carácter contractual del matrimonio no fué objeto de discusión en el Concilio de Trento. Fué aceptado de común acuerdo por todos los padres, quienes consideraron que la unión conyugal había sido instituida por Dios en esa forma, Resuelto - de la manera que se ha indicado - el problema del matrimonio como contrato-sacramento, quedaba por resolver un punto: ¿estos elementos o características eran inseparables o indivisibles o bien eran independientes? Las dos opiniones fueron sostenidas. Sin embargo, existía un punto cierto: son los contrayentes mismos y no el sacerdote los ministros del sacramento del matrimonio. La Iglesia ha hecho hincapié, a pesar de lo anterior, en que el matrimonio se celebre con la colaboración del sacerdote. Pero son verdaderos, válidos y sacramentales los matrimonios celebrados por la emisión del consentimiento sin la intervención: del sacerdote. De aquí que las uniones conyugales entre personas no bautizadas, siendo válidas ante el derecho natural son sacramentos sin necesidad de renovar el consentimiento, desde el momento en que ambos contrayentes reciben válidamente el bautismo. Si solo una de las partes es cristiana, no tiene lugar la sacramentalidad. La lógica exige la aplicación de este principio a los matrimonios celebrados entre católicos y no bautizados, con dispense o sin ella del impedimento de disparidad de cultos. Reafirmada., como hemos manifestado, en el Concilio de Trento el rol importante de la voluntad de los esposos, en cuanto ella realiza a la vez el contrato y el Sacramento ¿es posible que esa misma voluntad separe los dos conceptos, de contrato y de sacramento? ¿puede realizarse uno con la exclusión del otro? No fué resuelta esta cuestión en el Concilio. Los teólogos posteriores han emitido opiniones diferentes. Para unos - y ésta es la opinión más aceptada- el matrimonio no es más que el contrato elevado

22 COSTE-FLORET.- *La nature juridique du mariage*, págs. 57 a 59

por Nuestro Señor Jesucristo a la dignidad de sacramento. Los dos términos son inseparables y de derecho divino. Entre ellos, Knecht, se expresa del siguiente modo²³ Cristo, el mayor y único verdadero renovador del mundo, sanando a la humanidad en su raíz, la restableció a su primitiva forma ideal. A su denuncia reprobadora de la decadencia matrimonial en la antigüedad siguió el hecho renovador que restituyó al matrimonio al ser primero que fuera en el principio de la creación y ennobleciéndolo con la diadema real de la dignidad sacramental “Cristo el Señor, ha elevado a la dignidad de Sacramento el contrato matrimonial entre bautizados” (Canon 1012). “Es principio de fe católica que Cristo ha elevado el matrimonio a la dignidad de uno de los siete santos sacramentos y que lo ha elegido para que sea, imagen de su misteriosa y plena unión con la Iglesia. El restablecimiento del matrimonio a su primitiva pureza significa que el Señor quiso afirmar como ley inquebrantable de su reino la unidad e indisolubilidad innata en aquél”. “El matrimonio sacramental es absolutamente monógamo y, una vez consumado, absolutamente indisoluble. La unión sexual no constituye un momento esencial; pero sí integral en la existencia del matrimonio. Mientras ella no haya tenido lugar, no se da aquel más alto grado de unión de los esposos, que es sólo el propio para representar sensiblemente la incomparable íntima unión de Cristo con su Iglesia. La unidad y la indisolubilidad del matrimonio cristiano descansan, más aún que en el derecho natural, en su naturaleza sacramental”. El matrimonio cristiano puede definirse como “la unión legal, elevada por Cristo a Sacramento, de un hombre y una mujer para la comunidad de vida recíproca y perpetua, espiritual y corporal”. Otros, por el contrario, se apoyan en el hecho de que la intención es requisito para la validez de los sacramentos, por lo que los esposos pueden válidamente contraer matrimonio sin recibir el sacramento.

Inseparabilidad del contrato y del sacramento²⁴. -

En el último cuarto del siglo XVIII es donde la Teoría del contrato-sacramento debe recibir en forma definitiva y unificada su consagración oficial. El Papa Pío IX, en

23 KNECHT.- 'Derecho Matrimonial Católico', págs. 57 a 59

24 Larraín Ríos, H. (1950). Naturaleza Jurídica del Matrimonio. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 14 (60-67). Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

su Encíclica “Ad apostolicae” de 22 de Agosto de 1851, recuerda la Teoría del contrato-sacramento y combate toda discriminación entre dos términos indivisibles. Es condenada una proposición que sostenía que 'el sacramento del matrimonio no la más que un accesorio del contrato, del cual se le puede separar'. Entre fieles -afirma el Papa- no puede haber matrimonio que no sea al mismo tiempo sacramento. El sacramento no puede jamás estar separado del contrato de matrimonio. León XIII confirma a estas ideas en la Encíclica Arcanum Divinae Sapientiae de 1880. El Código de Derecho Canónico de 1917 confirma, en forma definitiva e inalterable, la doctrina del matrimonio como contrato y sacramento, ambos conceptos inseparables, al decir en el canon 1012 que “Cristo el Señor, ha elevado a la dignidad de Sacramento el contrato matrimonial entre bautizados”. Pretenden algunos concluir de esta doctrina que, siendo el acuerdo de voluntades el creador del matrimonio, es posible que otro acuerdo de voluntades produzca el efecto de disolver la unión conyugal. Responden a lo anterior los canonistas que esa consecuencia es falsa, si se tiene presente el carácter inseparable que en el matrimonio revisten el Sacramento y el contrato y, por lo tanto, la indisolubilidad matrimonial es el corolario necesario del dogma sacramental y de la creación divina del matrimonio. Pero la consecuencia indiscutible que se desprende de este doble carácter del matrimonio es la perfecta igualdad entre hombre y mujer, habiendo sido la Iglesia Católica la primera en proclamar esta igualdad que ha hecho decir a León XIII en su Encíclica Arcanum que “gracias a la Iglesia los derechos del marido y de la mujer llegan a ser iguales”. A más de la consecuencia anotada, despréndense otras de la calidad de Sacramento que reviste el matrimonio.

COMENTARIO:

Si bien es cierto el Perú es un estado Laico reconocido por la Constitución, también es cierto que la Religión y en especial la Iglesia Católica han colaborado con la formación de la nación y una manifestación de dicha colaboración fue mediante el Matrimonio celebrado por la Iglesia el cual tuvo como objetivo fundamental, la conversión de los peruanos nativos de los andes o de la costa al cristianismo y llevar un registro civil de matrimonio y de paternidad de hijos los cuales no eran reconocidos por los padres, pero si estos eran casados con la madre se presumía que era su hijo; siendo esto una gran ayuda a la formación del estado.

Ahora, se hace la mención del matrimonio como sacramento en virtud que tiene muchos elementos similares al matrimonio como contrato que está plasmado en el Código Civil y esto se debe a que el matrimonio civil no se regula hasta el año 1930 mediante el Decreto Ley 6889 y a posterior se incorporó en el código civil de 1936 en el cual se regula el matrimonio civil, pero con la salvedad que tiene mucha similitud al matrimonio religioso (sacramento), puesto que el matrimonio civil deriva del religioso; es en este sentido que su mención es importante para el trabajo de investigación para poder descubrir la verdadera naturaleza jurídica que le otorgo al matrimonio a lo largo de la historia en el Perú.

Asimismo, se debe rescatar la importancia que tiene hasta la actualidad el matrimonio como sacramento en el país, esto debido a la gran mayoría de personas que profesan la religión católica y que de cierta forma ayuda a que el matrimonio siga perdurando en el tiempo.

B.- MATRIMONIO COMO ACTO

1.- COMO ACTO JURIDICO CONDICION

El matrimonio como acto jurídico condición, León Duguit ha precisado en distinguir el acto regla, el acto subjetivo y acto condición en su Tratado de Derecho Constitucional, define el último como el acto jurídico que tiene como objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua²⁵.

Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

De acuerdo con lo expuesto puedo encontrar en la definición del matrimonio todos los elementos que caracterizan el acto condición, ya que implica una manifestación

25 Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Ed. Porrúa, S.A, México, 1984, pg. 212

plurilateral de voluntades que tiene por objeto crear un estado permanente de vida entre los cónyuges para originar derechos y obligaciones recíprocos, así como relaciones permanentes que no se agotan por el cumplimiento de las mismas, sino que se siguen renovando de manera indefinida.

2.- COMO ACTO JURIDICO MIXTO

El matrimonio es un acto jurídico mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil, en la Municipalidades y la Reniec.

Las Municipalidades como órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico²⁶.

3.- EL MATRIMONIO COMO ACTO COMPLEJO

Entremos a revisar el presente tema; para lo cual se desarrolla el presente con comentarios y aporte del autor del presente trabajo de investigación

Concepto²⁷. -

El profesor Rouast de la Universidad de Grenoble ha constatado la insuficiencia de las doctrinas contractualistas a institucionalistas que pretenden explicar la naturaleza jurídica del matrimonio y ha adoptado una posición intermedia o ecléctica. Planiol y Ripert también asignan al matrimonio el mismo carácter. Estos autores parten de la base, para la elaboración de su doctrina, de que el código napoleónico asigna, sin titubeos ni dudas, el carácter de contrato al matrimonio y, al mismo tiempo, ven en el matrimonio algo más que un simple contrato, afirmando que es una institución natural y de orden público. Se mueven por en medio de dos concepciones diametralmente opuestas y contradictorias y pretenden encontrar

26 Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Ed. Porrúa, S.A, México, 1984, pag. 213

27 Larraín Ríos, H. (1950). Naturaleza Jurídica del Matrimonio. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14 (60-67) Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

una ecuación común que haga desaparecer las críticas que mutuamente se dirigen los partidarios de la tesis contractual y de la tesis institucional.

Olvidar también que el matrimonio es un contrato es sublevarse contra el texto claro y explícito de muchas disposiciones legales que asignan una importancia primordial al rol de la voluntad y del consentimiento. Olvidar que el matrimonio es un contrato es negarle toda significación al hecho de que la teoría de los vicios del consentimiento en materia de contratos patrimoniales tiene gran aplicación en materia matrimonial²⁸. Pero esos autores, que parten de este antecedente, o sea del contrato de matrimonio, reconocen que se trata de una institución natural y de orden público; que la función del representante estatal - oficial de registro civil - tiene en el matrimonio un rol activo, diferente al que ejercen otros funcionarios públicos en los contratos patrimoniales solemnes. Esta sería la explicación de por qué los esposos no pueden modificar los efectos del matrimonio, ni ponerle fin mediante el simple acuerdo de voluntades y que la teoría de las nulidades se aparta del derecho común. “La sola concepción - ha dicho Rouast - que corresponde a la realidad de las cosas es una concepción mixta: el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución, de la misma manera que en nuestro antiguo derecho, era considerado por los autores como un contrato y un sacramento a la vez”²⁹.

COMENTARIO. -

Un breve comentario a este concepto de matrimonio como un acto complejo, es que existen dos doctrinas, una la considera como institución y otra considera como contrato, pero los autores que desarrollan esta teoría se centran en un intermedio que es un contrato por sus elemento de formación como son requisitos y un ente administrativo para la celebración y la voluntad de los contrayentes, pero a la vez también es un instituto al formar un contrato especial que no se disuelve con la sola manifestación de los contrayentes; manifestando que el matrimonio por su naturaleza y los elementos que engloba es especial y que no puede dársele una naturaleza cerrada.

Diferencias del matrimonio y el contrato. -

28 PLANIOL Y RIPERT.- 'Tratado práctico de Derecho civil francés'. Tomo II, pág pág. 57 y sig
29 COSTE-FLORET.- COSTE-FLORET.- La nature juridique du mariage, pág. 137

Pero, así como estos autores no aceptan que al matrimonio se le niegue absolutamente el carácter contractual, no ven en él un simple contrato por diversas razones: a) El rol del funcionario estatal es diverso en el matrimonio que en los contratos patrimoniales. b) La voluntad de las partes es incapaz de modificar los efectos del matrimonio, como también no es suficiente, aún cuando la legislación tenga incorporado el divorcio vincular, para disolver el matrimonio. c) La nulidad en el derecho común contractual es diferente a la nulidad en materia matrimonial. d) Las leyes matrimoniales reigen in actum, mientras que las leyes que rigen los contratos son las vigentes al tiempo de su celebración, porque los efectos de los contratos celebrados antes de regir determinada ley son respetados, en principio, por esta³⁰.

En el Perú podemos encontrar que la Nulidad de Matrimonio se regula de forma específica en el artículo 274 del Código Civil en el cual de forma taxativa se enumeran las causales de nulidades del matrimonio; mientras que la nulidad del acto jurídico (contrato) se encuentran reguladas en el artículo 219 del Código Civil las cuales son causales de nulidad muy distintas a las reguladas para el matrimonio y que no podrían por analogía ser usadas para solicitar la nulidad de un matrimonio.

El matrimonio acto-condición. –

El matrimonio en sus orígenes también fue considerado como condición por lo que es necesario desarrollar el tema de forma resumida

Muy semejante a la teoría del acto complejo de Rouast o doctrina ecléctica entre la contractual y la institucional, se encuentra la del matrimonio como acto-condición, que preconizan Duguit, Jeze y Bonnard. Empieza Duguit definiendo el acto jurídico como “todo acto de voluntad realizado con la intención de producir una modificación en el ordenamiento jurídico en el momento misma en que él se produce o en futuro dado”³¹. Luego, divide los actos jurídicos en tres categorías: el

30 Larraín Ríos, H. (1950). Naturaleza Jurídica del Matrimonio. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14 (60-67) Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

31 DUGUIT.- *Traité de droit constitutionnel*, pág. 219, citada por COSTE-FLORET, obra citada, pág. 143.

acto-regla; acto subjetivo y acto-condición. Los primeros son aquellos realizados con la intención de producir una modificación en las reglas de derecho y se caracterizan por ser de carácter objetivo, general a impersonal. Cita como ejemplo la ley. El acto subjetivo, en cambio, establece, modifica o suprime una situación jurídica individual, considerando al individuo en un caso determinado. De este modo, distingue actos objetivos o situaciones legales, cuya relación de derecho proviene de la ley o de un reglamento y actos subjetivos o individuales, siendo la manifestación de voluntad de los sujetos la causa productora de las relaciones jurídicas. Ejemplo, el contrato. Por último, el acto-condición es aquel que resulta de la aplicación de ciertas reglas de derecho objetivo a ciertos individuos, que se hallan en situación semejante, a virtud de la realización de un acto conforme a la regla misma. Reúne el acto-condición caracteres tanto del acto subjetiva como del acto objetivo. Del primero, porque requiere de una manifestación de voluntad del individuo para que pueda operar, respecto de él, la regla legal o reglamentaria y del segundo, porque existe un estatuto dado de antemano por la autoridad que se aplica no a todos los individuos, como sucede en el acto objetivo mismo, sino solamente a aquellos que han manifestado su voluntad de quedar sometidos a esa reglamentación. Se asemeja, entonces, el acto-condición al acto subjetivo porque, al igual que éste, requiere de manifestación de voluntad y se diferencia en que esa manifestación de voluntad no modifica ni suprime ninguna situación jurídica. Tan sólo podría establecerla. Por su parte, el acto-condición tiene algo del acto objetivo porque ambos suponen ordenamientos legales o reglamentarios dictados con anterioridad por la autoridad que deben ser aplicados en forma genérica a un grupo de individuos no pudiendo éstos variarlos, modificarlos o aplicarlos sólo en parte. Se diferencian, en que mientras el acto objetivo se aplica a una serie indeterminada de personas, el acto-condición sólo es aplicable a un núcleo determinado de individuos y en que mientras el primero actúa automáticamente, como sucede, por ejemplo, con el estatuto del elector, el segundo requiere imprescindiblemente de una manifestación de voluntad de la persona y la aplicación del estatuto está subordinada al cumplimiento, por los interesados, de un acto jurídico, como acontece con el estatuto de las personas casadas impuesto de antemano por el legislador a quienes pretenden contraer matrimonio; pero, para que dicho estatuto pueda ser aplicado, requiere necesariamente de la manifestación de voluntad de

los esposos en orden a contraer matrimonio. Una vez hecha esa manifestación de voluntad o consentimiento entonces viene a aplicarse íntegramente el estatuto legal.³²

COMENTARIO. -

Se puede apreciar de esta parte del capítulo que el autor no está conforme con la teoría del matrimonio como acto complejo, la cual también se puede denominar como mixta; ya que para él no se ha resuelto el conflicto ancestral si el matrimonio es un contrato o una institución, sino por el contrario solo se ha dado una solución práctica que concilie ambas tesis, pero que en ciertos momentos se volverán a generar, ya que una puede sobreponerse sobre la otra; y el autor tiene razón, esto debido a los sucesos más recientes de la aprobación del matrimonio homosexual; en el cual no podía existir una tesis mixta, ya que el matrimonio como institución (se asemeja al matrimonio como sacramento) solo reconoce al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer y no otra forma, pero por el contrario el matrimonio como contrato si acepta que se puede extender el matrimonio a personas del mismo sexo; entonces en una legislación en la cual la naturaleza del matrimonio es mixta, y se da esta situación se sobrepone la naturaleza del matrimonio como contrato y soslaya al matrimonio como institución y se da lo que al autor temía de esta teoría mixta que solo sirve para efectos prácticos; pero cuando existe un hecho que no encaja en los efectos practicas se vuelve al problema planteado y se retoma el debate.

En el caso de nuestro país, que se exige la unión civil y a posterior se exigirá el matrimonio homosexual; como se puede actuar si nuestra legislación adopto una naturaleza mixta en la que opera tanto como institución como contrato; si en este momento la unión civil es discutida por la naturaleza que se la otorgada sin ser matrimonio; cuando se intente legalizar el matrimonio homosexual, se creara un

32 Larraín Ríos, H. (1950). Naturaleza Jurídica del Matrimonio. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14 (60-67) Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

debate jurídico en entorno a su naturaleza jurídica la cual no está muy clara en nuestro país.

Paralelo entre la teoría institucionalista y la del matrimonio acto-condición³³.

Hay también algo de la doctrina de los institucionalistas en la teoría del acto-condición. En efecto, éstos ven en la manifestación de voluntad de los cónyuges un acto de adhesión a una institución en existencia de antemano y a virtud de dicho acto la institución se pone en marcha. Los partidarios del matrimonio acto-condición también suponen una manifestación de voluntad de los contrayentes para incorporarse a un estatuto legal dictado con anterioridad. En ambos casos, hay manifestaciones de voluntad por parte de los contrayentes, diferente a la que se otorga en los contratos. En ambos casos, también, existe una situación legal objetiva que se impone a las partes, un estatuto que estas deben aceptar y que no depende de la voluntad de ellas modificarlo o extinguirlo. Sin embargo, notamos diferencias entre ambos pensamientos. La teoría del acto-condición tiene mucho de exacto. Es cierto que la ley establece un estatuto para las personas casadas. Es también efectivo que ese estatuto se aplica una vez que los contrayentes han manifestado su voluntad en el sentido de unirse por el vínculo del matrimonio. Pero la ley no sólo ha entendido por 'matrimonio' el acto inicial capaz de hacer que los individuos que lo contraen ingresen a ese estatuto, sino que, además, entiende por tal el estado matrimonial mismo. Esta situación no es considerada por Duguit y Bonnard. En cambio, la teoría institucional no solo entiende por matrimonio el acto de adhesión, sino el estado mismo, que lo denomina 'institución', con las características que antes hemos anotado: Ese acto de adhesión, que para Duguit es el matrimonio y, por consecuencia, es de una importancia primordial, para los institucionalistas sólo tiene la misión de hacer posible el libre juego de la institución matrimonial. De ahí que sea también necesaria la manifestación de voluntad.

33 Larraín Ríos, H. (1950). Naturaleza Jurídica del Matrimonio. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14 (60-67) Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

COMENTARIO. -

Se puede observar que cada vez que se estudia con más profundidad la naturaleza jurídica del matrimonio se va desvelando que existen más teorías de la naturaleza del matrimonio esbozadas por autores que no están conformes por la naturaleza contractual o institucional, creando teorías que traten de fusionar ambas, pero no se consiga una teoría que verdaderamente demuestre la naturaleza del matrimonio, sino que se crean más teorías y más complejas.

Se puede decir que la teoría institucionalista ha recalado en las demás teorías que nacen de esta en el aspecto que los cónyuges de libre voluntad se adhieren a una institución ya predeterminada por el estado y que no puede ser modificada por dichos cónyuges como en un contrato, y si revisamos la realidad nacional se puede descubrir que se cumple con la condición de la institución ya que el matrimonio ya está predeterminado por el estado y solo los cónyuges pueden adherirse a esta sin modificar absolutamente nada; esto lleva a pensar que nuestro ordenamiento ha regulado al matrimonio más como una institución que como un contrato.

CAPITULO III - EL MATRIMONIO COMO CONTRATO**1.- CONCEPTO. -**

Como reacción a la antigua, costumbre de concertar los matrimonios por la sola voluntad de los parientes, especialmente de los padres, con prescindencia casi absoluta de la voluntad de los novios o esposos y como reacción también al carácter religioso y sacramental que al matrimonio asignó la Iglesia, se produjo en los espíritus liberales del siglo XVIII la creación de la teoría del matrimonio-contrato. Si Rousseau consideraba a toda sociedad humana como el producto, o resultado de un contrato, era lógica la consecuencia, de dar ese mismo carácter a la sociedad matrimonial. Esta concepción es antigua, ya Pothier escribía: “El matrimonio es el más excelente y el más antiguo de todos los contratos”, y agregaba: “Hay dos cosas en el matrimonio: el contrato civil entre el hombre y la mujer que lo estipulan y el sacramento que se agrega al contrato civil y al cual el contrato civil le sirve de razón y de materia³⁴”. La Constituyente de 1791 creyó conveniente sancionarlo

34 ARIAS, JOSÉ. “Derecho de familia”, pág. 69

expresamente. “La Ley -dispuso- no considerar el matrimonio sino como un contrato civil...”. Portalis en su discurso preliminar del proyecto del Código Civil francés, después de caracterizar al matrimonio como un contrato perpetuo por su destino, indicaba que, en semejante convención, “se estipulaba no solamente para sí, sino también para el estado o sociedad general del género humano”. “Para la Asamblea legislativa, como para el antiguo derecho -dice por su parte Renard- la expresión “contrato civil” significaba simplemente que el matrimonio es un acta civil y que incumbe al Estado todo cuanto se refiere a su formación y a sus condiciones de validez. “La organización de un matrimonio civil independiente era la consecuencia lógica de la doctrina galicana. Pero, asimilado el matrimonio a los contratos patrimoniales que se forman y se rompen por el mero consentimiento, la legislación intermedia se ha puesto en desacuerdo con el desenvolvimiento histórico anterior³⁵”. Fundamentalmente se sostiene que el matrimonio es un contrato porque nace del acuerdo de voluntades, de tal modo que si dicho acuerdo no existe o está viciado, el matrimonio-contrato no pasa a la vida del derecho. De ese acuerdo de voluntades se derivan innumerables derechos y obligaciones que, aunque la mayoría, si no todos, están determinados por la ley, ésta no hace más que consignar la presunta voluntad de los contrayentes a imponer esos derechos y obligaciones. Si el contrato no es más que el acuerdo de voluntades productor de obligaciones, no hay duda alguna que el matrimonio refine los caracteres esenciales de los contratos patrimoniales, aunque se diferencia de éstos, en algunos aspectos. Hoy día se ha hecho caudal de la importancia que el consentimiento juega en el nacimiento del matrimonio para sostener la posibilidad de su disolución también por un simple acuerdo de las partes y llegar así al divorcio de común acuerdo. Agregan los contractualistas que muchas nociones propias de los contratos son aplicables, si bien con algunos distinguos, al matrimonio. Ahí están para demostrar este aserto, la teoría de las nulidades, la de los vicios del consentimiento, ciertas ideas acerca de la capacidad, la inclusión del matrimonio dentro de los contratos que se celebran en atención a la persona, su perfecta adecuación dentro de la clásica distinción en contratos solemnes, reales y consensuales, etc. Con estos antecedentes y con las autorizadas opiniones de Toullier, Duranton, Marcadé, Huc

35 ARIAS. JOSÉ. “Derecho de Familia, pág. 70

y otros³⁶, que se apoyan principalmente en la “intención” del legislador francés para concluir que el matrimonio es un contrato. Esta doctrina conserva todavía partidarios. Entre ellos, Aubry et Rau³⁷ distinguen el punto de vista filosófico y el punto de vista positivo. Bajo el primero consideran al matrimonio como una sociedad perpetua que contraen dos personas de sexo diferente con el fin de imprimir un carácter de inamovilidad a la unión sexual. En el derecho, el matrimonio es la unión de dos personas de sexo diferente, contraída con ciertas solemnidades. Planiol y Ripert aceptan la teoría contractual; pero no asignan al matrimonio el carácter de un puro contrato, sino que también creen que reviste los caracteres de una institución³⁸. Como este criterio guarda consonancia con la teoría de Roaust, veremos la opinión de ellos al enfocar el pensamiento del profesor de la Universidad de Grenoble. Colin et Capitant hacen también una importante reserva y es así como sostienen que el matrimonio no es un contrato como los otros, la voluntad autónoma de las partes no puede reglar libremente los efectos, decidir la disolución o introducir modalidades como ella lo puede hacer en los contratos que interesan al patrimonio³⁹. Vélez, tratadista argentino, sostiene⁴⁰: “El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada. Se diferencia de los otros contratos en que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son reglados por las convenciones de las partes, sino que son materia de la ley civil la cual, los interesados, sea cual fuere la declaración de su voluntad, no pueden alterar en cosa alguna⁴¹”

COMENTARIO. -

Como primera noción se aprecia que es la innovación del sistema jurídico francés el cual codificó el matrimonio al cual lo considera un contrato pero que no le dio esa definición por razones políticas; pero que al definir que es contrato se puede

36 PLANIOL Y COLIN ET CAPITANT adoptan también la tesis contractual. Coste-Floret. Obra citada, pág. 57

37 AUBRY ET RAU. - Cours de Droit civil français. Tomo VII, págs. 5 y 6

38 PLANIOL Y RIPERT.- 'Tratado práctico de Derecho civil francés'. Tomo II, pág. 57

39 COLIN ET CAPITANT.- Cours elementaire de Droit civil français. Tomo I, pág. 114

40 ARIAS.-Obra citada, pág. 71

41 Larraín Ríos, H. (1950). Naturaleza Jurídica del Matrimonio. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14 (60-67) Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

reconocer los elementos claros de un contrato como en la manifestación de las partes, su voluntad de contraer matrimonio y las reglas que deben de seguir los conyuges; pero existe una limitación al matrimonio contrato y es que solo puede unirse un hombre y una mujer mas no ambos de un mismo sexo; pero en la actualidad esa prohibición ya fue superada por algunas legislaciones la cual ha permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que el matrimonio es un contrato y que existen derechos fundamentales superiores y que dicho contrato no puede ir en contra de esos derechos fundamentales; otra prueba que el derecho cambia como cambia el mundo.

COMENTARIO FINAL. -

El autor realiza la crítica del matrimonio como contrato, comparándolo con la formación de un contrato propiamente dicho, a efecto de poder conocer sus semejanzas y diferencias; dicha critica la cual comparto solo en el extremo de comparar el matrimonio-contrato y el contrato privado, más en el contenido no estoy de acuerdo con el autor en su totalidad, ya que en mi opinión el matrimonio no nace como contrato sino como Institución pero la evolución de la sociedad lo convierte en contrato semejante a los contratos privados, pero siempre dejándole las condiciones especiales que son las que le dan también la naturaleza de institución; pero señalar que como dice el autor que el matrimonio que le faltan elementos para ser contrato es negar que el matrimonio ha evolucionado y se ha quedado con la posición de hace siglos atrás.

Se observa con mucha claridad que si bien es cierto el matrimonio puede ser un contrato por algunos rasgos que tiene, no es un contrato propiamente dicho (acto jurídico) ya que no llega a cumplir con todos los elementos del contrato de forma exacta, sino que por su propia naturaleza se modifica para que el matrimonio pueda ser celebrado válidamente; esto me hace pensar que el matrimonio es un contrato especial; es decir que sigue siendo contrato pero uno especial por los requisitos propios que se deben satisfacer pero que aun así sigue siendo un contrato entre dos partes ya que el consentimiento sigue siendo el elemento indispensable del matrimonio y de cualquier otro contrato; por esto el matrimonio si es un contrato pero especial, y la practica así lo ha demostrado ya que su disolución ahora se puede celebrar en una notaría como cualquier otro contrato,

solo cumpliendo algunos requisitos, asimismo también en la disolución del matrimonio opera la indemnización que opera también en los contratos por daño moral, esto nos permite entender que el matrimonio no es exclusivamente una institución sino también un contrato especial

3.- MODALIDADES. -

Los contratos patrimoniales pueden ser afectados por diversas modalidades, como la condición, el plazo y el modo. Por la primera de ellas, la obligación no nace mientras no se cumpla la condición - hecho futuro o incierto - si se trata de una condición suspensiva y se extingue, una vez cumplida la condición resolutoria. Por el plazo, si es suspensivo, nace la obligación conjuntamente con el contrato; pero ella no se hace exigible mientras no venza el plazo. Si se trata de plazo extintivo, la obligación habrá de extinguirse una vez llegado el plazo. Tanto las condiciones como los plazos pueden ser determinados o indeterminados. El modo consiste en la aplicación de la cosa objeto de la obligación a un fin especial. Estas modalidades que pueden afectar, por regla general, a los contratos patrimoniales no reciben aplicación en el matrimonio. No es posible celebrar el matrimonio desde un día o hasta un día; ni subordinar el nacimiento o la extinción de sus obligaciones a un hecho futuro e incierto. Tampoco tiene cabida el modo. Contraído el matrimonio nacen, desde ese mismo momento, todos los derechos y obligaciones respecto de los cónyuges, o sea produce inmediatamente todos sus efectos, sin que la voluntad de las partes pueda alterarlos, sea para que ellos queden condicionados al evento de un hecho futuro o a la llegada de un plazo. Tampoco es posible que los contrayentes establezcan, antes del matrimonio, en el momento mismo de celebrarlo o con posterioridad a él, que los derechos y las obligaciones derivadas del matrimonio puedan quedar sometidos en su extinción a una condición o a un plazo. He aquí, entonces, otra diferencia fundamental entre los contratos y el matrimonio. Sólo excepcionalmente los contratos patrimoniales no pueden ser objeto de modalidades; pero para ella se necesita que la ley expresamente así lo establezca⁴².

42 Larraín Ríos, H. (1950). *Naturaleza Jurídica del Matrimonio. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14 (60-67) Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

COMENTARIO.- En este aspecto comparto la misma posición con el autor, debido a que el matrimonio en nuestra legislación está prohibido de someterlo a modo o condición para que se cumplan sus efectos, y es obvia la razón la cual se deriva de la propia naturaleza del contrato; pero existe si un derecho que puede ser modificado a posterioridad de celebrado el matrimonio y el cual no solo puede ser modificado por las partes sino también por el juez, y es cuando se sustituye el régimen patrimonial de sociedad de gananciales a separación de matrimonios y viceversa, en el cual si bien no se establece una modalidad si existen causas que permiten estas sustitución como por ejemplo la señalada en el artículo 329° del Código Civil el cual establece que el juez puede sustituir el régimen patrimonial se sociedad de gananciales a separación de patrimonios cuando uno de los cónyuges abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo, en este caso ya existe una modalidad definida pero en un caso excepcional y en beneficio del cónyuge agraviado y de la familia.

Entonces si bien no existe modalidad en el matrimonio, pero por excepción si puede aplicarse a uno de sus derechos como el del régimen patrimonial.

CONCLUSIÓN FINAL. - Se desarrolla lo siguiente:

- 1.- Durante la formación del Código Francés de Napoleón, se considera al matrimonio con un contrato lo cual ha influenciado a posterior en otros autores que asi lo consideran.
- 2.- Con el cambio de la sociedad, el matrimonio ya no fue considerado como un matrimonio-contrato, ya que no cumplía a cabalidad con la naturaleza y requisitos de formación de un contrato, así como los efectos producidos no eran los mismos, lo cual es acertado.
- 3.- Esta concepción también es desterrada debido a que se considera que el matrimonio es solo y exclusivo para el hombre y la mujer en virtud que sus efectos solo pueden manifestarse en la unión de estos dos; pero ese extremo ya quedo descartado puesto que en la actualidad se da mayor importancia a DERECHOS FUNDAMENTALES y el MATRIMONIO no es un DERECHO FUNDAMENTAL, por lo cual se ha permitido que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio; lo

cual hace pensar que el matrimonio si es un contrato pero uno especial, al cual se le agrega las formalidades de institución.

CAPITULO V.- HISTORIA DEL MATRIMONIO EN EL PERÚ

El matrimonio Civil en Perú tiene mucha influencia de Francia como se observara en el presente capitulo, por tal motivo resulta necesario plasmar un breve resumen de la evolución del MATRIMONIO CIVIL EN FRANCIA; el cual nos ayudara a comprender la HISTORIA DEL MATRIMONIO CIVIL EN PERÚ; asimismo se transcribirán partes del escrito de Héctor Cornejo Chávez acerca del Régimen Matrimonial Peruano; el cual comenta los cambios en la constitución y en la legislación para la INCORPORACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL.

FRANCIA

En 1789, los principios de igualdad y libertad debían legislar todos los actos de la vida civil. La Revolución trae una nueva corriente de pensamiento. Se debe liberar al hombre del yugo del rey y de sus padres. Se le tienen que dar a las mujeres iguales derechos que a los hombres. El gobierno revolucionario considerará al matrimonio solamente como un contrato civil, despojado de todas sus implicaciones religiosas. El matrimonio será de aquí en más un acto puramente civil, y el estado llevará los registros de todos los matrimonios.

Bajo la nueva legislación de 1792 se producen los siguientes cambios:

- 1) Como acto civil, cualquiera podrá ser la religión de los contrayentes. Todos los matrimonios serán válidos para el estado. A partir de 1802, el matrimonio civil deberá ser realizado antes del religioso, bajo pena de nulidad.
- 2) Como contrato civil, se elimina el poder y la autoridad despótica del marido. Los bienes adquiridos dentro del matrimonio serán comunes, y ambos cónyuges comparten su administración y sus decisiones. Las dotes, y cualquier donación, de parte de ambos cónyuges, se incorporan al patrimonio común.
- 3) Se suprimen todos los impedimentos del derecho canónico: los grados de afinidad espiritual (matrimonio entre padrinos y ahijados), los grados de consanguinidad, -solamente se conserva el de primer grado: padres, hijos,

hermanos-, el impedimento de parentesco por afinidad (cuñados, suegros, yernos). Se eliminan así todas las dispensas eclesiásticas para estos casos. Estas dispensas eran muy costosas y no cualquiera podía pagarlas.

4) Se suprimen todos los impedimentos de la realeza: el consentimiento de los padres después de la mayoría de edad no será más necesario. La mayoría de edad para casarse será 21 años para hombres y mujeres. La edad núbil será 15 años para los hombres y 13 años para las mujeres. Entre la edad núbil y la mayoría de edad, sí será necesario el consentimiento de los padres. Se elimina el uso de "sommations respectueuses" (actas respetuosas demandando el consejo paterno).

5) Se pide una sola publicación del matrimonio 8 días antes de la celebración del acto.

6) Se autoriza el matrimonio de los sacerdotes, y el divorcio también. A pesar de la oposición de la iglesia a esta medida, los curas comienzan a casarse en 1791.

7) Se autoriza el divorcio vincular: por causas determinadas, o por simple consentimiento mutuo o por "incompatibilidad de humor". Junto con el divorcio habrá separación de bienes conyugales.

En vista de lo extensa que es la Historia del Perú en la formación de sus institutos es que el presente artículo ha resumido la historia legal del matrimonio:

El matrimonio es una institución regulada por el Código Civil pero que está bajo el título de Derecho de Familia pues, una vez celebrado el matrimonio, que es la unión voluntaria de un hombre y una mujer aptos para ella y que se obligan a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores, conforme señalan los artículos 234 y 235 del Código Civil, los contrayentes no podrán apartarse de los efectos de la institución porque el matrimonio está regido por un conjunto de normas jurídicas que establecen derechos y deberes entre los cónyuges y relaciones internas y externas de la sociedad conyugal, como son parentesco, patria potestad, alimentos, derechos sucesorios.

En el Derecho Prehispánico, el matrimonio incaico estaba basado en la reciprocidad pues se buscaba tener parentela porque el que tenía hijos y familia era considerado

rico porque tenía quien lo ayude con el trabajo, en tanto que aquél que no tenía parentela, era considerado pobre, en palabras de Inca Garcilaso de la Vega.

Con la conquista del Imperio Incaico, los matrimonios entre españoles y los conquistados se dio con mucha facilidad. Al comienzo como concubinatos terminando la mayoría de las veces en legítimos matrimonios.

El conquistador español, Francisco Pizarro, contrajo matrimonio con Mama Quispe Cusi o Inés Huaylas Ñusta, hija del Inca Huayna Cápac pero para poder contraer matrimonio estos representantes de dos culturas (la incaica y la española), tuvo Mama Quispe Cusi que ser bautizada y dársele un nombre cristiano al casarse con un español y ello porque el matrimonio era considerado para la Iglesia como de su jurisdicción y atributo.

Durante el Virreinato, el matrimonio se basa en la fórmula del Concilio de Trento por lo que éste – el matrimonio – se celebra delante del párroco quien pregunta a los futuros cónyuges si se aceptan o no por esposos siguiendo a este acto la bendición nupcial. Los párrocos no podían casar a personas de otra parroquia sin permiso expreso no pudiendo los desposados habitar una misma casa hasta no recibir la bendición.

En la República, el Código Civil de Santa Cruz de 1836 se basa en las formalidades adoptadas por el Concilio de Trento para la celebración del matrimonio, así como las que la Iglesia desee designar, disolviéndose el matrimonio sólo por la muerte de uno de los cónyuges, al igual que en el Virreinato, dejando de lado, sin embargo, el matrimonio laico y el divorcio que sí lo adoptó el Código Francés o Napoleónico, fuente de inspiración del Código de Santa Cruz .

Posteriormente, el Código Civil de 1852, vigente hasta el 14 de noviembre de 1936, señala que el matrimonio debe celebrarse de acuerdo a lo establecido por el Concilio de Trento siendo éste indisoluble, donde sólo cabe la separación de cuerpos mas no el divorcio y siendo, además, competentes los Tribunales Eclesiásticos quienes conocerán de los elementos y efectos civiles del matrimonio. Quien no reconocía estos principios, estaba imposibilitado de casarse en el Perú.

El 23 de diciembre de 1897 el entonces Presidente de la República, Nicolás de Piérola, promulga una ley, que era copia de la ley española de 1870, la cual permitía

el matrimonio de los no católicos solucionándose, de esta manera, el delicado problema que se creaba para la población extranjera y de distintos cultos o credos quienes estaban imposibilitados de contraer matrimonio en el Perú por ser válido solamente el matrimonio católico.

En el año 1918, el Senado aprueba un proyecto de ley en favor del divorcio y del matrimonio civil y se dicta la ley del 9 de noviembre de 1920 objetada por el Presidente Augusto B. Leguía diez días después. La Iglesia mostró cierta sumisión durante el Oncenio de Leguía por lo que, en una suerte de venganza por parte del movimiento que derrocó a Leguía, se promulga en Octubre de 1930 el Decreto Ley 6889, reglamentada después por el Decreto Ley 7282 del 22 de agosto de 1931, en donde rige, como único matrimonio válido, el civil, el divorcio absoluto y la separación de cuerpos.

La Iglesia, casi 400 años después, fue vencida por el movimiento de laicización.

El Código Civil de 1936 se inspiró en el movimiento de laicización y mantiene inalterables las disposiciones sobre matrimonio civil obligatorio y divorcio aunque hacía distinción entre hijos legítimos, ilegítimos, legitimados y alimentistas, aspecto éste que la Constitución de 1979 se encargó de dejar sin efecto al reconocer que todos los hijos tienen los mismos derechos.

48 años después del Código Civil de 1936, el Código Civil de 1984, el cual nos rige, mantiene la línea del matrimonio civil y del divorcio no haciendo distinción entre los hijos (sólo habla de matrimoniales y extramatrimoniales y ambos con iguales derechos), reconociendo las uniones de hecho estableciéndole obligaciones y derechos cual si fuera un matrimonio contraído ante el funcionario designado para tal efecto.⁴³

En este breve resumen histórico podemos observar que el Matrimonio en el Perú tuvo su origen en la religión y en especial en la Iglesia Católica quien fue la encargada de celebrar e inscribir los matrimonios en el Perú, pero esto obligaba que solo los católicos pudieran contraer matrimonio de forma legal y tener protección por parte del Estado, siendo discriminatorio para las personas de otras

43 Juan Antonio Pizarro, la Evolución del Matrimonio en el Perú; <http://www.blp-abogados.com/articulo.php?articulo=38>

confesiones o que eran ateos; no obstante que esto claramente irregular el matrimonio continuo siendo inscrito por la iglesia católica, hasta que se emite el Decreto Ley 6889 el cual el libera al matrimonio de la iglesia católica y lo extiende para todos los ciudadanos; a posterior a estos suceso y con la aparición del Código Civil de 1936 el Matrimonio es considerado como un Instituto Natural el cual es dotado de esta característica de forma textual por la Constitución de 1993 siendo este el elemento clave para que no pueda variar el matrimonio, como es el que se ha dado en muchas otras legislaciones en las cuales el matrimonio ha sido extendido a personas del mismo sexo no obstante que también lo consideran como un instituto pero el cual puede modificar su características de la heterosexualidad para extender a las personas del mismo sexo.



CAPITULO III.- DETERMINAR SI EL MATRIMONIO ES UN DERECHO FUNDAMENTAL

CAPITULO I.- CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO

En los últimos años las normas y el derecho que regula la conducta de las personas en diferentes sociedades ha cambiado, algún grupo de personas conservadoras opina que ha cambiado a peor y otro más liberal opina que ha cambiado a mejor y que se adecua con la verdadera realidad que se vive en estos tiempos; pero este cambio o evolución ha sido global y alcanzado a la mayoría de sociedades en especial las occidentales las cuales han modificado su legislación para estar a la par con los tiempos modernos; si revisamos en nuestro país podemos observar que muchos juristas civilistas han pedidos cambios en el actual código civil de 1984 e incluso que se promulgue uno nuevo que norme los últimos acontecimientos jurídicos como por ejemplo podemos encontrar las nuevas figuras jurídicas de fertilidad invitro, fertilidad asistida y otras más, que no eran contempladas en el año de promulgación del actual Código Civil, y que en la actualidad con la nueva tecnología, modernidad y un mayor libre pensamiento han permitido se quiera incorporar a nuestra legislación dichas nuevas figuras jurídicas y no solo en el código civil; sino que se les otorgue la calidad de Derecho Fundamental en la variable de Libertad del Desarrollo y Dignidad, lo cual ha generado un gran debate esto en medida que los Derechos Fundamentales tienen una gran dinámica reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual le permite variar los derechos fundamentales en virtud a los cambios en los tiempos de las sociedades; y en este contexto es que se ha puesto en vitrina en la mayoría de los países del mundo la posibilidad del matrimonio igualitario para homosexuales y heterosexuales o en otros casos solo la unión civil o solidaria que es reclamada por ser un Derecho Fundamental que ha nacido del libre desarrollo de la persona y que le corresponde a todos los ciudadanos ejercerla y que el estado respeto dicho ejercicio así como le otorgó las facilidades y posibilidades para poder disfrutar de su derecho al libre desarrollo.

En muchos sistemas judiciales el reconocimiento del matrimonio igualitario o unión civil o solidaria no encontró la necesidad de modificar su constitución; en el caso de nuestro país hay que recordar que la mayor modificación que se realizó al

Constitución fue el año 2005 respecto al régimen pensionario del Decreto Ley 20530 (llamada cedula viva); pero en el caso de unión civil propuesta y otras variantes que se presentaran al congreso, tampoco es necesario una reforma constitucional, pero algunos estudiosos señalan que si debería ser necesario modificar la constitución en virtud que el Matrimonio es un Derecho Fundamental y que solo está restringido para personas heterosexuales; es en virtud a esta discusión que el presente trabajo de investigación realiza una análisis de si es necesario o no modificar la constitución en el caso de una futura aprobación de unión civil.

Hecha esta exposición, puedo decir que en los últimos años el matrimonio ha evolucionado, si bien al principio por derecho natural era único y exclusivo entre un hombre y una mujer; en los últimos 10 años otro grupo de personas quienes se consideran que son tratadas como ciudadanos de segunda clase por ser una minoría han exigido se les reconozca este derecho, me refiero a la comunidad homosexual el cual en vista que como ciudadanos que pagan impuestos y cumple las normas del estado (bajo el esquema del contrato social) han exigido a su respectivos gobiernos y a la comunidad internacional que se reconozca el matrimonio en igualdad para todos los ciudadanos; es decir que exista el matrimonio para personas del mismo sexo o en algunos casos se reconoce su unión civil semejante a unión de hecho; pero no solo lo exigen como un reconocimiento a su derecho a la igualdad sino a la libertad de decidir (libertad que está unida al derecho a contraer matrimonio), sino para tener beneficios patrimoniales, sociales y otros que otorga el matrimonio en cada legislación y que creen que merecen al vivir juntos por largos periodos y cumplir con sus obligaciones que el estado les impone. En muchos países del mundo se ha reconocido el matrimonio homosexual (argentina, USA, México, España, etc.) y en otros solo se ha reconocido la unión civil de personas del mismo sexo (Alemania, Francia, chile, etc.), las cual les ha otorgado los derechos patrimoniales y sociales que exigían; pero lo que exigen es en realidad un derecho que les faculta o simple capricho, para resolver esta interrogante que plantea el presente trabajo de investigación se revisara jurisprudencia y doctrina constitucional y civil (referente al matrimonio).

Esta situación no es ajena a nuestra realidad, en el PERÚ desde hace algunos años la comunidad homosexual, ha estado luchando para que se reconozca el matrimonio igualitario; pero en el año 2013 se presentó un proyecto de UNIÓN CIVIL entre personas del mismo sexo el cual sin ser un matrimonio le otorgaba los mismos derechos patrimoniales y sociales que el matrimonio; es decir la UNIÓN DE HECHO que existe en el país para heterosexuales, pero personas del mismo sexo.

La presentación de dicho proyecto genero muchas críticas de parte de conservadores, de la iglesia católica y evangélica; pero a la vez saltaron temas que nunca en el PERÚ se creía que no se habían desarrollado; pero resalto uno de vital importancia en el que se señaló que el MATRIMONIO ERA UN DERECHO FUNDAMENTAL y por tal era necesario una MODIFICACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN para la UNIÓN CIVIL, así como un REFERENDUM para la aprobación de dicha ley. Estos temas dejaron la pregunta ¿EL MATRIMONIO EN EL PERÚ ES UN DERECHO FUNDAMENTAL?

Para determinar si el MATRIMONIO en la legislación peruana y española es un derecho fundamental es necesario señalar los artículos de la constitución en los cuales está consagrada el matrimonio; para a posterior poder analizar las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano y Español las cuales han interpretado la calidad de derecho que se le otorga al matrimonio; en este caso es especial la revisión del Tribunal Constitucional Español por ser una de las primeras legislaciones que incorporo el matrimonio homosexual y definió el matrimonio, asimismo la legislación constitucional peruana tiene muchas semejanzas con la española.

1.- LA CONSTITUCIÓN PERUANA SEÑALA:

“Protección a la familia. Promoción del matrimonio

Artículo 4.- *La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.*

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.”

-El presente artículo no consagra, ni reconoce al matrimonio como derecho fundamental, puesto que el matrimonio por si no está dentro del ámbito de protección de los derechos fundamentales; pero sí reconoce que es Instituto Natural y esto es debido al reconocimiento que el Estado hace a la Iglesia Católica en el artículo 50° de la constitución por su colaboración en la formación de la República, y una de sus colaboraciones fue la de celebrar y llevar el registro de matrimonios hasta su incorporación al registro civil; y siendo que la Iglesia Católica le otorga la calidad de Instituto Natural al Matrimonio es por tal motivo que también la Constitución así lo ha recogido, además que la mayoría peruana profesa la religión católica.

2.- LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA señala: (cabe recordar que España incorporo el matrimonio homosexual sin modificar su constitución

Artículo 32 de la Constitución Española:

- 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*
- 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*
- 3.- Por ultimo y no menos importante es necesario señalar la Declaración Universal de los Derechos humanos respecto al matrimonio:*

LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU:

Proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Artículo 16.-

- 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*
- 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.*

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

En todos estos artículos con expresión de la Constitución Política del Perú, establecen como derecho fundamental de las personas en edad núbil a contraer matrimonio diferente de solo señalar que matrimonio por si es un Derecho Fundamental, porque si esto fuera cierto, entonces cualquier persona podría demandar mediante una garantía constitucional (proceso de amparo) contra su pareja para que cumpla su promesa de Matrimonio si esta fuese rota, en virtud a su derecho al Matrimonio; situación que sería muy singular y hasta extremista, pero que sería totalmente legal si se acepta que el Matrimonio es un derecho fundamental.

Ahora es diferente cuando se salvaguarda el derecho fundamental a contraer matrimonio, en el cual la pareja si puede demandar a un tercero (municipalidad, registro civil, etc.) que se niega a que contraigan matrimonio o celebrar su matrimonio, en este caso si puede operar un proceso de amparo para salvaguardar su derecho a contraer matrimonio.

En ambas legislaciones como se puede observar no hacen una diferenciación o una redacción expresa que es solo para parejas heterosexuales, y esto debido no a que dichos artículo no lo quisieran así; sino que en el tiempo de su promulgación se presumía que era solo para parejas heterosexuales al no existir todavía una exigencia distinta, por tal motivo no se redactaron los artículo de forma que solo fuera para parejas heterosexuales, pero su redacción de los artículo al señalar que “hombres y mujeres podrán contraer matrimonio...”, deja la puerta abierta para que se incorpore el matrimonio igualitario tanto para personas heterosexuales y homosexuales.

CAPITULO II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANA Y DE OTRAS LEGISLACIONES

1.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NACIONAL RESPECTO AL INSTITUCIÓN LEGAL Y NATURAL DEL MATRIMONIO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE CONTRAER MATRIMONIO

En el Perú en el año 2004, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia que paso muchos años de forma inadvertida y sin que se le de importancia; hasta que en el año 2014 se presentó un proyecto de Unión Civil No Matrimonial para personas del mismo sexo, a raíz de este suceso, es que muchos estudiosos del derecho y hasta una universidad católica señalaron que este proyecto en verdad era un matrimonio homosexual encubierto y en virtud a eso no se puede aprobar este proyecto de Ley en virtud que el Matrimonio por si solo es un derecho fundamental; entonces es que la STC N° 2868-2004-AA/TC, cobra importancia, ya que en ella el Tribunal Constitucional estableció que el Matrimonio no es un derecho fundamental, sino el derecho a contraer matrimonio como expresión del derecho al libre desarrollo; entonces una sentencia que se emitió hace ya más de 10 años atrás recién cobra importancia en virtud a los nuevos acontecimientos y al dinamismo de los derechos fundamentales.

La siguiente Sentencia del Tribunal Constitucional será analizada en los aspectos más importantes para el presente trabajo de investigación

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EXP. N.º 2868-2004-AA/TC⁴⁴(caso derecho a contraer Matrimonio):

“Con fecha 29 de diciembre de 2003, el recurrente interpone acción de amparo contra el Ministerio del Interior, solicitando su reincorporación al servicio activo de la Policía Nacional con el reconocimiento de su tiempo de servicios. Manifiesta que cuando prestaba servicios en la jefatura del área policial de Pomabamba – Áncash se expidió un parte administrativo disciplinario por faltas contra el decoro y la obediencia, imponiéndosele la sanción de 10 días de arresto simple, que posteriormente fue elevada a 18 días por el jefe de la Subregión de la Policía Nacional de Huari – Áncash. Agrega que, por los mismos hechos, se lo pasó de la situación de actividad a la de disponibilidad por medida disciplinaria por Resolución Regional N.º 062-IV RPNP-UP AMDI, de 28 de agosto de 1996 y, finalmente, por Resolución Directoral N.º 728-2000 DGPNP/DIPER, de fecha 7 de abril de 2003, se dispuso su pase al retiro, violándose el principio ne bis in ídem”.

El petitorio de la demanda de Amparo NO señala nada respecto al matrimonio o la violación del derecho contraer matrimonio; sino que el demandante sustenta su

44 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html>

demandada en la violación que ha sufrido al ser sancionado dos veces por un mismo hecho el cual está garantizado por el derecho a ne bis in ídem.

El demandante especifica su petitorio y es claro que además se ha violado su derecho a la defensa y a un debido proceso.

Como podemos observar de la introducción de la sentencia el demandante señala una serie de derechos violados por la actuación de la demandada- Policía Nacional del Perú; pero en especial señala que le imponen la sanción de destitución y pase al retiro por falta contra el DECORO, los cuales se podrán observar en los demás fundamentos de la sentencia.

-Analizamos los fundamentos de la sentencia:

“Bajo ese esquema, corresponde al Tribunal evaluar las siguientes medidas adoptadas contra el recurrente:

A) Inicialmente, el recurrente fue sancionado a ocho días de arresto simple por haber cometido falta contra el decoro [debido a que el recurrente era el padre biológico de un no nato de seis meses de gestación, lo que había sido denunciado ante la Fiscalía, Municipalidad e Iglesia de la Provincia de Pomabamba] y falta contra la obediencia [porque el recurrente no habría “cursado la solicitud correspondiente ante la superioridad pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Sra. Keli Rojas Minchola (...)]. (f. 8 vuelta).

B) Posteriormente, dicha sanción fue incrementada a 18 días de arresto simple (f. 11).

C) Por su parte, por Resolución Regional N.º 062-IV-RPNP-UP.UMDI fue pasado de la situación de actividad a la de disponibilidad, por habersele encontrado responsable de la comisión de faltas “contra el decoro” y el “espíritu policial” (f. 2).

D) Finalmente, por Resolución Directoral N.º 728-2000-DGPNP/DIPER, el recurrente fue pasado de la situación de disponibilidad por medida disciplinaria a la de retiro por límite de permanencia en disponibilidad.” (Fundamento 6)

Nótese en la Sentencia que la Policía Nacional del Perú sanciona al demandante por faltas contra el decoro y el espíritu policial, especificando solo la falta al decoro pero no la del espíritu policial que debe suponerse la falta de obediencia por no informar que iba a contraer matrimonio; pero estas faltas han culminado con la destitución del demandado de la policía que en el última instancia se da le impone

por el que el demandante contrajo a entender de la policía nacional del Perú matrimonio con otro hombre, es decir dándose la figura de matrimonio entre personas del mismo sexo; pero en un análisis que realiza el Tribunal Constitucional establece que el Derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental ligado al libre desarrollo de la personalidad por lo que no se puede limitar este derecho y segundo que el demandante no contrajo matrimonio con otro hombre sino con una mujer que tenía hermafroditismo por lo que medicamente después se comprobó que si era mujer; en esta sentencia se valora para el presente trabajo de investigación que el Tribunal Constitucional ya estableció que el Matrimonio por si no es un derecho fundamental solo es una Institución y que el derecho fundamental es a contraer matrimonio.

“Como se ha expuesto en el fundamento 5, A, de esta sentencia, el recurrente fue sancionado, en total, a 18 días de arresto simple, entre otras razones, por haber cometido falta contra la obediencia. Dicha falta, de acuerdo con la emplazada, se habría cometido “por no haberse cursado la solicitud correspondiente ante la Superioridad pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Sra. Keli Micheli Rojas Minchola, el día 03MAY96”. (Fundamento 12)

Por tanto, la cuestión que ahora corresponde analizar es la siguiente: ¿es admisible constitucionalmente la exigencia de contar con autorización de la institución policial para que sus efectivos, como el recurrente, puedan contraer matrimonio? (Fundamento 12)

En este fundamento el Tribunal Constitucional en si analizaría si era necesaria la autorización para contraer matrimonio, mas no analizara el matrimonio como derecho fundamental; pero debido a los hechos expuestos en la demanda y según lo que obra en el expediente el tribunal vio por conveniente desarrollar el matrimonio en todas sus extensiones como se podrá apreciar en el siguiente fundamento.

MATRIMONIO: DERECHO Y INSTITUCIÓN (Fundamentos 13 y 14 de la Sentencia)

“En primer lugar, el Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, con ello

simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional". (Fundamento 13)

Tenemos como primera regla que el Tribunal Constitucional determina y deja claro que el MATRIMONIO NO ES UN DERECHO CONSTITUCIONAL, por lo que tampoco es un Derecho fundamental el cual deba ser protegido por la garantías constitucionales que la Constitución y el Código Procesal Constitucional le otorgan (acción de amparo) y otras; ahora nace la pregunta del presente trabajo de investigación ¿Por qué el Matrimonio NO es un Derecho Fundamental?, la respuesta la encontramos en la propia Constitución en la el Constituyente de 1993 no la incorporo dentro de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 2 de la Constitución del Política del Perú, así como tampoco podemos encontrarlo en la Constitución de 1979, entonces cuando diversos autores y opinologos señalan para el caso del Matrimonio homosexual y la Unión Civil que el Matrimonio es un Derecho Fundamental y que es necesario una reforma constitucional para revisar dichas leyes, caen en el error debido a que confunden la institución natural como derecho fundamental

Ahora el tribunal también reconoce que la Constitución ha garantizado al matrimonio como un instituto natural, pero no profundiza a mayor porque tiene esta naturaleza, ya que no es materia de caso que ha resuelto la naturaleza del matrimonio, más aun si la doctrina civil ya se encargó de estudiar y analizar a profundidad la naturaleza del matrimonio; que en mi opinión en el Perú no solo es de Institución sino también de contrato teniendo una naturaleza mixta.

"Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido". (Fundamento 13)

Este párrafo permite sostener la PREMISA que debido a la NATURALEZA de INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO el mismo tiene un contenido esencial el cual es que SOLO ES RESTRINGIDO para personas HETEROSEXUALES las cuales pueden contraer matrimonio, negando que en un futuro se puede ampliar a personas del mismo sexo; ya que el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha garantiza que su esencia y su naturaleza solo pueda ser modificado por el poder constituyente; este FUNDAMENTO ES el que ha SINTETIZA LA RAZÓN por la CUAL EN EL PERÚ un MATRIMONIO HOMOSEXUAL no puede ser viable hasta que el LEGISLADOR le retire la calidad de INSTITUTO NATURAL al MATRIMONIO.

“Se trata de una garantía sobre el instituto que, por cierto, no alcanza a los derechos que con su celebración se pudieran generar, los mismos que se encuentran garantizados en la legislación ordinaria y, particularmente, en el Código Civil. De manera que, desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones.”
(Fundamento 13)

En este fundamento el Tribunal Constitucional afirma y resalta que el derecho fundamental que protege la constitución es el DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO que persona tiene como expresión de su Derecho al Libre Desarrollo; en virtud a este derecho todas las personas pueden contraer matrimonio con quien deseen y en el tiempo que ellos deseen; pero de esta afirmación nace una pregunta ¿Si existe el derecho fundamental a contraer matrimonio, entonces una pareja homosexual puede contraer matrimonio ya que ellos están ejerciendo su derecho a contraer matrimonio entre ellos mismos?, la respuesta en un sistema legal como en Estados Unidos y otros países (argentina, Colombia, México y otros) la respuesta sería afirmativa, puesto que en sus sistemas legales los DERECHOS FUNDAMENTALES están por encima de cualquier otro derecho fundamental y el matrimonio entre personas del mismo sexo no solo abarca al derecho a contraer matrimonio sino el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de los ciudadanos para alcanzar su felicidad y su realización personal; pero en nuestro sistema legal la respuesta sería NEGATIVA y esto no implica la violación de derechos fundamentales ya que el mismo Tribunal Constitucional en la presente sentencia señalo que el matrimonio es un Instituto natural el cual la doctrina le da la calidad que solo es exclusivo para parejas heterosexuales pero además señala que el

legislador NO PUEDE disponer o desnaturalizar al matrimonio como quisiera a su gusto ya que existen límites para esa disposición; entonces sería solo un poder constituyente es decir una modificación constitucional para permitir dicho matrimonio a las parejas del mismo sexo; pero la modificación recaería en QUITARLE LA CALIDAD DE INSTITUTO NATURAL AL MATRIMONIO, mas no una reforma para expresamente señalar que el matrimonio es igualitario.

Podemos comparar que en nuestro país el ejercicio de los derechos fundamentales no absoluto como así en otras legislaciones, sino por el contrario tiene algunas limitaciones como el propio Tribunal Constitucional en su STC N° 005-2008-PI/TC en su fundamento 15 señaló que “en principio no existe derechos fundamentales absolutos, debiendo protegerse o preservarse no sólo otros derechos fundamentales, sino otros bienes constitucionalmente protegidos”; esta jurisprudencia aclara la respuesta de la pregunta y señala claramente que no existe derechos absolutos como sería contraer matrimonio y derecho a la igualdad y no discriminación para ejercer dicho derecho por parte de homosexuales; ya que su ejercicio se contraponen con el Instituto Natural del Matrimonio el cual es un bien constitucionalmente protegido.

“Si no existe un derecho constitucional al matrimonio, ¿quiere ello decir que no tiene protección constitucional la decisión de un efectivo de la PNP de contraer libremente matrimonio? O, planteado de otro modo, ¿qué es legítimo que un policía tenga que pedir autorización a la PNP para hacerlo? (fundamento 14)

PROTECCIÓN DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO (FUNDAMENTOS 14, 15 Y 16 DE LA SENTENCIA)

“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.” (Fundamento 14)

“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con

el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.” (Fundamento 14)

El Tribunal Constitucional claramente señala que en el presente caso de sancionar a una persona por no comunicar de su matrimonio y la elección con quien se casó, es contrario a los derechos fundamentales en específico no existe en nuestra constitución de forma textual el derecho a contraer matrimonio pero este si deriva de otro derecho como es el del libre desarrollo de la personalidad el cual garantiza que toda persona pueda ser feliz y se desarrolle plenamente en su esfera personal y social para lo cual los ámbitos de su vida deben ser respetados por las instituciones.

“Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales”; como señale en párrafos anteriores esta protección deriva de otros derechos que protegen actividades de la vida privada que merecen protección frente a violaciones de derechos.

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra. (Fundamento 14)

“Es bien cierto que, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un orden constitucional, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio”. (fundamento 15); al no ser un derecho absoluto cabe la pregunta si este se estaría vulnerando al permitir que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio o mantener una unión civil como manifestación de su derecho al libre desarrollo?; para responder será necesario ponderar si el derecho al libre desarrollo no es un derecho absoluto y tiene su limitación en la institución del matrimonio cuando este quiere extendersele; pero para el caso de la unión civil

no existe limitación al derecho al libre desarrollo ya que existe el antecedente de la unión de hecho que regula situaciones similares.

“Sin embargo, ausente una reserva de ley en la disposición que reconoce un derecho fundamental, ello no quiere decir que mediante cualquier norma jurídica se pueda restringir un derecho de por sí considerado limitable. En la STC 1091-2002-HC/TC, este Tribunal sostuvo que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos, en tales casos, debe materializarse sobre base de los literales a) y b), inciso 24°, artículo 2, de la Constitución, que establece, en ausencia de una reserva legal, la sujeción al principio de legalidad (fund.jur. 5)”. (fundamento 15)

“Ese es el caso en el que se encuentra el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por un lado, en la medida en que el mismo derecho no se encuentra sujeto a una reserva de ley y, por otro, que las facultades protegidas por este tampoco se encuentran reconocidas de manera especial en la Constitución [como sucede, por el contrario, con las libertades de tránsito, religión, expresión, etc.], el establecimiento de cualquier clase de límites sobre aquellas potestades que en su seno se encuentran garantizadas debe efectuarse con respeto del principio de legalidad.” (fundamento 15)

DERECHO A ELEGIR CON QUIEN A CONTRAER MATRIMONIO y en QUE MOMENTO (Fundamento 14 de la Sentencia)

“Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el ius connubii. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar- de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración”. (Fundamento 14)

En este fundamento de la sentencia el Tribunal señala que toda persona tiene derechos a determinar en qué momento y con quien contraer matrimonio y que nadie aparte de la pareja puede influenciar en esta decisión, si tomamos esta determinación clara del tribunal constitucional, entonces como se señaló en el párrafo anterior las personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio ya que ellos pueden decidir con quién y cuándo contraer matrimonio; pero existe un límite

a ese ejercicio del derecho fundamental y es que si sucede esa situación el Tribunal Constitucional tendría que modificar el Código Civil en el Libro de Familia pero dicha modificación no es atribución del tribunal constitucional sino del legislador, esto se ve reafirmado en la STC N° 0139-2013-AA en la cual un ciudadano demandada a la RENIEC y al ministerio Público solicitando el cambio de sexo de masculino a femenino en su Documento Nacional de Identidad alegando violación del derecho a la identidad, teniendo el tribunal constitucional que emitir pronunciamiento no solo de la procedencia de su pedido sino también debe de pronunciarse instituciones y situaciones jurídicas que se verían afectados de proceder la petición del demandante como serían ADMITIR EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, así como reconocer al demandante su condición de mujer y este podría reclamar todo lo que sea inherente a la condición de mujer como sería el reclamo de casarse con una persona del sexo masculino el cual no podría serle negado ya que esto sería un acto discriminatorio; y así sucesivamente podrá ir reclamando mayores derechos que le asisten a la mujer, y el tribunal estaría creando la figura del matrimonio homosexual sin tener dicha capacidad. Entonces como se mencionó el tribunal constitucional estaría introduciendo el matrimonio homosexual interviniendo en la separación de poderes y en el principio de corrección funcional, ya que los congresistas de la república son los encargados de legislar en el país y serían ellos los indicados en debatir este tema que además abarca al derecho de familia regulado en el Código Civil; de lo contrario el tribunal constitucional generaría un desequilibrio en el estado de derecho, ya que estaría asumiendo funciones y atribuciones que no le corresponde perjudicando a la democracia en el país⁴⁵

45 STC N° 0139-2013-AA: 33. Desde esta perspectiva, estimar el pedido del recurrente acarrearía, de entrada, los siguientes impactos en nuestro ordenamiento jurídico: ...; 2) admitir el matrimonio de personas del mismo sexo, ya que un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico.

34. En efecto, de obtener el recurrente un pronunciamiento estimatorio, P.E.M.M, podría reclamar cuanto sea inherente a la condición de mujer, pues la consecuencia de estimar la pretensión comprende la adquisición de cuantas expectativas, facultades y derechos pudieran asistirle desde la sobrevenida condición legal femenina; un nuevo *status* a partir del cual no podría menos que serle reconocida la capacidad para contraer matrimonio, el *ius connubii* o *ius nubendi*. Y ya que, según se ha visto, jurídicamente el sexo se define según el sexo cromosómico, la consecuencia de la modificación del sexo en el registro civil es que no habrá obstáculo para el matrimonio de un transexual con una persona del mismo sexo que el suyo de origen. La admisión de un transexual al nuevo sexo implica, entonces, el reconocer el matrimonio homosexual, lo cual también plantea el problema de la adopción de menores por esta nueva pareja.

35. Si la sentencia de este Tribunal ordena el cambio legal de sexo de P.E.M.M. que pasa a tener el sexo femenino, no sería viable introducir limitaciones, como prohibirle contraer matrimonio con varón, pues éstas

El Tribunal Constitucional resuelve como decisión final:

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”. (Fundamento 18)

El tribunal constitucional considero que sancionar a una personas por casarse sin contar con la autorización viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad y visto que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la esencia de la persona como derecho, es el reconocimiento que el estado hace de la facultad natural de que todas las personas podamos ser como queramos ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de otras personas o del estado; pero siempre con los límites que el propio estado nos impone pero acorde con el respeto de los derechos fundamentales. El fin de dicho derecho es la realización de las metas que cada individuo pueda tener fijadas autónomamente y siempre de acuerdo con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.

En la parte final de la sentencia se debate la verdadera razón del demandado para pasar al retiro al demandante la cual fue contraer nupcias con una persona que no se podía determinar su sexo inicial debido a que tenía HERMAFRODITISMO para lo cual se le hizo una operación para asignarle el sexo femenino, y a la vez

podrían ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo, además de resultar una incongruencia con lo pretendido, que es el más pleno reconocimiento legal de la condición femenina.

36. De esta forma, este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) y el principio de *corrección funcional* (cfr. STC 5854-2005- PA/TC, fundamento 12), pues tal matrimonio —en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil— debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes (artículos 43, 45 y 90 de la Constitución), por lo que su discusión y eventual decisión debe hacerse en sede legislativa —cuyo producto legal podrá luego estar sujeto, por supuesto, al control de la jurisdicción constitucional—, pero no jurisprudencialmente, ya que el diálogo democrático implica la discusión abierta al pueblo y a los parlamentarios que lo representan. Lo contrario significaría que este supremo intérprete de la Constitución desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado al Congreso de la República, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional, presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, que debe encontrarse siempre plenamente garantizado.

hacerse un cambio de datos de identidad ya que primero constaba sus nombres de hombre para posterior tener nombre de mujer esto de acuerdo a lo siguiente:

“quien, para tal efecto, asumió la identidad de Kelly Migueli Rojas Minchola, previamente adulterando sus documentos personales, manteniendo el mencionado efectivo PNP relaciones de convivencia en forma sospechosa con el referido civil, pese [a] haberse percatado y tenido conocimiento, en su condición de auxiliar de enfermería, de las anomalías físicas que presentaba en sus órganos genitales, hecho acreditado posteriormente con el reconocimiento médico legal de fecha 06AGO96, expedido por la Dirección Regional de Salud de Huari, diagnosticando en la persona de Oswaldo Miguel Rojas Minchola: Actualmente no se puede definir el sexo inicial del paciente por existir plastía previa en órganos genitales. D/C: HERMAFRODITISMO’, demostrando, con estos hechos, total desconocimiento de las cualidades morales y éticas como miembro de la PNP, incurriendo, de esta manera, en graves faltas contra el decoro y el espíritu policial, estipuladas en el art. 83: “c” –13 y “d” –8 del RRD PNP, con el consiguiente desprestigio institucional (...)” (fundamento 19)

Teniendo el tribunal constitucional que decidir si en el demandate había contraído matrimonio con otro hombre lo cual está totalmente prohibido por la legislación y reafirmado por el tribunal constitucional o si en verdad el demandante contrajo nupcias con una mujer para lo cual el T.C realiza las siguientes afirmaciones:

A diferencia de lo que sucedió con el arresto simple, ahora la justificación para imponerle una sanción al recurrente ya no se sustenta en que se habría casado sin autorización de la PNP, sino en lo siguiente:

B). Que mantuvo relación de convivencia con tal persona (transexual), pese a conocer –o tener que razonablemente haber inferido, en función de su condición de auxiliar de enfermería- las “anomalías físicas” de sus órganos genitales. (Fundamento 20)

El T.C, se da cuenta que la sanción impuesta por el demandado no obedece a la falta de permiso para casarse del demandante sino a que se casó con una persona que a criterio del demandado era Transexual y que el demandante estaba en la obligación de darse cuenta, pero el demandado no considero que en verdad la

persona no era transexual, sino que era un paciente Hermafrodita⁴⁶; para lo cual el Tribunal Constitucional realizó un análisis del caso en específico:

Cabe, no obstante, entender que la sanción impuesta no solo haya obedecido a las razones que antes se han 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. (Fundamento 22)

Se le sanciona por haber tenido relaciones sentimentales con una persona que no era mujer, pero no por casarse; ya que el no pedir autorización para casarse es una excusa de la verdadera razón por la cual el demandando tomó la decisión de separar al demandado; siendo esto contrario a la libertad de toda persona que tiene para tener una relación sentimental con quien desee. (fundamento 22)

Concluyendo que el demandante NO HABIA incumplido el supuesto de casarse con un transexual, sino que se casó con una persona HERMAFRODITA a la cual después se le asignó el sexo femenino al tener órganos sexuales femeninos; por lo que NO SE estaba creando ni incorporando por parte del Tribunal Constitucional el matrimonio por personas del mismo sexo; pero si se dejó claro cuál es el DERECHO FUNDAMENTAL que la CONSTITUCIÓN protege en relación al matrimonio.

2.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL RESPECTO AL INSTITUCIÓN LEGAL Y NATURAL DEL MATRIMONIO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE CONTRAER MATRIMONIO

A.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 198/2012⁴⁷

El Tribunal Constitucional Español mediante la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005. Interpuesto por más cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Garantía institucional del matrimonio

461. adj. Que tiene los dos sexos. 2. adj. Dicho de una persona: Que tiene testículos y ovarios, lo cual le da la apariencia de reunir ambos sexos. U. t. c. s. *Real Academia Española*; <http://dle.rae.es/?id=KCw0nUC>
47 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14602>

y protección de la familia: constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En un primer apartado titulado «Planteamiento general del recurso» se pone de relieve que la ley impugnada consta de un artículo único con varios apartados que modifican diversos preceptos del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La modificación principal, de la que traen causa todas las demás, es la contenida en el apartado uno, que añade un segundo párrafo al art. 44 CC, que dispone que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Los demás apartados del artículo único, así como las disposiciones adicionales de la Ley, adaptan desde un punto de vista terminológico diversos preceptos del Código civil y de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil a esta nueva posibilidad, sustituyendo expresiones como «marido y mujer» por la de «los cónyuges» o «los consortes».⁴⁸

Tras señalar que esta forma de proceder del legislador suscita reproches de todo orden y que en la elaboración de la ley se han despreciado los informes del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado y de la Real Academia Española, los recurrentes ciñen sus objeciones a las jurídico-constitucionales y, concretamente, a la vulneración de los arts. 32, 10.2, 14 (en relación con los arts. 1.1 y 9.2), 39.1, 2 y 4, 53.1 (en relación con el art. 32), 9.3 y 167, todos ellos de la Constitución Española, así como a lo que se considera que constituyen tres razones añadidas que dan a la inconstitucionalidad de la Ley un relieve muy particular. Estas razones, que se exponen previamente a las concretas tachas de inconstitucionalidad, son las siguientes:

- La imposibilidad de que el legislador modifique la Constitución cambiando el nombre acuñado de las cosas empleado por el constituyente. Se aduce, desde este punto de vista, que mediante el sencillo fraude de modificar el sentido de las palabras utilizadas por el constituyente y el contenido de las instituciones reconocidas por el mismo lo que se está haciendo es vulnerar la integridad y la fuerza normativa del texto constitucional. Los recurrentes admiten la necesidad de adaptar las instituciones a cada tiempo y circunstancia, pero tratándose de una institución garantizada constitucionalmente consideran que esta decisión corresponde al poder de reforma constitucional y no al legislador ordinario.

-La posibilidad de conseguir la finalidad perseguida a través de fórmulas que no supongan una ruptura de la Constitución. Los recurrentes consideran que la reforma aprobada pretende institucionalizar y proteger jurídicamente la convivencia estable de parejas del mismo sexo en iguales o similares términos que se hace en el caso de las parejas heterosexuales. Dicha

48 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14602>

finalidad es compartida por el grupo parlamentario al que pertenecen los recurrentes, pero en su opinión el error constitucional reside en que para hacer efectivo este propósito no resulta necesario desnaturalizar la institución constitucional del matrimonio o ponderar y escoger entre diversos intereses de relevancia constitucional teóricamente en conflicto. No se recurre la Ley porque amplíe los derechos de los homosexuales, ni porque pretenda introducir en el ordenamiento español un cauce institucional para encauzar su relación de pareja con plenos efectos jurídicos. Se recurre, entre otras cosas, porque amplía tales derechos de un modo innecesario y cuando podría hacerse sin desvirtuar una institución tan fácil y universalmente reconocible como el matrimonio, y sin respetar el derecho querido por millones de ciudadanos y protegido por la Constitución a adherirse personalmente a una institución como el matrimonio entre un hombre y una mujer. La Constitución no se respeta, continúan los recurrentes, privando de derechos a quienes legítimamente los tienen para reconocer con ello los nuevos derechos legítimos de otros; se respeta y avanza desde un punto de vista democrático dando derechos a quienes no los tenían, pero sin perturbar ni disminuir los que la Constitución garantiza. Respetar la institución del matrimonio tal y como la ha querido el constituyente no es incompatible, concluyen los recurrentes, con la plena equiparación de derechos civiles de las personas homosexuales. Existen diversas opciones para ello, pero la peor es la escogida por el autor de la reforma, quien para construir destruye una institución constitucionalmente garantizada como el matrimonio.⁴⁹

Los párrafos anteriores son extractos de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español el cual después de muchos años declaró que el Matrimonio Homosexual no era contrario a los derechos que la Constitución protege o es contrario a las normas plasmadas en la constitución; esto después de muchos años que la norma estuviera vigente. Por lo extensa que es la Sentencia no se ha plasmado toda, sino que se va a desarrollar el tema con artículos de diversos autores los cuales desarrollaron el tema importantísimo para su legislación como fue la incorporación del Matrimonio Homosexual.

La Autora María Martín Sánchez en su Artículo “El Derecho Constitucional al Matrimonio Homosexual en España”⁵⁰, realiza una crítica interesante e instructiva sobre el referido Matrimonio homosexual en España y la Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró su constitucionalidad y que he creído conveniente

49 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14602>

50 El Derecho Constitucional al Matrimonio Homosexual en España, María Martín Sánchez, <http://deste.umons.ac.be/galanet/dossier/fichiers/marco%20jur%EDdico%20Espa%F1a.pdf>

plasmar en el presente trabajo de investigación y al cual se le agregaran los comentarios y comparaciones con nuestro sistema Constitucional.

Ahora bien, ¿por qué el legislador ha escogido el reconocimiento del matrimonio para las personas del mismo sexo en lugar de otras alternativas? Esta es una de las críticas más fuertes de la Ley. Las posibles alternativas habrían sido las siguientes: bien una ley de unión civil, en la que se creara una figura jurídica específica para parejas homosexuales, reconociéndole idéntico contenido jurídico que el matrimonial, a salvo del controvertido derecho a la adopción que podría concedérseles o no; bien una ley de parejas de hecho, similar a las leyes autonómicas de parejas, para la inscripción de parejas de hecho, indistintamente de su índole sexual —heterosexuales y homosexuales—, a las que se reconocerían ciertos derechos matrimoniales con su inscripción en registro público⁵¹; la autora reconoce que se podía haber elegido otras opciones legislativas que les hubiera otorgado los mismos derechos solicitados como es el caso de la “UNIÓN CIVIL” que en nuestro caso se está intentando proponer como agenda legislativa como solución jurídica al problema de las uniones de personas del mismo sexo; pero en nuestro sistema también debemos de hacernos la pregunta ¿Por qué el legislador busca aprobar una ley de Unión Civil si lo que desea es tener igual derechos que un Matrimonio o la Unión de Hecho?, esa pregunta que cierta parte de académicos y legisladores se han preguntado al ver que el Proyecto de Ley de Unión Civil es igual que el Capítulo del Código Civil referido al Matrimonio.

Desde diversos foros se ha apostado por la elección de una de estas alternativas en lugar del reconocimiento del matrimonio⁵². Sin embargo, desde nuestra posición no consideramos oportuna ninguna de las alternativas presentadas por diversas razones: Respecto a la hipotética ley de unión civil, tal y como se ha señalado,

51 El Derecho Constitucional al Matrimonio Homosexual en España, María Martín Sánchez, <http://deste.umons.ac.be/galanet/dossier/fichiers/marco%20jur%EDdico%20Espa%F1a.pdf>

52 El Consejo de Estado, en su Dictamen emitido el 16 de diciembre de 2004 sobre el Anteproyecto de la Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, expuso lo siguiente: “su simple lectura pone de manifiesto los problemas jurídicos que puede plantear su aplicación a matrimonios homosexuales y la conveniencia de una regulación específica y diferenciada en relación con el nuevo modelo de pareja”. Señalando además que: “la pluralidad de realidades demanda una diversidad de instituciones, favoreciendo la especialización institucional, con reflejo en el plano terminológico (una denominación diferente)”.

El Consejo General del Poder Judicial elaboró Informe presentado el 26 de enero de 2005 en el que “se invita a indagar en el diseño de otras figuras jurídicas que se ajusten”.

resultaría difícilmente sostenible la creación de una institución jurídica idéntica al matrimonio, pero con distinto nombre, en razón de la identidad sexual de las partes. No parece razonable la creación de distintas instituciones para cada tipo de convivencia en pareja, con distinto nombre, pero idéntico contenido jurídico, en razón de su orientación sexual. Sin embargo, la apertura de este catálogo de instituciones no se ha planteado salvo en el caso de los matrimonios del mismo sexo⁵³. En estas líneas encontramos el mismo debate jurídico y político que sucedió en el año 2012 y que en nuestro país recién inicio en el año 2016; ahora en España se descarta la UNIÓN CIVIL porque significaba crear una NUEVA INSTITUCIÓN JURIDICA igual a la del MATRIMONIO, pero jurídicamente se estaría creando una nueva institución jurídica idéntica al matrimonio, en mi opinión y después de desarrollar en el Capítulo IV la Institución del Matrimonio llego a la conclusión que no serían instituciones jurídica igualitarias, ya que el Matrimonio es una Institución Natural con siglos de antigüedad que nació desde sus inicios solo con la unión del hombre y la mujer; pero en lo que son iguales es en los derechos patrimoniales y sociales que se les tanto al matrimonio y a la unión de hecho.

Respecto a la hipotética ley de parejas de hecho, resultaría incoherente solventar la desprotección jurídica de las parejas homosexuales mediante una ley general, destinada a todo tipo de parejas y cuyos efectos se limitan a la regulación de ciertos derechos por analogía al matrimonio. En este punto hay que recordar la disociación entre parejas heterosexuales y homosexuales en relación a la discriminación por orientación sexual.⁵⁴

Quizá consciente de tales problemas, el legislador no se planteó ninguna de estas opciones, ni siquiera la posibilidad de alcanzar la aprobación del matrimonio homosexual previa aprobación de algún otro tipo de ley de parejas, sino que se decidió por regular el matrimonio entre personas del mismo sexo de forma clara y directa a través de la Ley 13/2005⁵⁵

53 El Derecho Constitucional al Matrimonio Homosexual en España, María Martín Sánchez, <http://deste.umons.ac.be/galanet/dossier/fichiers/marco%20jur%EDdico%20Espa%F1a.pdf>

54 Ibidem

55 Ibidem

El legislador español como lo señala la autora no concebía la idea de antes de poder aprobar el matrimonio homosexual, emitir una ley de unión civil que fuera dando derechos a parejas del mismo sexo hasta se apruebe el matrimonio de personas del mismo sexo; ya que esta Ley de Unión civil vulneraría los derechos fundamentales de este grupo de personas y además nos sería eficaz, esta posición va en concordancia con la jurisprudencia de otras legislaciones y que revisaremos en la cual se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en virtud únicamente de protección de derechos fundamentales. Esto solo demuestra que el DERECHO CONSTITUCIONAL es muy importante en nuestra legislación ya que sus alcances abarcan a todas las ramas del derecho e inclusive se legisla en dichas ramas solo en virtud de protección de derechos fundamentales.

Ante la decisión de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo se plantea una controvertida cuestión en torno a la posibilidad de modificar el matrimonio previsto constitucionalmente. Esta posibilidad está estrechamente vinculada con el carácter concedido al matrimonio, esto es, como garantía institucional o como derecho subjetivo de la persona⁵⁶

De un lado, quienes defienden su naturaleza como garantía institucional⁵⁷, sostienen el argumento de que no pueden alterarse los términos esenciales de la institución, garantizados constitucionalmente, ya que de esta forma se estaría desnaturalizando el matrimonio⁵⁸. En este sentido, han considerado que la heterosexualidad es elemento inherente y consustancial al matrimonio⁵⁹, por lo que, teniendo en cuenta que prevalece su carácter como garantía institucional, no

56 Ibidem

57 La “garantía institucional”, fue definida por el Tribunal Constitucional en la STC 32/1981: “la garantía institucional no asegura un contenido concreto y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (F. J. 3º.)

58 Así, el Consejo General del Poder Judicial, en su informe presentado el 26 de enero de 2005, estableció que: “(...) la satisfacción jurídica de una parte mínima de la población no puede hacerse a costa de adulterar el contenido esencial de una institución ni a trastocar los fundamentos del Derecho de Familia”.

En el mismo sentido, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en su informe presentado el 1 de marzo de 2005 respecto a la viabilidad del Proyecto de Ley, expresó que: “la existencia de una garantía institucional determina la inconstitucionalidad de las eventuales normas que tuvieran por objeto suprimir la susodicha institución, la de aquellas que la vacíen de su contenido, así como la de aquellas otras que, con la creación de figuras paralelas, lleguen a resultados similares

59 El Consejo de Estado, en su Dictamen presentado el 16 de diciembre de 2004, dictó que: “(...) se ha considerado la diversidad sexual como elemento inherente a la institución matrimonial”

podría alterarse dicho elemento pues, de otro modo, se alteraría la configuración constitucional de dicha garantía.⁶⁰

De otro lado, puede defenderse su carácter como derecho. Esta interpretación es consecuencia de la consideración del matrimonio como derecho subjetivo de la persona, por encima de su formalización como institución jurídica. En definitiva, supondría supeditar la garantía institucional a la efectividad del derecho. Esta es la posición adoptada por el legislador.⁶¹

La autora señala claramente y de forma resumida el debate ideológico que existe entre los juristas a favor del matrimonio homosexual y los que están en contra; el sustento de los primeros es que el matrimonio no es una institución inmutable y que por encima de esa institución está el derecho fundamental a libre desarrollo de la personalidad y que el extender el matrimonio no distorsiona la institución del matrimonio; el segundo grupo que está en contra señala que el MATRIMONIO es una INSTITUCIÓN NATURAL creada muchos siglos atrás y que su configuración está limitada solo a la unión del hombre y de la mujer ya que así nació el Matrimonio; ambas posiciones son viables y tienen sus fundamentos pero para el presente proyecto de investigación el cual está circunscrito al estudio del derecho fundamental y en especial a derechos fundamentales debemos priorizar la posición de prevalencia de LOS DERECHOS FUNDAMENTALES sobre la Institución del Matrimonio.

Tal y como se ha puesto de manifiesto en la Exposición de Motivos de la ley, el matrimonio es una institución jurídica que goza de “garantía constitucional”, lo que significa que el legislador debe regularlo “de conformidad con los valores superiores de su ordenamiento jurídico y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución”⁶². Así pues, la heterosexualidad no sería un elemento insalvable, inherente a la institución, sino una característica superable mediante la acomodación del derecho a las exigencias de la evolución social, de conformidad

60 El Derecho Constitucional al Matrimonio Homosexual en España, María Martín Sánchez, <http://deste.umons.ac.be/galanet/dossier/fichiers/marco%20jur%EDdico%20Espa%F1a.pdf>

61 Ibidem

62 Fragmento literal de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

con los valores superiores del ordenamiento y teniendo en cuenta su carácter como derecho subjetivo de la persona⁶³; esta parte de la exposición de motivos es similar a la señalada por la Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Obergefell vs. Hodges (2015), en la cual también se determinó que el Matrimonio sigue siendo una Institución a un se extienda a las parejas del mismo sexo ya que de esta manera se le da un mayor valor al matrimonio con la incorporación de personas del mismo sexo; de igual forma ambas coinciden en señalar que la heterosexualidad es solo un elemento de la institución del matrimonio.

Los fundamentos constitucionales de los que el legislador se ha valido para modificar la configuración jurídica del matrimonio son, tal y como expone literalmente en la propia ley:

*(...) la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (art. 9.2 CE y art. 10.1 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 CE) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.*⁶⁴

El matrimonio homosexual en España se aprueba en especial por los sólidos principios constitucionales tales como el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, y la prohibición de discriminación; estos principios que se resaltan en la Constitución española también se encuentran en nuestra Constitución y los cuales han servido para que el Tribunal Constitucional emitida innumerables sentencias en las cuales se han protegido derechos fundamentales.

Para fines de la investigación necesario mencionar los artículos de la Constitución Española que se presumió vulnerados por la Ley que permite el matrimonio homosexual los cuales son el Art. 32 C.E (definición de matrimonio); Art. 51 C.E (contenido esencial del derecho a contraer matrimonio; Art. 10.2 C.E (interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas); Art. 14 C.E;

63 Ibidem pag.84

64 Ibidem

se considera también contraria a la Constitución en sus artículos 14⁶⁵, 1.1⁶⁶ y 9.2⁶⁷,³⁸ por entender que vulnera la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional en materia de igualdad y prohibición de discriminación por orientación sexual.

La clave de la reforma estuvo en el artículo 44 del Código Civil, que, en su versión original, establecía: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código». Tras la reforma, se añadió: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo». El resto de cambios consistió en sustituir los términos «marido y mujer» o «padre y madre» por «cónyuges», «consortes» o «progenitores» en algunos otros preceptos del mismo cuerpo legal y de la Ley del Registro Civil. El resultado es que el matrimonio se extiende a las uniones homosexuales, con la consiguiente equiparación de efectos⁶⁸. Como podemos observar NO revistió mayor problema para el legislador español incorporar el matrimonio homosexual, ya que solo se incorporó los requisitos para que se pueda contraer; ahora mirando desde una perspectiva reformista, el legislador NO VIO la necesidad de modificar la Constitución ni el Código Civil solo aumentar un párrafo al artículo 44° esto en gran medida en que la redacción original dejaba una puerta abierta al matrimonio homosexual; ahora como veremos en párrafos anteriores cuando el legislador español redactó su Código Civil y Constitución no imagino la situación que se daría en el futuro con el matrimonio y por tal solo legislo para situaciones en el momento como lo ha hecho también nuestra legislación.

Se interpretaba que el artículo 32.1 CE sanciona únicamente el matrimonio heterosexual: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»; en la redacción original de la Constitución Española no

65 Artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

66 Artículo 1.1 CE: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

67 Artículo 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

68 Barrero Ortega, A. (2014). El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?. Revista de estudios políticos, 163, 41-66; <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/54767>

está redactada de una forma que se comprenda que el matrimonio está reservado solo para parejas heterosexuales; es más si hacemos una interpretación literal de la norma se comprende que el matrimonio está abierto para todas las parejas.

Abrir el matrimonio a las uniones homosexuales supone desnaturalizar una institución milenaria, algo que, desde luego, se podía haber hecho, pero reformando previamente la Constitución y no sólo el artículo 44° del Código Civil⁶⁹. Este párrafo hace recordar cuando en Perú se propuso la unión civil entre personas del mismo sexo a efecto de otorgar ciertos derechos a dichas parejas, muchos estudiosos y opinólogos y líderes religiosos señalaban que era necesario una reforma constitucional porque la unión civil si era un matrimonio; por lo tanto era necesario reformar la Constitución y hasta hacer un Referéndum, pero esto quedo en nada ya que ni la propia ley de unión civil se aprobó; pero estos hechos demuestran que somos muy parecidos al pensamiento jurídico español y que hemos tomado muchas de sus normas como nuestras.

El matrimonio homosexual estaba en 1978 muy lejos de los planteamientos del constituyente. Si el artículo 32.1 se interpreta conforme a las reglas convencionales para la interpretación jurídica, se extrae la conclusión de que la heterosexualidad es consustancial a la institución constitucionalmente garantizada. La expresa voluntad del constituyente debió, pues, ser respetada⁷⁰. Similar caso sucede en nuestro país ya que cuando se redactó la Constitución de 1979 se entendía que el matrimonio era para personas heterosexuales, a posterior cuando se redactó la Constitución de 1993 también se presumió que la Institución del Matrimonio era solo para personas heterosexuales; pero establezcamos una diferencia es que la Constitución española es de 1978 en cambio la Constitución Peruana es de 1993 fecha en la cual los derechos de las personas homosexuales como minoría estaban muy avanzados; no obstante esa diferencia es que en la fecha que se redactaron ambas Constituciones NO se presumió o pensó que en el futuro se podría extender el matrimonio a personas del mismo ya que el Matrimonio cuando nació como Institución Natural era consustancial solo a personas heterosexuales.

69 Ibidem

70 Ibidem

Otro sector doctrinal, en cambio, avaló la constitucionalidad de la reforma legal. Ciertamente es que el párrafo primero del artículo 32 CE reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, pero el párrafo segundo se remite a una ley, el Código Civil, que es la que debe determinar las formas, edad y capacidad para contraer matrimonio. Y, sobre todo, si se interpreta el artículo 32.1 CE en relación con el artículo 14 CE, sin que quepa discriminación por razón de orientación sexual, es constitucionalmente viable legalizar el matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo. El texto constitucional, por consiguiente, no presenta impedimento alguno para que por matrimonio se entienda también la unión civil entre personas del mismo sexo⁷¹. En comparación con nuestra Constitución debemos leer con calma lo señalado en el artículo 4° de la Constitución en la cual no hace referencia a quienes pueden contraer matrimonio sino por el contrario se establece que es Instituto Natural, entonces el legislador y muchos estudiosos presumen que el Matrimonio en el Perú solo es para personas heterosexuales ya que el Instituto Natural está limitada solo a personas heterosexuales pero en los últimos tiempos muchos tribunales han determinado⁷² que la Institución del Matrimonio no está reservada solo a personas heterosexuales, sino por el contrario la Institución ha mejorado puesto se ha extendido a las personas del mismo sexo y que no se puede restringir la institución solo a personas heterosexuales, puesto que esto es solo un elemento de la institución que puede ser modificado; entonces si se viera este cambio doctrinal nuestra Constitución estaría autorizando la extensión del matrimonio a personas del mismo sexo, ya que del texto NO SE observa ninguna limitación como si la tiene la UNIÓN DE HECHO la cual en el artículo 5° de la Constitución la limita expresamente a la unión entre un varón y una mujer; pero en ambos casos en nuestra Constitución en el artículo 2 inciso 2 también se señala expresamente que nadie puede ser discriminado por motivo de sexo; entonces encontramos la similitud en ambas Constituciones lo cual permitiría pensar que es factible la Unión Civil.

La discusión doctrinal se vio, enriquecida por los argumentos a favor y en contra de la reforma legal aportados por organismos públicos de reconocida solvencia y

71 Ibidem

72 Sentencia Obergefell vs Hodges, etc.

competencia, significativamente el Consejo de Estado⁷³, el Consejo General del Poder Judicial⁷⁴ y la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España⁷⁵; nótese que en nuestro país también existió una discusión argumentativa con las opiniones del Ministerio de Justicia⁷⁶, la Defensoría del Pueblo⁷⁷ y algunas Universidades.

Lo primero que convendría dejar sentado, y en ello –entiendo– hay consenso doctrinal, es que la versión original del artículo 44 del Código Civil sancionaba una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Ante la misma aptitud para compartir afectos, elaborar y llevar adelante proyectos de vida en común, el derecho al matrimonio se reconocía al varón y a la mujer entre sí, y no a los varones entre sí o a las mujeres entre sí. En eso no hay discrepancia, pero debe quedar afirmado como punto de partida porque precisamente eso y no otra cosa es lo que está en cuestión en toda esta controversia: si la diferencia de trato es legítima desde la perspectiva constitucional. La cuestión no es la de si la diferencia de trato existe, lo cual es innegable, sino si dicha diferencia es admisible *ex Constitutione*. Y si es admisible hoy, porque quizá lo fuese antes pero ahora ya no.⁷⁸

Y lo está, segundo, a través de la prohibición de discriminación, pues la homosexualidad se incluye entre esas otras condiciones o circunstancias personales a las que alude el inciso final del artículo 14 CE. Los supuestos de discriminación mencionados en el artículo 14 de la Constitución no son un catálogo cerrado, sino que el añadido «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» permite sancionar cualquier trato discriminatorio. En particular, «la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como

73 Dictamen de 16 de diciembre de 2004 (en adelante *DCE*).

74 Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, de 26 de enero de 2005 (en adelante *ECGPJ*).

75 Declaración aprobada por el Pleno de Académicos de Número, en sesión del día 21 de febrero de 2005 (en adelante *DRALJE*).

76 Informe N° 2014-JUS/DGDH

77 Informe de Adjuntía N° 003-2014-DP/ADHPD

78 Barrero Ortega, A. (2014). El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?. *Revista de estudios políticos*, 163, 41-66; <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/54767>

por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona (...) por los profundos prejuicios arraigados en la normativa⁷⁹ y socialmente contra esta minoría⁸⁰».

Como se observa en estos párrafos el punto de Controversia que sucedió en España es el mismo que ha sucedido en Estados Unidos de América, en Colombia y que sucede en nuestra legislación y es que, cuando se legislo el Matrimonio esta figura solo estuvo pensado para personas heterosexuales ya sea de manera implícita o explícita, pero como el Derecho Constitucional evoluciona conforme la sociedad evoluciona se fueron dando nuevas situaciones y en especial regulando y protegiendo derechos fundamentales mediante sentencias emitidas por los diferentes Tribunales Constitucionales de los países antes mencionados y de otros más como Canadá, Sudáfrica, Portugal, etc.; siendo uno de los más importantes para el presente tema la NO DISCRIMINACIÓN; como se puede leer párrafos arriba se evaluó si la Prohibición de extender el matrimonio a personas del mismo sexo era violatorio de derechos fundamentales como la no discriminación y además se evaluó si la prohibición Constitucional estaba por encima por el derechos fundamental a la no discriminación y se determinó que los derechos fundamentales están por encima de cualquier instituto.

Admitiéndose que esa diferencia de trato se da en el artículo 44 del Código Civil, donde empieza la discrepancia es en la valoración de esa diferencia. El argumento de base de quienes se muestran contrarios a la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales es que esa apertura quiebra la imagen maestra o leit-bild de una institución históricamente fraguada y recibida por el constituyente. Eliminar la heterosexualidad como elemento de la unión matrimonial, extendiendo sus efectos a las parejas homosexuales, repercute negativamente en la garantía institucional del matrimonio⁸¹. No se trata de un simple cambio de los sujetos que

79 Ibidem

80 STC 41/2006.

81 Barrero Ortega, A. (2014). El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?. Revista de estudios políticos, 163, 41-66; <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/54767>

puedan acceder al matrimonio, sino de algo más profundo, una auténtica metamorfosis de la institución ⁸².

Sabido es que la categoría jurídica de la garantía institucional o garantía de instituto fue acuñada en los años veinte del siglo xx por la doctrina alemana para referirse a la protección constitucional de determinadas instituciones sociales, típicas y necesarias de la organización política. Esto es, determinados modos de conducta instituidos por la colectividad. Unas instituciones que, desde el momento en que son incorporadas a la Constitución, quedan singularmente protegidas frente a su supresión, vaciamiento o desfiguración sustancial. El legislador, especialmente, debe respetar el tipo básico o ideal de la institución o manifestación social típica. Pero la garantía institucional sólo se recoge innuce en la Constitución; su régimen jurídico se encuentra definido extraconstitucionalmente, configurado históricamente en un sentido determinado, y el legislador debe respetarlo⁸³. El prototipo de una garantía institucional vincula al legislador⁸⁴.

El argumento principal de las personas que se oponían al matrimonio entre personas del mismo sexo es el matrimonio como Institución el cual no puede quebrantando y deformado por la extensión del matrimonio heterosexual al matrimonio entre personas del mismo sexo; ese argumento ha sido plasmado en todas las legislaciones en las cuales se ha extendido el matrimonio en todas ellas los opositores han argumentado que la Institución del Matrimonio solo concibió a la heterosexualidad como elemento único de la formación de matrimonio, pero hay que considerar que cuando se regulo el matrimonio en el mundo occidental y en nuestro país el legislador no concibió que fuera en un futuro existir la posibilidad que existan parejas del mismo sexo por lo cual no lo regulo. Ahora es muy importante resaltar la explicación jurídica precisa que da el autor sobre la institución.

Y esto, se dice, es lo que sucede con la reforma del Código Civil que avala el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tanto el artículo 32° CE como otros

⁸² ECGPJ y DRALJE. Aunque no se muestra tan tajante, alerta de ese posible riesgo el DCE.

⁸³ Barrero Ortega, A. (2014). El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?. Revista de estudios políticos, 163, 41-66; <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/54767>

⁸⁴ Cruz Villalón (1999a): 44-53; Gutiérrez Gutiérrez (2011)

textos internacionales consagran la garantía institucional del matrimonio, en el bien entendido de que se refieren al heterosexual y tendencialmente orientado a la procreación⁸⁵. Por eso, el constituyente de 1978, al ocuparse del derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, no tuvo que introducir en ese precepto concreciones del tipo entre sí porque lo daba por supuesto⁸⁶. Esa expresa dualidad, hombre y mujer, significa que la idea constitucional de matrimonio es la del matrimonio entre dos personas de distinto sexo. El artículo 32, que coloca como sujetos del derecho fundamental al hombre y a la mujer entre sí, aunque no lo diga expresamente, está haciendo referencia a una institución que era, en el momento de aprobarse la Constitución, y continúa siendo hoy, perfectamente conocida⁸⁷; al igual que en nuestra Constitución cuando se instauro el matrimonio en la Constitución Española se daba por entendido que era para personas heterosexuales, visto que en esos años no se concebía otra forma de matrimonio.

El tipo básico o ideal impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera. No hay duda de que la institución puede ser adaptada al espíritu de los tiempos, pero la actualización no puede hacerse en términos que la hagan irreconocible por la conciencia social de cada tiempo y lugar. Y se incurre en ese error cuando se opta por reconocer el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales. Se fuerzan así los principios articuladores de esa forma social típica, de acuerdo con la concepción de la misma actualmente imperante. Si hay protección constitucional del matrimonio, el legislador tiene límites y no puede, por consiguiente, disponer libremente de la institución. Y la heterosexualidad es uno de los rasgos identificativos de la unión matrimonial. El legislador carece de poder para desfigurar la institución matrimonial⁸⁸.

En similares términos, *mutatis mutandis*, se expresan los magistrados firmantes de los tres votos particulares discrepantes a la STC 198/2012. El matrimonio es una institución preexistente a la Constitución que ha tenido históricamente

85 DCE, ECGPJ y DRALJE. En la misma línea, Rey Martínez (2005): 146. No obstante, este autor prefiere la noción de «contenido esencial del concepto constitucional matrimonio».

86 Bercovitz (2003): 67. Asimismo, Rey Martínez (2005): 146-147 y Pardo Falcón (2011)

87 Barrero Ortega, A. (2014). El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?. *Revista de estudios políticos*, 163, 41-66; <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/54767>

88 DCE, ECGPJ y DRALJE

reconocimiento en el Derecho Comparado, en la realidad social y en la doctrina jurídica. Una institución cuya nota esencial es la heterosexualidad ⁸⁹y «destinada a la perpetuación de la especie» ⁹⁰. La inclusión de las parejas del mismo sexo en la garantía constitucional del matrimonio era indisponible por el legislador ordinario. El legislador ha modificado la milenaria estructura de la institución matrimonial plasmada en el artículo 32.1 CE. Era imprescindible la reforma constitucional por la vía del artículo 167 CE⁹¹; se considera el Matrimonio por encima de la Constitución teoría que ha sido descartada por otros tribunales constitucionales en los cuales la institución por más antigua que pueda ser no puede limitar derechos fundamentales reconocidos a un grupo de personas.

Quizá la esencia jurídica de la institución reside más bien en el «exclusivo y permanente compromiso» con la pareja ⁹²; situación que puede darse en parejas del mismo sexo y que se ha dado y ha sido considerado en otras sentencias; «en la comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda entre dos personas en idéntica posición [...] y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida común» ⁹³ o «en la duradera comunidad de vida y responsabilidad»⁹⁴ entre esas dos personas. O, en palabras de la STC 198/2012, en la «comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades previstas en el ordenamiento»; esta es la idea de matrimonio tradicional que se ha extendido a las parejas del mismo sexo.

Como antes se indicó, el Tribunal Constitucional ha admitido que la categoría jurídica de la garantía institucional asegura la preservación de un instituto en los términos reconocibles para la imagen que del mismo tiene la colectividad «en cada tiempo y lugar». En concreto, el carácter secular del matrimonio no impide

89 Votos particulares discrepantes de los magistrados Ramón Rodríguez Arribas, Andrés Ollero Tassara y Juan José González Rivas

90 Voto particular discrepante del magistrado Ramón Rodríguez Arribas

91 Ibidem pág. 92

92 Sentencia de la Corte Suprema de Massachussets de 18 de noviembre de 2003

93 Sentencias del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 y de la Corte Suprema de Sudáfrica de 1 de diciembre de 2005.

94 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 27 de julio de 2008

contrastarlo con la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual. Si así fuera, aceptaríamos la menor incidencia de los derechos fundamentales en este ámbito. La constitucionalización del matrimonio tiene el coste de la circunstancia de vivirse en una res publica constitucional en la que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)⁹⁵.

En el contexto de la Constitución normativa, los derechos fundamentales no sólo han de servir de base al sistema político, sino también a la estructuración y contenido de todas las instituciones jurídicas, que son modeladas y condicionadas por la Constitución para asegurar el desarrollo en plenitud de una sociedad democrática ⁹⁶; es decir no se pueden limitar los derechos fundamentales.

La dignidad personal es el valor supremo, la medida del tipo Estado Constitucional. Las categorías e instituciones no deben primar incondicionadamente frente a la persona; en tal caso se estaría colocando el fin por debajo del medio. Esas categorías y esas instituciones, sin negar que quepa una cierta ponderación entre lo personal y lo institucional, adquieren sentido si repercuten en una mayor libertad y sólo se justifican en la medida en que sean capaces de proporcionar un mayor bienestar a los ciudadanos. Como manifestase el Tribunal Supremo de Canadá en su sentencia de 9 de diciembre de 2004 que avaló la constitucionalidad del proyecto de ley federal (Bill C-38) de reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo, las categorías y las instituciones deben estar vivas, esto es, deben servir para dar respuestas válidas a necesidades humanas actuales que tengan cabida en sus previsiones, entendidas de forma intelectualmente honesta y sensata⁹⁷; una vez más se desarrolla el choque que existe entre la institución y valores supremos enmarcados en los derechos fundamentales y los cuales no pueden estar subyugados por las instituciones cuando estos limiten derechos reconocidos.

95 Barrero Ortega, A. (2014). El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?. Revista de estudios políticos, 163, 41-66; <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/54767>

96 Hesse (1995): 47 y ss

97 Barrero Ortega, A. (2014). El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?. Revista de estudios políticos, 163, 41-66; <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/54767>

Hay, en suma, razones para sostener que, respecto a la institución, se ha producido una mutación (Verfassungswandlung) que no es contraria al tenor literal de la Constitución en tanto que el artículo 32 CE soporta esa hipótesis normativa. Aunque la Constitución, al decir en dicho artículo que el hombre y la mujer tienen derecho al matrimonio, quería referirse con toda seguridad a que lo contrajeran entre sí, el precepto admite hoy otra interpretación y otros modelos matrimoniales⁹⁸. Y ello sin forzar la Constitución, sino más bien ahondando en el artículo 14° CE⁹⁹. La STC 198/2012, valiéndose de la expresión del Tribunal Supremo de Canadá, recuerda que¹⁰⁰

«[...] la Constitución es un árbol vivo, que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta».

Aun considerando que en 1978 el constituyente tenía en mente el matrimonio tradicional, también lo es que alumbró un enunciado normativo en el que la fórmula «El hombre y la mujer [...]» del artículo 32 CE, leída en relación con el artículo 14 CE, puede ser interpretada en el sentido de que tanto el hombre como la mujer, iguales en derechos, pueden libremente contraer matrimonio con cualquier hombre o mujer que, con la misma libertad e igualdad, decidan implicarse en esa relación. La libertad y la igualdad a que tienen derecho se refieren no sólo al qué y al cuándo, sino también al con quién. Y la expresión «[...] con plena igualdad jurídica» (art. 32.1) se podría entender como igualmente unos y otros, pero no necesariamente entre sí¹⁰¹. Pudo no pensar en ello el legislador constituyente, pero, desde luego, no lo excluyó¹⁰². Esto se da en el sentido que no se puede saber

98 Barrero Ortega (2007) y Cámara Villar (2011).

99 Pardo Falcón (2011).

100 Ibidem pág.. 101

101 Ibidem

102 La ambigüedad de nuestro artículo 32.1 contrasta con la precisión con la que otros textos constitucionales definen el matrimonio como «la unión libre entre hombre y mujer». Así, la Constitución de Bulgaria (art. 46), Letonia (art. 110), Polonia (art. 18), Cuba (art. 36), Ecuador (art. 67), Nicaragua (art. 72) o Paraguay (art. 51). Recuérdese, de otro lado, el proceso de reforma de algunas Constituciones estatales (Alaska o Hawai) llevado

que nuevas situaciones jurídicas nacerán en el futuro, pero como dice el autor la Constitución no pensó en esa época que pueda darse este tipo de matrimonio, pero su contenido actual si se le puede dar otra interpretación más acorde con los nuevos tiempos que protejan valores fundamentales.

Producida la mutación del ámbito subjetivo y modal del derecho al matrimonio, el legislador ve constreñido su margen de maniobra a la hora de configurar el acceso a la institución. Una regulación legal fundada en la concepción tradicional del matrimonio, en la dualidad de sexos, sería inconstitucional. En este aspecto, la sentencia de la Corte Suprema de Sudáfrica de 1 de diciembre de 2005 declaró que el concepto de matrimonio del Common Law y la Marriage Act eran incompatibles con los artículos 9 y 10 de la Constitución –igualdad y dignidad– ya que no permitían a las parejas homosexuales acceder al status, derechos y obligaciones¹⁰³, de las heterosexuales, concediendo al Parlamento un plazo de un año a fin de corregir la discriminación –Civil Union Act de 14 de noviembre de 2006¹⁰⁴; era muy predecible que sucediera esto en Sudáfrica, teniendo en cuenta que su sistema constitucional es heredado de Gran Bretaña en el cual la protección a los derechos es muy importante; asimismo se va dando la mutación de la institución del matrimonio solo para parejas heterosexuales para parejas del mismo sexo y que la Sentencia del Tribunal Español adoptara en su integro.

La STC 198/2012 opta, sin embargo, por un planteamiento diferente, a medio camino entre la voluntad primigenia del constituyente de 1978 y el elemento evolutivo o la interpretación evolutiva que permitiría al artículo 32 CE adaptarse al cambio social. El Tribunal parte de la consideración de que el artículo 32 CE integra, de un lado, una garantía institucional, la del matrimonio, y, de otro, consagra un derecho, el de contraerlo. Son dos cosas y categorías distintas¹⁰⁵; son

a cabo en los EEUU a fin de reaccionar frente a algunas decisiones judiciales que reconocieron la compatibilidad del matrimonio homosexual o de uniones civiles con dichas Constituciones. Para, en efecto, prohibir o limitar estas uniones, se optó por reformar la Constitución estatal. Sin olvidar la *Defense of Marriage Act*, promulgada por el presidente Bill Clinton el 21 de septiembre de 1996, que define el matrimonio a escala federal como una unión legal entre un hombre y una mujer, o el intento de reforma de la Constitución federal en 2003 a través de la llamada *defense of marriage amendment*

103 Barrero Ortega, A. (2014). El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?. Revista de estudios políticos, 163, 41-66; <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/54767>

104 Presno Linera (2012).

105 Barrero Ortega, A. (2014). El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?. Revista de estudios políticos, 163, 41-66; <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/54767>

categorías diferentes, pero al mismo tiempo en niveles diferentes, debido a que contraer matrimonio es un derecho fundamental y la Institución es solo una garantía otorgada para que perdurara en el tiempo.

La referencia expresa al hombre y a la mujer en el artículo 32 CE no supone, por sí misma, que se reserve a las parejas heterosexuales el acceso al matrimonio. Es una opción legítima del legislador extender a las parejas homosexuales los derechos y deberes propios del matrimonio abriendo la institución, ampliando su ámbito subjetivo y modal.¹⁰⁶

El derecho al matrimonio de hombre y mujer es un derecho fundamental, con un contenido esencial indisponible y vinculante para el legislador, que habrá de ser respetado bajo el control del Tribunal Constitucional. En cambio, el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo no es fundamental, es un derecho *ope legis*; su reconocimiento es una decisión que corresponde en exclusiva tomar al legislador de acuerdo con las posibilidades que ofrece la Constitución y la conciencia social de cada tiempo y lugar, no siendo función del Tribunal Constitucional interferir en ese margen de apreciación del legislador, ni examinar la oportunidad de su reconocimiento legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles¹⁰⁷; este fue el voto de uno de los magistrados que concebía que el derecho fundamental de contraer matrimonio solo está reservado para las parejas heterosexuales, siendo que solo mediante una nueva reforma constitucional se les podía otorgar este derecho; este voto fue en minoría y no fue considerado esencial por la razón que no se puede otorgar ciertos derechos a unos y negarlo a otros si ese fuera el caso estaríamos ante un estado que trata de diferente clase a sus ciudadanos y no todos seríamos iguales ante la Ley y gozaríamos de los mismo derecho; pero en el caso de España se entendido que esto no podía ser así y que todos tenían el derecho a contraer matrimonio; si quisiéramos extender esto a nuestra legislación deberíamos entender que no se le

106 Ibidem

107 El voto particular concurrente de Manuel Aragón lamenta la «valoración positiva» en términos constitucionales de la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales que contiene la opinión mayoritaria. Una valoración que no le parece «propia del enjuiciamiento que el Tribunal debe hacer e incluso contradictoria con otros pasajes de la sentencia en los que se admite que no se incurriría en inconstitucionalidad si el legislador hubiera optado por otra solución distinta a la del matrimonio para garantizar la unión estable de ese tipo de parejas, como ha sucedido en diversos ordenamientos extranjeros [...]».

podría privar de este derecho a contraer matrimonio a nadie, pero la institución natural en nuestra legislación es más asentada y tiene más fuerza que la aplicación de derechos fundamentales.

Que la heterosexualidad sea uno de los principios básicos de la institución matrimonial no significa que no puedan concederse algunos efectos a las uniones homosexuales. Que no exista un derecho fundamental a la unión matrimonial de personas del mismo sexo, no impide que el legislador, en pro de la igualdad constitucional, procure el igualamiento (restringido) de efectos entre uniones matrimoniales y uniones civiles homosexuales. Cuestión distinta, como se acaba de indicar, es que esa equiparación pueda hacerse a través de la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo. No es posible abrir la institución. Cabría la extensión de efectos; no la confusión de instituciones, en la línea del ATC 222/1994 (44). Esta es la línea argumentativa del Estudio del Consejo General del Poder Judicial (2005) y, más matizadamente, del Dictamen del Consejo de Estado (2004) y de los tres votos particulares discrepantes a la STC 198/2012¹⁰⁸

Se entiende que la igualdad constitucional y, más concretamente, la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual (art. 14 in fine) proporciona un sólido argumento para la extensión a las parejas homosexuales de algunos derechos y deberes propios del matrimonio. La regulación de un nuevo modelo de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo encuentra, además, sólido apoyo en diferentes instancias europeas¹⁰⁹. No merece, por tanto, reproche constitucional alguno regular otros modelos de pareja junto al matrimonio.¹¹⁰

Siendo, de otro lado, las uniones homosexuales un modelo de convivencia que responde a una realidad distinta a la del matrimonio heterosexual, la solución jurídica más adecuada habría de ser también distinta. Con instrumentos jurídicos específicos, diferentes del matrimonio, se lograría más eficazmente la equiparación anhelada y, al propio tiempo, se captarían las singularidades de este modelo de

108 Barrero Ortega, A. (2014). El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?. Revista de estudios políticos, 163, 41-66; <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/54767>

109 Así, significativamente, la Resolución del Consejo de Europa de 7 de mayo de 1988, la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 y, más recientemente, el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

110 Barrero Ortega, A. (2014). El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?. Revista de estudios políticos, 163, 41-66; <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/54767>

convivencia. En cambio, la Ley 13/2005 pretende alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos a través de un instrumento inapropiado por cuanto quiebra la imagen maestra del matrimonio. Resulta deseable una normativa específica que aprecie la especificidad de las uniones homosexuales. La ausencia de legislación sobre parejas homo- sexuales es una laguna del Derecho español. Un problema real, sin duda, que merece una solución jurídica adecuada, con un estudio cuidadoso de las numerosas e importantes implicaciones que tiene¹¹¹. Una regulación ad hoc que module, en su caso, las normas que el Código Civil y otras leyes tienen establecidas, partiendo de una realidad diferente¹¹².

Este modelo francés el cual ya no está vigente puesto que ya se aprobó el matrimonio homosexual es el cual se quiere instaurar en nuestra legislación mediante la unión civil no matrimonial; pero que no pudo ser aprobado en el congreso debido a que la Ley era muy similar a la figura del matrimonio y este todavía en el Perú es una Institución Natural reservada para personas heterosexuales; pero la figura francesa de la unión civil y su inscripción es la forma más conveniente para que en nuestro país pueda ser aprobada esta figura.

Frente a esta posición, se podría esgrimir que, no siendo tan evidente que la legalización del matrimonio homosexual implique quiebra de la imagen maestra de la institución y, en cualquier caso, existiendo argumentos constitucionales para que se produzca la irradiación de los derechos fundamentales sobre esa manifestación social típica, ningún reparo suscita la opción del legislador de ampliar el espectro subjetivo y modal la institución. La STC 198/2012 refrenda claramente esta postura ¹¹³.

Cierto es que –se puntualiza– el legislador podría haber recurrido a un instrumento jurídico singular, diferente del matrimonio, para así lograr la equiparación de las uniones homosexuales y, al mismo tiempo, captar más eficazmente sus perfiles singulares, pero no lo es menos que esa opción no viene impuesta por la

111 DCE y ECGPJ.

112 Ibidem

113 Entre la doctrina española, Llamazares Fernández (2008) y Souto Galván (2008). Más recientemente, Matía Portilla (2012).

Constitución. El derecho a la igualdad es el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato. No puede apreciarse vulneración del artículo 14 CE porque igualitaria sea la solución adoptada por el legislador.

El Tribunal Español concluye no solo que la extensión del matrimonio entre personas del mismo sexo un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y a la no discriminación, sino que además establece que la Institución del matrimonio no se estaría quebrantando ni modificando o como se ha señalado que la ha destruido, sino que está cambiando para incorporar a un grupo de personas que se siente que sus derechos son vulnerados por la prohibición de casarse. Es muy importante resaltar que se deja siempre una ventana abierta al señalar que no obstante puede existir un quebrantamiento de la Institución del matrimonio esto no es razón suficiente para que se protejan los derechos fundamentales de las personas que desean contraer matrimonio con personas del mismo sexo.

Es muy importante para nuestro tema y en especial para el debate de nuestro país evaluar lo que sucedió en España cuando en lugar de aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo se propuso usar una figura jurídica similar a la francesa que es la unión civil u otro tipo de unión; pero en este caso se aplicó el artículo 14 para señalar que no es contraria a la constitución extender el matrimonio heterosexual a personas del mismo sexo.

A partir de aquí, existiendo ya una institución destinada a la formalización jurídica del vínculo afectivo entre dos personas y a la que hacer centro de imputación objetiva de los derechos y las obligaciones que la vida en común comporta, la opción de abrirla o extenderla a las uniones homosexuales es legítima y hasta coherente.

B.- SENTENCIA OBERGEFELL VS HODGES 575 US. 2015¹¹⁴ (legalizada y constitucionaliza el matrimonio homosexual en estados unidos de américa)

114 <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Obergefell-v.-Hodges-espa--ol.pdf>

Sentencia emitida por la Corte Suprema de Estados Unidos en la cual se desarrolla la legalidad y constitucionalidad del matrimonio homosexual; pero en este caso la Suprema Corte de Estados Unidos NO DECLARO la legalidad del matrimonio homosexual en todo el país; sino que cabe recordar que Estado Americano tiene sus propias normas y en algunos de ellos (casi la mayoría) se legalizo el matrimonio homosexual, pero cuando estas parejas querían hacer valer en los Estados que no era legal el matrimonio homosexual, se les impedía; es por esta razón que la Suprema Corte declara la legalidad del matrimonio homosexual en los estados que todavía no era legal; así como permite que se convalide el matrimonio de un Estado a otro; esta es una gran diferencia en relación al Sistema Judicial Peruano, Español, Colombiano y otros.

En la presente Sentencia se puede observar que el sistema Constitucional de Norte América se diferencia de nuestro Constituyente en los siguientes aspectos:

En la referida Sentencia la Corte Suprema de Estados Unidos no realiza un análisis de la naturaleza jurídica del matrimonio es decir no le interesa revisar y analizar si el matrimonio es un contrato o un instituto y si esta naturaleza puede posibilitar o denegar el matrimonio entre personas del mismo sexo

Para la Corte Suprema y para todas sus instancias la PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES y Constitucionales que tienen sus ciudadanos y que son consagrada en su Constitución Política está por encima de cualquier otro derecho inferior o actuación de particulares o entidades estatales; esto queda demostrado en la sentencia cuando al proteger los derechos fundamentales de las personas homosexuales a contraer matrimonio, extiende este derecho y ordena que todos los estados se permita dicho matrimonio, incluido en los estados en los cuales por leyes de los propios estado se había prohibido este derecho, sustenta la Corte su DESICIÓN en la PROTECCIÓN de LOS DERECHOS FUNDAMENTALES que esta por encima de cualquier otro norma.

La Corte Suprema América en virtud a su sistema jurídico en toda la Sentencia ha hecho una historia de su JURISPRUDENCIA relacionada a las prohibiciones matrimoniales y las cuales con el tiempo fueron revocadas por otras jurisprudencias las cuales contenían la DEFENSA de DERECHOS

FUNDAMENTALES por encima de cualquier otra norma, interpretación o prohibición.

En vista de lo extenso de la sentencia solo se han transito las partes más importantes:

“Los peticionarios en estos casos intentan hallar esa libertad casándose con alguien de su mismo sexo y logrando que esos matrimonios sean considerados legales en los mismos términos y condiciones que matrimonios entre personas del sexo opuesto”.

“Estos casos provienen de Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee, estados que definen el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer.... Los demandados son funcionarios gubernamentales encargados de poner en vigor las leyes en cuestión. Los peticionarios alegan que los demandados han violado la Decimocuarta Enmienda al negarles su derecho a casarse o a que se le reconozcan plenamente sus matrimonios, válidamente constituidos en otro estado”.

Hay que notar que no es materia de controversia para la Corte Suprema de Estados Unidos y para el sistema americano la discusión jurídica de la naturaleza del matrimonio si este es un contrato o un instituto natural, pero si se menciona que institución ancestral que ha sobrevivido por muchos años; pero su discusión únicamente se va a centrar en determinar si existen derechos constitucionales violados por parte de los entes públicos de cada estado que no reconocen el matrimonio homosexual; lo cual hace denotar la gran diferencia que existe entre nuestra legislación la cual se ha diferenciado la naturaleza jurídica del matrimonio y la anexado al derecho fundamental a contraer matrimonio para que no esta tenga una mayor protección.

“... Esta corte concedió la revisión, aunque limitada a dos interrogantes. La primera, presentada por los casos Michigan y Kentucky, es si la Decimocuarta Enmienda requiere que un Estado autorice un matrimonio entre dos personas del mismo sexo. La segunda, presentada por los casos de Tennessee y, también, de Kentucky, es si la Decimocuarta Enmienda requiere que un estado reconozca un matrimonio entre personas del mismo sexo autorizado y constituido en un estado que sí concede dicho derecho”.

“..., los anales de la historia humana revelan la importancia transcendental del matrimonio. El matrimonio es sagrado para aquellos que viven de acuerdo a sus creencias religiosas y

ofrece una plenitud única a aquellos que encuentran el sentido de su vida en el ámbito secular”.

La Corte Suprema americana si le otorga un valor trascendental al matrimonio en el ámbito religioso, pero es de notar que no se limita a una sola religión sino a la religión de cada persona, es decir a la fe de cada persona la cual le faculta para casarse, en este sentido no solo la iglesia católica es importante el matrimonio, sino en las iglesias protestante, evangélicas y otras.

“La centralidad del matrimonio en la condición humana hace poco sorprendente que la institución haya existido durante miles de años y a lo largo de civilizaciones. Esa historia representa el inicio de estos casos. Los demandados sostienen que también debe representar su fin. Para estos, extender el concepto y estatus legal del matrimonio a dos personas del mismo sexo sería degradar una institución eterna. El matrimonio, desde su punto, es por su propia naturaleza una unión diferenciada por razón de género entre un hombre y una mujer. Esta visión se ha sostenido por mucho tiempo- y continúa sosteniéndose- de buena fe por gente razonable y sincera aquí y alrededor del mundo.”

Los demandados reconocen que el matrimonio es instituto natural eterno, hace recordar a nuestra legislación (la cual si le ha dado dicha calidad en la misma constitución) y en vista que es un instituto natural y eterno solo puede ser permitida la unión de un hombre y una mujer; este es el sustento de los demandados, pero no sustentan si se viola algún derecho de los demandantes; entonces la corte tuvo que revisar derechos sobre instituto.

“Los peticionarios reconocen esta historia, pero sostienen que estos casos no pueden terminar ahí. Si su intención fuera degradar la respetada idea y realidad del matrimonio, los reclamos de los peticionarios serían de otra índole. Por el contrario, lo que subyace en las alegaciones de los peticionarios es la importancia perdurable del matrimonio. Estos sostienen, en todo su punto. Lejos de devaluar el matrimonio, los peticionarios lo procuran para sí mismo, pues respetan – y necesitan- sus privilegios y responsabilidades”.

Puede apreciarse que, en Estados Unidos, no se concebía la idea de legalizar o constituir la unión civil, u otra forma de unión de hecho entre personas del mismo sexo; sino que siempre buscaron el matrimonio igualitario por sus privilegios y responsabilidades, pero se debe apreciar que los demandados reconocen al

matrimonio como institución pero que no es exclusiva para parejas heterosexuales, sino para todos.

Las circunstancias de tres de estos casos ilustra la urgencia del reclamo de los peticionarios desde su perspectiva. El peticionario James Obergefell, uno de los demandantes en el caso de Ohio, conoció a John Arthur alrededor de dos décadas atrás. ... iniciaron una vida juntos. En el 2011, sin embargo, Arthur fue diagnosticado con esclerosis lateral amiotrófica. Obergefell y Arthur decidieron comprometerse el uno al otro, proponiéndose casarse antes de que Arthur falleciera, ...viajaron desde Ohio a Maryland, donde el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal.

Tres meses después, Arthur falleció, La ley de Ohio no le permite a Obergefell aparecer en el certificado de defunción de Arthur como su cónyuge sobreviviente. Por ley debe de permanecer como extraños aún tras la muerte, una separación impuesta por el estado que Obergefell considera “doloroso por el resto del tiempo”. Presentó esta demanda para poder aparecer como el cónyuge sobreviviente en el certificado de defunción de Arthur

April DeBoer y JayneRowse son co-demandantes en el caso de Michigan. Celebraron una ceremonia de compromiso para honrar su relación permanente en el 2007. En el 2009, DeBoer y Rowse cuidaron y luego adoptaron a un bebé. Luego ese mismo año, le dieron la bienvenida a otro hijo en su familia. El nuevo bebé, nacido prematuramente y abandonado por su madre biológica, requería cuidado constante. El año siguiente, una bebé con necesidad especiales se unió a la familia. Michigan, sin embargo, solo le permite adoptar a parejas del sexo opuesto o personas solteras, de manera que cada niño solo puede tener una mujer como su madre legal. Y, de ocurrirle una tragedia a DeBoer o Rowse, la otra no tendría derechos legales sobre los niños que no se les permitió adoptar. Esta pareja busca un remedio para la continua incertidumbre que crea en sus vidas su estatus como solteras

En el segundo caso que la Corte Suprema tiene que revisar para extender el derecho al matrimonio no nace por la insistencia de las dos mujeres por casarse, sino de la preocupación por los hijos que habían adoptado si es que una falleciera y la otra no pueda ser su madre legal, ya que no se permite la adopción de parejas homosexuales; en este caso vemos como una situación ajena al matrimonio hace que sea necesario el matrimonio igualitario para este caso en específico y que la Suprema Corte revisara en virtud a derechos vulnerados.

“Ijpe Dekoe, sargento de primera clase de la Reserva Militar, y su pareja Thomas Kostura, codemandantes en el caso de Tennessee, se enamoraron. En el 2011, DeKoe recibió una

orden para movilizarse hacia Afganistán, -antes de partir, él y Kostura se casarán en Nueva York. Cuando regresó, ambos se ubicaron en Tennessee, donde Dekoe trabaja a tiempo completo en la Reserva Militar. Al residir en Tennessee, quedan despojados de su vínculo matrimonial legal, el cual aparece y desaparece una vez cruzan fronteras estatales.”

“Sus historias demuestran que no buscan denigrar el matrimonio sino vivir, u honrar la memoria de sus cónyuges, unidos por este vínculo”.

La suprema Corte después de revisar la problemática y razón de ser de cada uno de los casos entiende que lo que buscan las parejas, y como lo señala no es denigrar el matrimonio sino honrar la memoria de las personas que tuvieron el ideal de casarse al igual que lo haría una pareja heterosexual; entonces para el sistema americano y para las bases de su democracia el cual está basado en la libertad, en el ideal del famoso sueño americano en donde no existe diferencia es que la Suprema Corte no contempla al matrimonio como un instituto natural solo para hombre y mujer, sino que lo toma como un derecho de contraer matrimonio por todas las personas como manifestación de su libertad y felicidad.

Los orígenes antiguos del matrimonio confirman su centralidad, pero este no ha estado aislado de los desarrollos del Derecho y la sociedad. Dicha institución –incluso dentro de los límites de relaciones entre personas del sexo opuesto – ha evolucionado a través del tiempo.

Como se ha dicho en el párrafo anterior, la Suprema Corte señala que el matrimonio es un Institución la cual no es estática sino dinámica y evoluciona con el ritmo que evoluciona la sociedad; esto se asemeja a la protección de los derechos fundamentales los cuales también son dinámicos y evolucionan conforme la sociedad cambia; ahora comparando con nuestra jurisprudencia y nuestra sociedad, en la cual no han considerado que el matrimonio ha evolucionado sino sigue siendo un instituto natural inmutable; siendo esta la gran diferencia de la realidad jurídica de ambas sociedades en la cual también debemos dejar en claro que el sistema americano es distinto que nuestro sistema germánico-romano.

En los siguientes párrafos la Corte realizara un resumen de la EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO, desde que se permitió que se casen personas de color (negra) con personas blancas y se permite el matrimonio a los presidiarios.

Por ejemplo, el matrimonio fue considerado en un momento dado como el acuerdo entre los padres de una pareja basado en consideraciones políticas, religiosas y económicas; pero para la época en que se fundó la Nación era entendido como un contrato voluntario entre un hombre y una mujer.

La Corte al iniciar con la explicación de la evolución del matrimonio, explica que cuando se fundó los Estados Unidos el matrimonio era considerado un contrato voluntario de un hombre y una mujer en la cual también influenciaban los padres; entonces en dicha nación el matrimonio nunca nació como instituto natural; sino por el contrario siempre fue considerado un contrato el cual solo necesita del consentimiento y la voluntad de los otorgantes para celebrarse; pero que a futuro si se le otorgaría la calidad de institución en virtud de fortalecer la unión entre el hombre y la mujer; esto evidencia que el matrimonio tiene una naturaleza mixta la cual es contrato y instituto

“Una vez el rol y estatus de la mujer cambió, la institución evolucionó aún más. Bajo la doctrina centenaria de la protección, un hombre casado y una mujer eran tratados por el estado como una sola entidad legal dominada por el varón. Cuando la mujer fue obteniendo derechos legales, políticos y patrimoniales, y cuando la sociedad comenzó a entender que las mujeres tienen igual dignidad propia, la doctrina de la protección fue abandonada. Estos y otros desarrollos en la institución del matrimonio a través de los pasados siglos no fueron cambios superficiales. Por el contrario, estos provocaron cambios profundos a su estructura, alterando aspectos del matrimonio que por mucho tiempo fueron considerados como esenciales.”

“Estos nuevos entendimientos han fortalecido, no debilitado, la institución del matrimonio. Ciertamente, los cambios en el entendimiento del matrimonio son característicos de una Nación donde nuevas dimensiones del matrimonio son característicos de una Nación donde nuevas dimensiones de la libertad se hacen aparentes a generaciones nuevas a menudo a través de perspectivas expresadas en reclamos o protestas y que, posteriormente, son consideradas en la esfera política y en el proceso judicial”.

En estos párrafos la Corte Suprema, señala que el matrimonio si es una institución pero ellos la consideran de una forma distinta como se estima en Perú que el matrimonio es instituto natural por lo cual solo está reservado para hombres y mujeres; en cambio en la presente sentencia se aprecia que la institución del matrimonio está referida a la mujer y su rol en el matrimonio, el cual primero fue

de sumisión al hombre pero después evoluciono junto a los derechos de la mujer y esta paso a tener un rol más importante; este cambio permitido que el matrimonio evolucione con cambios en su estructura que permitirán a futuro desarrollar el matrimonio igualitario.

Ahora si lo comparamos con nuestra legislación, como se ha dicho la institución del matrimonio no ha cambiado en su estructura, ni evolucionado; sino sigue siendo igual como se concibió hace muchos atrás; dando lugar a la pregunta, si es posible que el matrimonio como institución evolucione?

“Para finales del siglo XX, luego de desarrollos culturales y políticos sustanciales, las parejas del mismo sexo comenzaron a tener una vida más abierta y pública, así como a establecer familias. Como resultado, controversias sobre los derechos de los gays y lesbianas fueron llegando a las cortes, donde el asunto podía ser abordado dentro del discurso formal de la ley”.

“En este contexto, surgió la pregunta sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el 1993, la Corte Suprema de Hawái resolvió que una ley de Hawái que limitaba el matrimonio a parejas heterosexuales constituía una clasificación sobre sexo y, por ende, estaba sujeta a escrutinio estricto según la Constitución de Hawái. (Baehr v. Lewin Haw, 530, 852 P. 2d 44). Aunque esta decisión no implicó que el matrimonio entre personas del mismo sexo tenía que permitirse, algunos estados se mostraron preocupados por sus implicaciones y reafirmaron en sus leyes que el matrimonio es la unión entre parejas del sexo opuesto. Asimismo, en el 1996, el Congreso aprobó la Ley en Defensa del Matrimonio (DOMA), defendiendo el matrimonio, para propósitos del derecho federal, como “solo la unión legal entre un hombre y una mujer como esposo y esposa”.

En este párrafo la Corte si bien señala como antecedente lo sucedido en el Estado de Hawái, este hecho origino que los Estados y el pueblo Norteamericano de los años 90 (esta sociedad aún era conservadora) estuviera preocupado por la unión matrimonial de personas del mismo sexo, lo cual origino que se creen leyes en cada estado prohibiendo este tipo o clase de matrimonio; pero como señala la Corte en 1996 el Congreso aprueba la Ley DOMA es la unión legal entre un hombre y una mujer; ahora llevemos estos hechos a nuestro país y realicemos una comparación; en nuestra legislación el Código Civil que fue promulgado en el año de 1984 regula en su artículo 234° que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por

un VARÓN y una MUJER legalmente apto para ella¹¹⁵; ambas norma en su núcleo lo que regulan y salvaguardan es que el matrimonio es exclusivo y solo lo pueden contraer un VARON con UNA MUJER, nótese que en el caso peruano se promulgo este artículo en el año 1984 en cambio en Estados Unidos recién en 1996 se da una norma Federal para todos los Estados (también hay que mencionar que en cada Estado se había realizado la misma prohibición), pero esto NO quiere decir que sean nuestra legislación estuviera adelantada a la época; sino que en el Perú la sociedad era más conservadora por la historia política, cultural y religiosa y además no existían movimiento de personas homosexuales que luchan por este derecho.

Una circunstancia muy interesante es que tanto la DOMA como el Código Civil peruano señalaron explícitamente que el matrimonio era entre una Varón y una Mujer, opuesto a lo regulado en la Constitución Española que solo regulo que un hombre y una mujer pueden contraer matrimonio, por lo que cuando se permitió el matrimonio homosexual en España no se necesitó modificar la Constitución y que el propio Tribunal Español después reconoció la Ley como Constitucional.

“En el 2003, la Corte Judicial Suprema de Massachusetts resolvió que su Constitución estatal garantizaba a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio. (Goodridge v. Department of Public Health, 440)”.

“Luego de ese fallo, algunos estados le concedieron derechos matrimoniales a parejas del mismo sexo, ya sea a través de un proceso judicial o legislativo. Hace dos años, en United States v. Windsor, 570 U.S 2013, esta Corte inválido la DOMA en la medida que dicha ley le prohibía al Gobierno Federal tratar a los matrimonios entre personas del mismo sexo como válidos, aun cuando dichos matrimonios eran legales en el estado en el que fueron autorizados. La Corte sostuvo que la Doma menospreció de manera no permisible a las parejas del mismo sexo”.

Se observa que en Estados Unidos los Derechos Fundamentales están por encima de cualquier Ley y así sucedió cuando la Corte de Massachusetts reconoció que su

115 Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Constitución garantiza a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio y a posterior al Corte Suprema también garantiza dicho derecho e inválida la DOMA esto solo en virtud a los DERECHOS FUNDAMENTALES que toda persona tiene y que es deber del estado garantiza y en este caso la Corte reconoció que la DOMA despreciaba las parejas del mismo sexo, es decir las trataba de manera distinta a las otras parejas; estos DEMUESTRA que siempre LOS DERECHOS FUNDAMENTALES prevalecen sobre la LEY pero lo más importante para el trabajo de investigación es que LOS DERECHOS FUNDAMENTALES no son ESTATICOS en el TIEMPO, nacen nuevo se modifican otros pero siempre cambian en función al cambio social, en 1996 la DOMA les negó un derecho que para esa época NO ERA FUNDAMENTAL pero en 2013 la CORTE INVALIDA esa norma al considerar que si VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL a la IGUAL y no ser DESPRECIADO.

“En años recientes, han llegado numerosos casos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo a las Cortes de Apelaciones de Estados Unidos. De conformidad con el deber judicial de basar sus decisiones en razones de principios y discusiones neutrales, sin comentarios despectivos o denigrantes, las cortes han elaborado un importante cuerpo de derecho teniendo en cuenta todos los lados de esta controversia. Esa jurisprudencia ayuda a explicar y formular los principios subyacentes que esta Corte debe considerar..., las cortes apelativas han resuelto que excluir a las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio viola la Constitución. También ha habido muchas decisiones de las cortes de distrito bien pensadas que han atendido el matrimonio entre personas del mismo sexo y, en su mayoría, también, han concluido que las parejas del mismo sexo tienen derecho a casarse.”

En este párrafo podemos encontrar que la Jurisprudencia demuestra que las Cortes de los estados reconocen el Derecho a que las parejas del mismo sexo puedan contraer la institución del matrimonio ya que de lo contrario viola la Constitución; se observa que el DEBATE JURIDICO sobre la INSTITUCIÓN del matrimonio quedo zanjada para Estados Unidos y es que este no es exclusivo del hombre y la mujer como en nuestra sociedad que el Matrimonio se sustenta en la institución que representa el hombre y la mujer, para ellos eso ya es incorrecto porque su jurisprudencia ha permite cambiar esa concepción y aceptar el instituto del matrimonio para todos; pero lo más importante y que es tema central de la presente Tesis es que impedir el matrimonio de personas del mismo sexo VIOLA LA

CONSTITUCIÓN la cual SALVAGUARDA derechos FUNDAMENTALES, por lo que es para Estados Unidos LOS DERECHOS FUNDAMENTALES de su CONSTITUCIÓN es más importante y está por encima de otros normas o prohibiciones.

“Según la Cláusula de Debido Proceso de Ley de la Decimocuarta Enmienda, ningún estado privará a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de la ley. Las libertades fundamentales protegidas por esta cláusula incluyen la mayor parte de los derechos enumerados en la Carta de Derechos. Véase Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, 147-149 (1968).”

“La identificación y protección de derechos fundamentales es un elemento constante del deber judicial de interpretar la Constitución. Sin embargo, esta responsabilidad “no se ha limitado a ninguna fórmula”. Poe' v. "Ullman," 367 U. S. (1961). Por el contrario, requiere que las cortes ejerzan un juicio razonado al identificar aquellos intereses de la persona que, por ser tan fundamentales, el estado los tiene que respetar”.

“Es parte de la naturaleza de la injusticia el hecho de que no necesariamente sea percibida en nuestros tiempos. Las generaciones que escribieron y ratificaron la Carta de Derechos y la Decimocuarta Enmienda no presumían saber el alcance de la libertad en todas sus dimensiones, por lo que le delegaron a las generaciones futuras una carta que protegía el derecho de todas las personas de disfrutar la libertad mientras descubrimos su significado”.

“Aplicando estos principios establecidos, la Corte ha resuelto que el derecho a casarse está protegido por la Constitución. En Loving v. Virginia, 388 U.S. (1967), el cual invalidó prohibiciones a las relaciones interraciales, la Corte unánimemente resolvió que el matrimonio es uno de los derechos personales vitales y esenciales a la consecución ordenada de la felicidad por hombres libres. A través del tiempo, y en otros contextos, la Corte ha reiterado que el derecho a contraer matrimonio es fundamental según la Cláusula del Debido Proceso de Ley”.

En esta parte la Corte señala que ya en el época que se formó su nación y se incorporó la Carta de Derechos Humanos su valor más importante era la Libertad la cual no sería igual para cada tiempo y época pero que les dieron las herramientas para que se pueda disfrutar y proteger; debido a esto es que la Libertad también alcanza el Derecho de las personas del mismo sexo a gozar y disfrutar plenamente de sus derechos fundamentales y dentro de estos el poder contraer matrimonio; si comparamos esta interpretación con nuestra realidad y legislación puedo

encontrar que en el Perú se legisla y norma para la situación actual y no se considera el futuro, esto se evidencia con las 23 Constituciones que tenemos, todas ellas elaboradas por el interés del presidente o caudillo del momento y la gran mayoría copia de la Constitución Española o Francesa, además también se evidencia la distinta tradición jurídica como es la Anglosajona de la Constitución América y nuestra tradición Romana-Germánica de nuestra Constitución.

La Corte garantiza que el DERECHO A CASARSE está protegido por la Constitución; al igual que en el Perú en el cual el Tribunal Constitucional¹¹⁶ también señaló que el Derecho a contraer matrimonio está garantizado en la Constitución como manifestación del libre desarrollo; estas cortes han establecido de manera similar que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental.

En esta parte de la Sentencia La Corte funda su decisión en la protección de la libertad contenida en la cláusula del debido proceso de ley y en la exigencia de igual protección de las leyes de la Enmienda Catorce; pero en nuestro sistema jurídico como el de muchos otros de Latinoamérica y Europa el Debido Proceso está relacionado con la protección de derechos fundamentales referidos a un proceso judicial (también administrativo) como son Derecho a la Defensa, a un Juez predeterminado por la Ley, etc; pero la Corte Americana motiva en virtud a la Cláusula del Debido Proceso fundamental, en el cual ya no solo el debido proceso es una garantía procesal sino una Garantía de defensa de Derechos Fundamentales como la libertad, la vida y la propiedad, que tiene todo ciudadano americano.

En el caso materia de análisis la violación al debido proceso de ley consistió en que se intervino indebidamente con la libertad de las personas demandantes (ya se ha mencionado que el valor y derecho libertad es un derechos supremo en el sistema americano) al impedirseles contraer matrimonio con la persona de su elección. Es de esa garantía de libertad que se deriva el derecho a casarse protegido por la jurisprudencia estadounidense; el Tribunal Supremo como he revisado considero que las leyes impugnadas en el caso constituían una vulneración de la garantía de igualdad de la Enmienda Catorce.

116 STC N° 2868-2004-AA

CLAUSULA DEL DEBIDO PROCESO

El debido proceso fundamental es una teoría del derecho americano por medio de la cual los tribunales establecen límites al poder y autoridad del gobierno.

Esta teoría nace de la jurisprudencia estadounidense (en vista que su sistema judicial a diferencia del nuestro se sustenta en la Costumbre y Jurisprudencia), en donde los tribunales desarrollan la cláusula del debido proceso que procede *de las enmiendas quinta y decimocuarta, que prohíben a los gobiernos federal y estatales, respectivamente, privar a cualquier persona de la «vida, libertad o propiedad, sin el proceso debido de la ley.»*¹¹⁷

Así, la cláusula del debido proceso fundamental marca la diferencia entre, por un lado, los actos de las personas de naturaleza pública o privada que el tribunal establece que son objeto de regulación pública o legislación, y por otro los actos que los tribunales sitúan más allá del alcance de cualquier regulación gubernamental.

El debido proceso fundamental o cláusula del debido proceso es distinto del debido proceso procesal, el cual es utilizando en la mayoría de países como garantía de todo ciudadano que se respeten sus derechos procesales en la tramitación de un proceso judicial; es decir que se garantice un debido proceso. La diferencia entre el fundamental y el procesal procede del detalle de la frase «proceso debido *de la ley*»¹¹⁸; el cual es exclusivo de la jurisprudencia estadounidense. El objetivo del Debido Proceso procesal es proteger a los individuos del poder coercitivo del gobierno asegurando que los procesos de decisión se rijan por leyes válidas imparciales y justas.¹¹⁹ En cambio el objetivo del Debido Proceso fundamental es proteger a los individuos contra la promulgación de políticas para la mayoría que traspasen el límite de lo que es la autoridad gubernamental, los tribunales establecen que la promulgación de la mayoría *no* es ley, y no puede imponerse como tal, a pesar de lo justo que sea el proceso de imposición¹²⁰; es decir que esa

117 Enmienda V de la constitución de EEUU y Enmienda XIV de la constitución de EEUU

118 Sandefur, Timothy (2010). *The Right to Earn a Living: Economic Freedom and the Law*. Washington, D.C.: Cato Institute. pp. 90-100.

119 Sandefur, Timothy (2010). *The Right to Earn a Living: Economic Freedom and the Law*. Washington, D.C.: Cato Institute. pp. 90-100.

120 Sandefur, Timothy (2010). *The Right to Earn a Living: Economic Freedom and the Law*. Washington, D.C.: Cato Institute. pp. 90-100.

Ley que se promulgue no violen los principios supremos de libertad, vida, propiedad; y en el caso específico el Tribunal comprobó que la leyes que prohibían el matrimonio de personas del mismo sexo violaban el DERECHO a la LIBERTAD que tiene todo ciudadano de desarrollar su personalidad y de la felicidad; asimismo para llegar a esta conclusión el Tribunal realizó una breve historia de los casos en que una ley prohibió el matrimonio como por ejemplo entre personas de diferente color o personas encarceladas y se comprobó en todos los casos la violación a la LIBERTAD garantizada por la Constitución y las enmiendas.

El término «debido proceso fundamental» se usó por primera vez explícitamente en las compilaciones legales de los años 1930 como una distinción en la catalogación de casos de procesos debidos seleccionados, y ya en 1950 se había mencionado doce veces en las opiniones de la Corte Suprema¹²¹. El término debido proceso fundamental se usa comúnmente en dos sentidos: el primero para identificar la línea de un caso, y el segundo para indicar una actitud política particular hacia las revisiones judiciales por medio de las dos cláusulas del debido proceso¹²².

Muchos litigios de debido proceso fundamental implican cuestionamientos legislativos de derechos; buscan un resultado particular en lugar de una mera apelación del procedimiento y sus efectos, en los casos que tienen éxito la Corte Suprema reconoce que se basan constitucionalmente en la libertad lo que entonces invalida las leyes que limiten esa libertad haciéndolas inejecutables o limitando su alcance¹²³.

En virtud que no existe mucha literatura en idioma español respecto al Debido Proceso Fundamental o Clausula del Debido Proceso; es necesario transcribir parte de un artículo en el cual se hace mención del Debido Proceso:

Debido Proceso Fundamental o Cláusula del Debido Proceso (estrato del artículo El Debido Proceso en la Constitución)¹²⁴

121 White, G. Edward (2000). *The Constitution and the New Deal*. Cambridge, MA: Harvard University Press. pp..259

122 White, G. Edward (2000). *The Constitution and the New Deal*. Cambridge, MA: Harvard University Press. Pp 244-246

123 White, G. Edward (2000). *The Constitution and the New Deal*. Cambridge, MA: Harvard University Press. Pp 244-246

124 El Debido Proceso en la Constitución, Alberto Wray; http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/El_debido_proceso_en_la_constitucion.pdf

Aunque ausente del texto original de la Constitución de los Estados Unidos, la expresión ‘debido proceso’ se introdujo en la 5ta. Enmienda (1791), a modo de garantía de los ciudadanos frente al poder del gobierno federal: “(A ninguna persona) ... podrá obligársele a testificar contra sí misma en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley; ni podrá privársele de su propiedad para darle un uso público sin una justa compensación” La misma expresión volvió a emplearse en la 14ta. Enmienda, vigente desde 1868, para garantizar los derechos de los ciudadanos frente al poder de los estados: “Ningún estado podrá expedir o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso de ley, ni podrá negarle a una persona sujeta a su jurisdicción la protección de las leyes en condiciones de igualdad” Estos enunciados generales han dado lugar a un desarrollo amplísimo del debido proceso por los tribunales, no exento de polémica.

En 1856, una Corte de Nueva York utilizó una cláusula de la Constitución esta tal en la que se aludía al debido proceso, como fundamento para declarar inconstitucional una ley que prohibía la venta de licor¹²⁵. Fue la primera ocasión en la que se estableció la tesis según la cual el examen acerca de la idoneidad jurídica de los procedimientos para limitar un derecho era en último término de competencia judicial y podía, por consiguiente, aplicarse a los aspectos sustantivos, es decir al contenido mismo de las leyes. En otros términos, no era debido proceso “de ley” cualquiera que la ley estableciese, sino solamente aquél que reuniera ciertos requisitos. La tesis fue acogida por la Corte Suprema en 1884 ¹²⁶ y sirvió básicamente para cuestionar la imperatividad de leyes limitativas de la propiedad¹²⁷ y de la libertad de contratación¹²⁸. La preocupación de la Corte se desplazó a partir de 1925 a los derechos y libertades civiles no relacionados con la propiedad, cuando en histórica decisión, utilizó el principio del debido proceso establecido por la decimacuarta enmienda, para hacer valer contra los estados los derechos y garantías civiles

125 Wynehamer y. People, 13 N.Y 358 (1856)

126 Hurtado y. California, 110 U.S. 516 (1884)

127 Chicago, M. & St. P. Ry. Co. y. Minnesota, 134 US. 418 (1890)

128 Allgeyer y. Louisiana. 165 U.S. 578 (1897)

*reconocidos por la primera enmienda*¹²⁹. Quedó así abierto el camino para las más recientes decisiones mediante las cuales el principio del debido proceso ha servido para ampliar el alcance del derecho a la intimidad personal (privacy) relacionándolo con las decisiones relativas al aborto¹³⁰, al uso de anticonceptivos¹³¹ y al llamado derecho a morir¹³². La amplitud del concepto ha obligado a la doctrina constitucional estadounidense a distinguir entre el debido proceso sustantivo (substantive due process) y el propiamente procesal (procedural due process). El primero se refiere al contenido o a la materia del acto de poder, sea ley o decisión administrativa. El segundo alude a la forma o manera mediante la cual se llega a la adopción de las decisiones administrativas o judiciales con las que se limita o se afecta un derecho. En ambos casos, un órgano judicial debe decidir si el acto de poder, en su forma o en su contenido, ha sido injusto, irracional o arbitrario¹³³, es decir, si satisface o no los requerimientos del “debido proceso”.

Como se dijo, la evolución dual del concepto debido proceso, su empleo a manera de paradigma para definir la validez constitucional tanto de las actuaciones administrativas como del contenido de las leyes, solamente ha sido posible a partir de la aceptación del principio en cuya virtud no por hallarse previsto en la ley, cualquier procedimiento se convierte en jurídicamente idóneo. Esta constatación conduce a su vez a un nuevo interrogante: ¿Si no depende de la voluntad del legislador y si su contenido no está detallado en la Constitución, en qué consiste el debido proceso? La respuesta puede resumirse en los enunciados siguientes:

a) *Las reglas del debido proceso aluden siempre a la forma en que se priva a una persona de un derecho sustantivo, o se lo limita*¹³⁴. Esto es evidente en el caso del llamado debido proceso procedimental, pero no lo es tanto cuando se examina el caso del debido proceso sustantivo, el cual conduce a una reflexión acerca del alcance o contenido del derecho subjetivo en cuestión: la intimidad, la propiedad. Sin embargo,

129 Gitlow y. New York, 268 US. 652 (1925)

130 Roe y. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

131 Griswold y. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

132 Cruzan y. Missouri Department of Health, 497 U.S. 26] (1990)

133 Henry J. ABRAHAM, The judiciary: the Supreme Court in the Governmental Process, New York University Press, 1996, págs. 118, 119.

134 “Las reglas del debido proceso existen para proteger a las personas no de la privación misma del derecho, sino de la privación injusta o indebida de la vida, la libertad o la propiedad”, Carey y. Phipps, 435 U.S. 247, 259 (1978)

*las razones por la cuales se llega a esa reflexión sobre el derecho subjetivo tienen que ver exclusivamente con la necesidad de averiguar si determinado acto de poder, adoptado sin algún requisito procedimental, afecta o no un derecho subjetivo concreto: ¿está el derecho a percibir ciertos beneficios de la seguridad social, comprendido dentro de la noción de propiedad? Este tipo de discusión en los tribunales estadounidenses tiene el propósito de determinar si para declarar inelegible a una persona deben o no observarse ciertos requisitos de forma, indispensables cuando se trata de privar de la propiedad o de limitarla*¹³⁵

*b) De esta manera, la forma adquiere importancia en cuanto se constituye en instrumento para la protección eficaz de un derecho sustantivo*¹³⁶

c) Como se trata de una garantía funcional, el concepto de debido proceso no puede reducirse a un número predeterminado de reglas fijas, sino que en cada tipo de situación se manifestará de la manera en que las circunstancias lo exijan para garantizar de modo eficaz el respeto al derecho sustantivo

*d) Pueden, sin embargo, enunciarse ciertas cualidades o exigencias básicas, a partir de las cuales podría examinarse si una determinada manera de obrar corresponde o no al concepto “debido proceso”*¹³⁷

e) Tal examen puede recaer en las actuaciones de cualquier órgano de poder: si se trata de uno de las ramas judicial o administrativa, la referencia inmediata será, de ordinario, la ley; pero también es posible someter a examen a la ley misma, con el

135 Mitchell y. WT Grant Co., 416 U.S. 600, 604 (1975)

136 “Lo que significa el debido proceso de ley, depende de las circunstancias. Varía con la materia y con las necesidades de la situación. El debido proceso de ley es aquél en el cual las formas que deben observarse resultan apropiadas para el caso y justas para las partes. Debe ser el procedimiento que generalmente se observa para situaciones análogas y debe adaptarse al propósito perseguido. Siempre que sea necesario para la protección de las partes, debe ofrecerles la oportunidad de ser oídas respecto de la justicia del pronunciamiento en cuestión. Cualquier procedimiento observado por una autoridad pública, sancionado por la costumbre o establecido por la discreción del poder legislativo que preserve estos principios de libertad y justicia, debe tenerse como el debido proceso de ley. Hurtado California, 110 U.S. 516, 537 (1884).

137 “La identificación de las exigencias específicas del debido proceso, generalmente requiere de la consideración de tres factores distintos: primero, el interés privado que se verá afectado por la acción oficial; el riesgo de afectar erróneamente ese interés mediante el procedimiento empleado y la valoración probable, si existen, de otros medios procedimentales y, finalmente, de protección el interés del Gobierno, incluida la función desempeñada o

el propósito perseguido, así como la carga fiscal y administrativa que el empleo de procedimientos adicionales o sustitutivos generaría.” Mathews i Eldridge, 424 US. 319, 335 (1976)

propósito de verificar si el procedimiento establecido en ella para limitar un derecho o para extinguirlo, satisface o no esas exigencias básicas.

-Después de revisar el debido proceso en el sistema americano es necesario seguir analizando la Sentencia emitida por la Corte Suprema de Estados Unidos

*“Sin embargo, hay otros precedentes más instructivos. Casos de esta Corte han expresado principios constitucionales de alcance más amplio. **Al definir el derecho a casarse, estos casos han identificado atributos esenciales de ese derecho basándose en la historia. La tradición y otras libertades constitucionales inherentes a este vínculo íntimo.** La Corte, al evaluar si la fuerza y razonamiento de sus casos aplican a las parejas del mismo sexo, debe respetar las razones básicas por las que el derecho a contraer matrimonio ha sido protegido”.*

“Este análisis obliga a concluir que las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho a contraer matrimonio. Los cuatro principios y tradiciones que se discutirán demuestran que las razones por las que el matrimonio es fundamental en la Constitución aplican con igual fuerza a las parejas del mismo sexo”.

“Entre los precedentes relevantes de la Corte, una de las primeras premisas es que el derecho a la decisión personal con respecto al matrimonio es inherente al concepto de la autonomía individual. Es por esta conexión permanente entre el matrimonio y la libertad que Loving invalidó las prohibiciones al matrimonio interracial bajo la Cláusula de Debido Proceso..., las decisiones sobre el matrimonio están entre las más íntimas que un individuo puede tomar. Véase Lawrence. En efecto, la Corte ha señalado que sería contradictorio “reconocer el derecho a la privacidad con respecto a otros asuntos de la vida familiar y no con respecto a la decisión de entrar en la relación que es la base de la familia en nuestra sociedad”. Zablocki, “supra,” en “la” pág.”386.”

En estos primeros párrafos se aprecia el derecho a la libertad como un derecho supremo en el sistema judicial y constitucional americano y que en otros países es un derecho fundamental no es marcadamente el principal, como es el caso de nuestro sistema constitucional el cual fue elaborado a semejanza del sistema español en el cual derecho fundamental supremo es la dignidad del ser humano si bien ambos se relacionan y llegan al mismo fin el cual es permitir el disfrute de todos los derechos por el ser humano en el primer caso para el tipo de sistema judicial americano es muy valioso el derecho a la libertad al momento de resolver algún conflicto jurídico que limite el disfrute de algún derecho fundamental.

Las decisiones sobre el matrimonio moldean el destino de un individuo. Como ha explicado la Corte Judicial Suprema de Massachusetts, debido a que cumple anhelos de seguridad, refugio seguro, y la conexión que expresa nuestra humanidad compartida, el matrimonio civil es una institución estimada, y la decisión de si y con quién casarse está entre los actos cruciales de autodefinición de la vida. Goodridge,"440 Mass.

La naturaleza del matrimonio es tal que, a través de su vínculo permanente, dos personas pueden encontrar juntas otras libertades, como la expresión, la intimidad y la espiritualidad. Hay dignidad tanto en la unión entre dos hombres o dos mujeres que buscan casarse como en su autonomía para tomar decisiones tan profundas. C f. Loving.

La Suprema Corte realiza una interpretación muy buena sobre la institución del matrimonio al resaltar que no se puede negar que el matrimonio es un instituto y muy importante pero dentro de ese instituto existe una decisión crucial que es la elección de con quien casarse en donde no se puede negar que es válido que se puedan casar tanto hombre con otro hombre como con otro mujer y viceversa ya que es un derecho fundamental elegir con quien se debe casar; plasmando esta determinación jurídica a nuestro sistema constitucional debemos considerar que el derecho a elegir con quien casarse es totalmente constitucional y amparado por el tribunal constitucional pero nuestra constitución considera al matrimonio un instituto natural el cual por doctrina se define que esta solo limitado al hombre y la mujer por lo que impide que se pueda extender a parejas del mismo sexo, pero abre la posibilidad a la unión civil.

“Y en Turner, la Corte reconoció una vez más la relación íntima protegida por este derecho y resolvió que a los presos no se les podía negar el derecho a casarse porque sus relaciones satisfacían las razones básicas por las cuales el matrimonio es un derecho fundamental. Véase 482 U. S., en las págs. 95-96. De esta manera, el derecho a contraer matrimonio dignifica a las parejas que “desean definirse a sí mismas por su compromiso entre sí.”

“Según reconoció esta Corte en Lawrence, las parejas del mismo sexo tienen los mismos derechos que las parejas de distinto sexo de disfrutar de una asociación íntima. Pero mientras Lawrence confirmó una dimensión de la libertad que permite a los individuos participar en una relación íntima sin responsabilidad penal, esa libertad no se detiene allí. Prohibir el rechazo puede ser un paso adelante, pero no cumple completamente la promesa de libertad”.

Como se puede observar el bien jurídico liberta es esencial en el sistema constitucional americano, ya que por medio de este se puede garantizar que la

persona se le trate con dignidad y se respete el derecho a disfrutar de todos sus derechos fundamentales.

“Excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio, por lo tanto, entra en conflicto con una premisa central del derecho a contraer matrimonio. Sin el reconocimiento, estabilidad y predictibilidad que el matrimonio ofrece, sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera inferiores”.

“Esto no quiere decir que el derecho a contraer matrimonio es menos significativo para los que no tienen o no pueden tener hijos. La capacidad, el deseo o la promesa de procrear no es ni ha sido un requisito previo para que un matrimonio sea válido en ningún estado. A la luz de los precedentes que protegen el derecho de una pareja casada a no procrear, no se puede decir que la Corte o los estados han condicionado el derecho a contraer matrimonio a la capacidad o el compromiso de procrear”.

En estos párrafos se reafirma que el derecho central que engloba al matrimonio es el derecho a contraerlo del cual se desprenden las variantes con quien casarse y cuando casarse, es por esto que se les extiende el derecho a personas del mismo sexo, puesto que ellas también tienen derecho a elegir con quien casarse además esto se relaciona con su derecho a la libertad el cual les garantiza la libertad de poder disfrutar de todos sus derechos y mediante ellos llegar a la satisfacción como personas siempre que no infrinjan las normas. Adicionalmente es importante resaltar que el fin del matrimonio no es la procreación como así lo señala el misma Corte Suprema americana sino formar un lazo de unión que conlleve al disfrute de sus derechos, igualmente limitar el matrimonio al requisito de la procreación afecta la esfera personal y los derechos que esta engloba en donde las parejas heterosexuales sin hijos también estarían siendo afectadas por un requisito previo totalmente errado.

“Limitar el matrimonio a las parejas del sexo opuesto pudo haber parecido natural y justo, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio es ahora evidente. Con esto en cuenta debe llegar el reconocimiento de que las leyes que excluyen las parejas del mismo sexo del derecho a contraer matrimonio imponen un estigma y estragos que nuestra Constitución prohíbe”.

En este extremo tiene mucha similitud con la Sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional Español en donde ambos coinciden en resaltar que en la fecha que

fue instaurado el matrimonio solo se consideraba a parejas heterosexuales y eso era justo pero con el paso de los años se fueron dando situaciones en las cuales se tuvo que interpretar que el matrimonio ya no era exclusivo de las parejas heterosexuales sino que abarca a las parejas del mismo sexo y que lo opuesto solo vulnera derechos que la Constitución no pueda pasar por alto y que debe salvaguardar.

“El derecho a contraer matrimonio es fundamental como una cuestión de historia y tradición, pero los derechos no provienen de fuentes antiguas solamente. Surgen, también, de un entendimiento mejor informado sobre cómo los imperativos constitucionales definen una libertad que sigue siendo urgente en nuestra propia época. Muchos de los que consideran equivocado el matrimonio entre personas del mismo sexo llegan a esa conclusión basándose en premisas religiosas o filosóficas decentes y honrosas, y ni ellos ni sus creencias están siendo menospreciadas aquí. Pero cuando esa sincera oposición personal se convierte en ley y en política pública, la consecuencia lógica es que el propio Estado da cierto imprimatur a una exclusión que pronto degrada o estigmatiza a aquellos cuya libertad es denegada”.

“El derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, que es parte de la libertad prometida por la Decimocuarta Enmienda, se deriva también de la promesa de igual protección de las leyes de esa Enmienda. La Cláusula de Debido Proceso y la Cláusula de Igual Protección están conectadas de una forma profunda, a pesar de que establecen principios independientes. En cualquier caso particular, una cláusula puede pensarse que captura la esencia del derecho de una manera más precisa y completa, aun cuando las dos cláusulas pueden converger en la identificación y definición del derecho. Véase M. L. B., 519 U.S., (Kennedy, opinión concurrente); Bearden v. Georgia, 461 U.S. (1983). Esta interrelación de los dos principios amplía nuestro entendimiento de qué es la libertad y en qué debe convertirse”.

“Esta dinámica también le aplica al matrimonio entre parejas del mismo sexo. Está ahora claro que las leyes impugnadas agobian la libertad de parejas del mismo sexo, pero además se debe reconocer que estas coartan preceptos centrales de igualdad. Las leyes de matrimonio impuestas por los recurridos son, en esencia, desiguales: a las parejas del mismo sexo le son negados todos los beneficios que le son otorgados a parejas del sexo opuesto, y les es prohibido ejercitar un derecho fundamental. Especialmente debido a una larga historia de desaprobación de sus relaciones, este rechazo a las parejas del mismo sexo del derecho a contraer matrimonio causa un grave y continuo daño. La imposición de ese impedimento a los gais y las lesbianas provoca que se les falta el respeto y se les subordine. La Cláusula de

Igual Protección, como la Cláusula de Debido Proceso, prohíben esta infracción al derecho fundamental de contraer matrimonio. Véase, e.g., Zablocki”

“Estas consideraciones llevan a la conclusión de que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental inherente a la libertad de las personas y, bajo las cláusulas de Debido Proceso e Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda, las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de ese derecho y de esa libertad. La Corte ahora establece que las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho fundamental a contraer matrimonio. Ya no se les podrá negar esta libertad. Baker v. Nelson debe ser y es ahora revocado, y las leyes impugnadas por los peticionarios en estos casos son ahora declaradas inválidas en la medida en que excluyen a las parejas del mismo sexo del matrimonio civil bajo los mismos términos y condiciones que las parejas de sexo opuesto”.

Como ultima comentario debe señalar que la presente sentencia ha sido elaborada desde el ámbito constitucional el cual siempre resolvió favorable al ejercicio de los derechos fundamentales en especial al derecho a la libertad y respeto de la dignidad en todos los casos en los cuales por diversos motivos se prohibió el matrimonio a un grupo de personas, permitiendo que estos puedan casarse y el presente caso del matrimonio entre personas del mismo sexo no es la diferencia ya que en sistema en donde los derechos son totalmente respetados la Corte Suprema no pudo ser indiferente a la petición que hace un grupo de personas cuando no pueden ejercer libremente sus derechos, por lo que en virtud a su historia y la jurisprudencia que se ha emitido dura dicha historia es que resuelven por los derechos fundamentales de las personas del mismo sexo, sobre el instituto del matrimonio; situación que en nuestro país no se puede dar en virtud de la forma como se ha tratado al matrimonio durante nuestra historia constitucional.

En los últimos párrafos de la Sentencia se observa que la Corte Suprema de Estados Unidos resalta los derechos que su Constitución y sus enmiendas garantiza, esto en vista que este caso tan emblemático para Estados Unidos ha puesto en relieve los derechos fundamentales sobre cualquier instituto y esto es claramente obvio desde el punto de vista jurídico ya que siempre debe estar por encima los derechos que la Constitución garantiza sobre cualquier otra circunstancia que pueda generar que no se disfrute libremente de estos derechos y que además genere un tipo de discriminación; esto además guarda relación con las demás sentencias de otros Cortes o Tribunales Constitucionales en los cuales

también realizan la misma ponderación entre si el Matrimonio como Instituto es inmutable y esta inmutabilidad no acarrea el disfrute de los derechos fundamentales contra la posición contraria la cual es que el Derecho al libre desarrollo de la personalidad, de la dignidad y no discriminación están por encima del Instituto natural del matrimonio y por lo tanto este si se puede extender a personas del mismo sexo ya que el instituto no se está desnaturalizando sino evolucionando e incorporando un nuevo elemento que lo hace valido y por encima lo hace más humano ya que le reconoce derechos a un grupo de personas que antes no tenían derechos.

“Por supuesto, la Constitución contempla la democracia como el proceso apropiado para el cambio, siempre y cuando ese proceso no limite los derechos fundamentales. Pero como también se dijo en Schuette, “[la libertad garantizada por la Constitución consiste, en una de sus dimensiones esenciales, del derecho del individuo en no ser afectado por el ejercicio ilegal del poder gubernamental”. Id., en ___(op., en la pág. 17). Por lo tanto, cuando los derechos de las personas son violados, “la Constitución exige un remedio por parte de las cortes”, a pesar del gran valor general de las decisiones democráticas.”

“La dinámica de nuestro sistema constitucional es que los individuos no tienen por qué esperar acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental. Un individuo puede invocar un derecho a la protección constitucional cuando él o ella se ve perjudicado o perjudicada, incluso si el público más amplio no está de acuerdo e incluso si la legislatura se niega a actuar. La idea de la Constitución “fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de las controversias políticas, para colocarlos fuera del alcance de las mayorías y de los funcionarios y establecerlos como principios legales a ser aplicados por las cortes”. Es por esto que “los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; ellos no dependen de ningún resultado electoral”. El asunto aquí ante la Corte es la interrogante jurídica de si la Constitución protege el derecho de las parejas del mismo sexo a casarse.”

Estos párrafos demuestran la protección que el sistema judicial le otorga a cada individuo cuando su derecho ha sido vulnerado o no puede disfrutar de este; es importante señalar que la Constitución Americana garantiza que no sea necesaria la emisión de una Ley o haya discusión política cuando a derechos fundamentales se refiere ya que cada ciudadano puede solicitar la defensa de su derecho, caso contrario al de nuestra sociedad en el cual si bien es cierto existen mecanismos para la protección de derechos fundamentales hay circunstancias que generan que

previamente se emita una Ley para que la protección a esos derechos se materialice, también hay que resaltar que nosotros tenemos un modelo judicial y constitucional diferente al de Estados Unidos de América.

“Los demandados también plantean que permitir que las parejas del mismo sexo se casen afectará el matrimonio como institución pues conducirá a menos matrimonios del sexo opuesto. Esto puede ocurrir, afirman los demandados, porque la concesión de licencias a matrimonios del mismo sexo corta la relación entre la procreación natural y el matrimonio”.

“De hecho, con respecto a estos fundamentos para excluir a las parejas del mismo sexo del derecho a casarse, es apropiado notar que estos casos solo envuelven el derecho de dos adultos cuyo matrimonio por consentimiento no presenta ningún riesgo para ellos mismos o terceros”.

“Por último, hay que señalar que las religiones, y los que se adhieren a doctrinas religiosas, pueden continuar abogando con suma y sincera convicción que, según los preceptos divinos, el matrimonio entre personas del mismo sexo no debe ser condonado. La Primera Enmienda garantiza que a las organizaciones y personas religiosas se les dé una protección adecuada en su intento de enseñar los principios tan plenos y centrales en sus vidas y creencias, y para sus propias aspiraciones por continuar la estructura familiar que han venerado por tanto tiempo”.

Estos últimos párrafos demuestran que tanto en nuestro país como en USA los opositores a la unión civil y en el caso en concreto al matrimonio entre personas del mismo sexo tienen los mismos argumentos para su no aprobación lo cual es válido en la medida que ellos también ejercen sus derechos; pero si analizamos el tema desde una esfera únicamente jurídica nos podemos dar cuenta que los derechos fundamentales no pueden ser reprimido ni evitar que sean disfrutados por todos los ciudadanos.

CAPITULO IV.- INSTUTO DEL MATRIMONIO

CAPITULO I.- CONCEPTO DE INSTITUCIÓN

En el capítulo segundo del presente trabajo de investigación, en el acápite de naturaleza jurídica se mencionó de forma resumida el matrimonio como Institución o Instituto (Instituto del matrimonio), el cual es de fundamental importancia para el presente trabajo de investigación, a efecto de poder determinar si la naturaleza de instituto le impide a las parejas del mismo sexo solicitar el matrimonio igualitario o por el contrario basta solo con la vulneración al derecho del libre desarrollo para imponerse a la institución del matrimonio como se conocer para aprobar el matrimonio igualitario; esto además debe considerar que en el PERÚ el matrimonio tiene una naturaleza mixta es decir es INSTITUCIÓN (INSTITUTO) y CONTRATO al mismo tiempo, esto debido a que tiene elementos y características de ambos; que lo otorgan esta particularidad que solo se encuentra en escasos países como en el nuestro.

Como se explicó en el Capítulo II, el matrimonio como institución o instituto significa, el conjunto de normas que rigen un matrimonio y el cual se ha plasmado en un Código y en nuestro caso en el Código Civil; asimismo también se describe en el mismo capítulo la Historia del Matrimonio en el país y las normas que lo han regido desde sus inicios, las cuales naturalmente han ido cambiado y evolucionando (desde que solo era regulado solo por la iglesia católica, hasta la regulación civil) conforme los tiempos iban cambiando en orden con los cambio social que sucedieron a lo largo de la historia del Perú.

Es bueno también mencionar que una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad; que en el caso buscaría legislar las relaciones de las parejas y su implicancia en la sociedad.

El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto los diferentes preceptos que lo regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los

consortes, persiguen la misma finalidad, al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas¹³⁸.

Según Hauriou, Institución es “una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos”; esta definición podemos aplicarla exactamente al matrimonio, precisando los siguientes elementos:

El matrimonio es una idea de obra que se realiza y tiene permanencia jurídica dentro de un medio social determinado como es nuestro territorio en el cual el matrimonio tiene validez; por virtud del matrimonio se organiza un poder que requiere órganos, como son los consortes o uno de ellos, según se estableció en la regulación romana del paterfamilias y como también está en nuestra legislación.

Los miembros de la institución matrimonial persiguen finalidades comunes (ej, tener hijos, adquirir bienes), para cuyo efecto se establecen actividades recíprocas.

Entonces se puede definir que el Matrimonio es un Instituto, porque busca que exista una regulación normativa que contenga al matrimonio de forma expresa, así como las obligaciones de los cónyuges, sus derechos y en especial, que contenga cual es la finalidad en conjunta que desean lograr los cónyuges al unirse en matrimonio.

Después de haber desarrollado un concepto; podemos determinar que todavía no existe fundamento para establecer que el matrimonio como instituto sea una limitación para que pueda aprobarse el matrimonio de mismas personas del mismo sexo, ya que los elementos que se aplican para dotar al matrimonio con la calidad de Instituto también pueden ser logrados por personas del mismo sexo, siendo su única limitación la reproducción.

CAPITULO II - NOCIONES Y CLASIFICACIÓN DE INSTITUCIÓN. -

138 Rojino Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Ed. Porrúa, S.A, México, 1984, pág. 210

Existen autores que sostienen que el matrimonio no es un contrato, reconocen que existe acuerdo de voluntades e incluso que este acuerdo es fundamental, de tal manera que sin él no hay matrimonio (así lo señala el Art. 259° del Código Civil). Al mismo tiempo sostienen que no es la libre voluntad del hombre la que viene a determinar las obligaciones que nacen del matrimonio, sino que dichas obligaciones y derechos, vale decir, los efectos del matrimonio son determinados por la ley, con independencia de la voluntad de los contrayentes, por lo que éstos sólo se adhieren a una institución. Esta doctrina del matrimonio-institución empieza a vislumbrarse en el año 1902; puesto que más antes la iglesia era el ente que se ocupaba del tema del matrimonio.

El profesor Lefebvre -de la Facultad de Derecho de París- en un artículo publicado en la Nueva Revista Histórica del Derecho, manifiesta que la unión conyugal no es ni puede ser concebido como un derecho común verdaderamente contractual. El estado matrimonial con sus deberes trazados por la ley no es semejante a las obligaciones convencionales. Existe - en el matrimonio - algo no menos esencial que el consentimiento, que va más allá que la doble voluntad: la autoridad divina en el sacramento y la autoridad social en el matrimonio civil. “La institución del matrimonio - concluye - no es más que la unión natural disciplinada y consagrada en el estado social como unión legítima, pero consagrada y disciplinada por vía de autoridad; no por vía de contrato”¹³⁹. Este criterio para apreciar jurídicamente el matrimonio es una aplicación a un caso particular de una doctrina formulada, en un comienzo, con objetivos distintos y para casos diferentes, la cual fue poco a poco tomando vuelo entre los pensadores del derecho y aplicándose a casi toda la ciencia jurídica. Posiblemente sean los juristas alemanes los primeros que vislumbraron esta teoría de la institución, pero sin llegar a formularla de una manera precisa y casi, podríamos decir, sin tocarla; pero que la siguen manteniendo hasta la actualidad siendo el más claro ejemplo la no existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo por no vulnerar su instituto, pero que en la actualidad ya fue superado esa teoría de la exclusividad de la institución del matrimonio heterosexual y se ha llegado al matrimonio entre personas del mismo sexo.

139 COSTE-FLORET.- La nature juridique du mariage, págs. 103

La Filosofía jurídica de fines del siglo XIX luchaba entre dos fuertes corrientes. Por un lado, aquellos dominados por las ideas individualistas propias de la revolución francesa y por el otro los presididos por el objetivismo sociológico de Durkheim. La teoría de la institución significa una reacción a los extremos anteriores y fue esbozada, por primera vez, en 1906 por Hauriou en su obra “L’Institution et le droit statutaire”¹⁴⁰; nótese que la teoría de la institución no nace en exclusividad para el matrimonio, sino para diferentes figuras jurídicas y que a posterior se incorpora al matrimonio

Las instituciones, para Hauriou, significan “una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procure los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos”¹⁴¹. Esta sería, la institución-cuerpo o institución corporativa.

Como ejemplos de instituciones-cuerpos o instituciones-personas, como también se las llama, encontramos a los Estados, las asociaciones, los sindicatos. Al observar las agrupaciones sociales que constituyen personas morales, constata Hauriou el fenómeno siguiente, que ha de servir de base para toda su construcción: “las ideas directrices, de una objetividad aprehensible, por cuanto ellas pasan por su propia atracción de un espíritu a otro, sin perder su identidad, son el principio vital de las instituciones sociales; dichas ideas comunican a aquellas instituciones, en la medida en que las ideas son separables de nuestros espíritus y reaccionan sobre ellos, una vida propia separable de la vida de los individuos”. En otros términos, la idea de la obra común por realizar constituiría la base esencial de todo cuerpo social, de toda institución. El segundo elemento esencial de la institución estribaría en el poder organizado, cuya función es la de realizar la obra común proyectada. Por último, la manifestación de comunión de los individuos que forman

140 Larraín Ríos, H. (1950). Naturaleza Jurídica del Matrimonio. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14 (60-67). Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>
141 HÜBNER GALLO, JORGE.- 'La Teoría de la Institución', pág. 12

el grupo en la obra común, sería el tercer elemento esencial al nacimiento de una institución¹⁴².

La teoría de la institución es luego desarrollada por Renard¹⁴³ quien, es más sociólogo que jurista, aun cuando posee gran espíritu e inteligencia creadora en lo jurídico, extiende, en forma algo obscura, las doctrinas de Hauriou, haciendo de la idea el elemento básico de todo acto jurídico, al extremo de definir la institución como “la comunión de los hombres en una idea”. diferenciando plenamente el contrato de la institución. para Renard sólo existen dos manifestaciones de la vida jurídica, las reglas, comprendiendo en la ley y los contratos, la fundación o institución. ¹⁴⁴

A posterior llega Delos quien sigue avanzando y profundizando estos estudios, y más que proponer una simple teoría de la institución, formula una filosofía general del derecho¹⁴⁵. Al igual que Renard es un sacerdote-jurista y aporta tres nuevos puntos de vista que pueden ser resumidos en los siguientes: precisa el concepto de derecho natural, perfecciona la naturaleza de la persona moral y su realidad y formula una doctrina general del acto jurídico con fundamento objetivo. La doctrina institucional para Delos es una concepción de la realidad jurídica que, aplicada a las fundaciones y a los grupos hace resaltar el rol fundamental de la idea directiva; que, aplicada al estudio de la ley, pone de relieve su naturaleza, de “idea encarnada”; y que, aplicada al contrato, explica su verdadera constitución, muestra que no es un simple fenómeno de equilibrio entre dos voluntades, sino que es también de naturaleza institucional, pues gravita alrededor de una idea organizadora¹⁴⁶.

142 PHILIPPI IZQUIERDO, JULIO.-La Teoría de la Institución. Anales Jurídico-Sociales N.º 5 de la Universidad Católica de Chile, pág. 14

143 GEORGES RENARD, Profesor de Derecho Público de la Universidad de Nancy. Ha escrito: 'El Derecho, la Justicia y la Voluntad', 1924; 'El Derecho, la Lógica y el Buen Sentido', 1925; 'El valor de la ley', Publicada por SIREY en 1928; 'La Institución, fundamento de una renovación del orden social, publicada por FLAMMARION en 1933; 'Teoría de la Institución', 1930 y la segunda parte de ésta, 'Filosofía de la Institución', 1939, siendo fraile dominico. Las dos últimas son las más importantes

144 Larraín Ríos, H. (1950). Naturaleza Jurídica del Matrimonio. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14 (60-67). Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

145 J. T. DELOS, Profesor de la Facultad de Derecho de Lille. Ha escrito: 'La Theorie de 'l'Institution, solution réaliste du problème de la personnalité morale et le Droit a fondement objectif', 1931 y una nota en 'La Vie Intellectuelle' (1929), sobre 'La point de recontre du sociologie et du juriste dans la théorie moderne du Droit'.

146 DELOS.- Citada por J. PHILLIPI. Obra citada, pág. 32

Más adelante y refiriéndose al acto jurídico, Delos expresa que “un acto jurídico no es jamás una pura manifestación de voluntad. Ni la ley es la expresión de voluntad de los gobernantes, ni la fundación es en manera alguna el punto de unión de las voluntades de los miembros del grupo... ni el contrato señala la conjunción de dos libertades que fijan su punto de equilibrio; no hay en el derecho voluntad que no se incline delante de un objeto, que no se adhiera a él, y que no sienta su ley. El análisis de las realidades mismas, el estudio de la estructura interna del acto jurídico, rechazan definitivamente, fuera del dominio de la filosofía del derecho el subjetivismo y el voluntarismo”¹⁴⁷.

COMENTARIO FINAL.- Como se puede leer de los párrafos anteriores, el Matrimonio no es el único Instituto que existe en la regulación jurídica, existen diversos tipos de instituciones los cuales han regulado asociaciones, sindicatos y otros; pero los autores reconocer que el Matrimonio si es un instituto, mas no un contrato ya que el Estado mediante las normas impone la obligaciones a los cónyuges lo cual le hace ser un Instituto el cual esta supervisado y regulado por el Estado; ahora la opinión del autor del presente trabajo de investigación es que el Matrimonio si se encuentra dentro de la clasificación de las instituciones, como una de personas y esto debido a que se debe reconocer que la Institución del Matrimonio nace por el Derecho Natural y es la Religión (Iglesia Católica u otras) la primera en regular y reconocer al matrimonio como una institución conformada por dos personas de distinto sexo; ahora en nuestro país la historia nos ha enseñado que los Incas no concibieron la idea del matrimonio, sino hasta la llegada de los Conquistadores, quienes llegaron con sacerdotes católicos los cuales fueron los que introdujeron el Matrimonio al Perú para evangelizar a los pueblos indígenas, asi como para fomentar la familia y evitar que no siguieran usando las costumbres de la convivencia; entonces se puede reconocer que en nuestro país quien introdujo el Instituto del Matrimonio fue la Iglesia mediante el Derecho Natural.

147 DELOS.- Citada por J. PHILLIPI. Obra citada, pág. 34

CAPITULO III.- LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO

En el presente capítulo tiene por objetivo desarrollar de forma amplia el matrimonio como Institución, a efecto de poder realizar un análisis jurídico completo y determinar si es jurídicamente válido en el Perú poder extender el matrimonio no solo a las personas heterosexuales, sino a las personas del mismo sexo, las cuales ya han obtenido este derecho en otros países (Colombia, EE.UU. Argentina); o por el contrario debido a la naturaleza que el estado peruano le da al matrimonio como instituto se lo impide.

A.- EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN¹⁴⁸

Se hace la referencia al autor que redactó el texto; pero se incorpora en los párrafos la crítica del autor del presente trabajo de investigación.

Delineadas así las ideas matrices de la teoría institucional, que no solo se aplica al matrimonio, sino que también está presente en otras ramas jurídicas del derecho conviene señalar sus características y compararlas con los caracteres propios de los contratos, para reconocer las diferencias de ambos. Partimos del concepto de la institución que nos propone Hübner: “Es un núcleo social organizado dentro del orden jurídico con la mira de realizar una idea directriz de bien común y dotado de la estructura autoritaria y de los órganos necesarios para establecerse y perdurar, adquiriendo individualidad propia”¹⁴⁹.

De lo expuesto se puede resaltar las siguientes características de la institución y su diferencia con aquellos que presentan los contratos.

En la institución deben existir dos o más individuos. No se conciben instituciones compuestas de una sola persona, deben aunarse las voluntades de por lo menos dos personas; pero mientras en la institución esos individuos forman un núcleo social o comunidad humana, en los contratos no sucede lo mismo, pues en ellos la aparente comunidad humana es, desde luego, transitoria y tienen las personas tan esencial papel que si son modificadas cambia el contrato, mientras que en la

148 Larraín Ríos, H. (1950). Naturaleza Jurídica del Matrimonio. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14 (60-67). Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

149 HÜBNER.-Obra citada, pág. 34

institución, como se trata de una comunidad social, pueden variar sus miembros y la institución permanece. Precisamente en aquellos casos en que los contratos civiles presentan estas características de la institución es donde los autores den a ellos la naturaleza jurídica de institución y no de contrato. Por otra parte, si respecto de los contratos, por regla general, no existe restricción alguna en cuanto al número y condiciones de los contratantes, le suele haber tratándose de las instituciones, en las cuales sus miembros están sometidos a un ordenamiento dado de antemano.

En la institución predomina esencialmente el concepto de la idea directriz en consecución de un bien común. La idea de una obra común a realizar es el primer elemento de la institución sobre el cual insisten sus creadores. De la idea del bien común participan todos los que forman parte de la institución o están sometidos a ella, mientras que en el contrato no existe esa idea directriz en que participen todos los contratantes, pues cada uno tiende a realizar su propio y personal interés y su exclusiva utilidad. La existencia de un bien común - dice Philippi - es lo característico en toda institución. No es la idea común como sostienen Hauriou, Renard y Delos, sino que la existencia de un bien objetivo propio de la asociación. Lo determinante es el objeto. No basta con la existencia de una idea común y de ahí porque en el contrato no hay institución, pues si bien, en él lo esencial es la equivalencia de valores de los objetos, esta equivalencia, que es una para ambos contratantes, constituye la causa del acto jurídico, pero no el bien perseguido; cada contratante va en buscar de su bien particular sin que exista unión de voluntades hacia un bien común¹⁵⁰. Consecuencia de lo anterior es que en la institución la actividad de sus elementos está subordinada a la realización de un fin común, o sea de la idea directriz a originaria, mientras que en el contrato por lo mismo que no nace en razón de una idea directriz u originaria que suponga acción común, cada parte subordina su actividad a su propio interés, a su propio fin, el que en innumerables veces, es contrapuesto y antagónico al fin o interés de la otra parte. De aquí por qué se habla de contra parte. De la existencia de esta idea de bien común que caracteriza a la institución, se deriva la incorporación en sus elementos de un concepto de conciencia colectiva capaz de conseguir el objetivo propuesto.

150 PHILIPPI.-Obra citada, pág. 39

En otras palabras, interiormente - y muchas veces exteriormente también - todos y cada uno de los elementos institucionales tienen conciencia de estar aportando esfuerzo y conocimientos a una obra común la que deberá hacerse con la cooperación de todos. En el contrato no existe esa conciencia colectiva sino que, por el contrario, cada contratante solo tiene en vista su personal interés y su propio fin. El esfuerzo y la actividad que cada uno de ellos pueda desplegar va a beneficiarlo a él mismo, a su patrimonio, sin importarle para nada el beneficio o perjuicio que pueda causar a la otra parte.

La institución - como núcleo social - necesita de reglamentación objetiva, que alcance a todos sus elementos o miembros y muchas veces a terceros. De ahí que esa reglamentación tenga caracteres de universalidad y permanencia. Dentro de la reglamentación y para poder realizar la idea en común este grupo social requiere de un grupo de normas de conducta, órganos directivos y, en general, como hemos dicho, de un conjunto de reglas a las cuales deben ajustarse sus elementos. En consecuencia, organización, reglamentación universal y autoridades, son otros tantos elementos característicos de la institución de que no participan los contratos. Desde que en ellos no hay acción en conjunto, sino que intereses individuales y antagónicos las más de las veces, no existe un conjunto armónico de reglas; no existe tampoco una autoridad y en ningún caso la reglamentación contractual puede afectar a terceros. Las partes son libres para fijar la regla por la cual ha de regirse el contrato y ella mira el interés individual de cada contratante. Se trata, entonces, de una regla subjetiva, mientras que en la institución la regla es objetiva. Por último, la norma contractual es relativa, sólo afecta a las partes y a sus sucesores, pero nunca a terceros. La autoridad está incluida en la institución; no son los hombres los que ejercen sobre ella su autoridad; es ella quien la ejerce por intermedio de los hombres que la sirven. “La autoridad es el criterio de lo institucional como la igualdad es el criterio de lo contractual”¹⁵¹.

Presenta la institución dos caracteres diferentes a los contratos: su duración y su permanencia. La institución es estable en cuanto escapa a la voluntad de quienes la originaron. De aquí que no sea posible dejarla sin efecto, como sucede con los contratos, por la sola voluntad de aquellos que dieron vida al vínculo contractual.

151 RENARD.--Citada por Hübner.--Obra citada, pág. 39

Los fines institucionales requieren, pues, de duración en la organización, lo cual no significa perennidad. Mientras el contrato es inmutable, la institución se adapta y de ahí que sea capaz de durar. Es permanente porque está destinada a servir fines perdurables que deben mantenerse, sin perjuicio de que varíe su reglamentación y sus formas, cuando así lo aconseje el bien social o la nueva necesidad colectiva. El contrato en cambio sólo está destinado a generar obligaciones que se extinguen por el pago.

Por último, se caracteriza la institución por su individualidad objetiva distinta de los elementos que la componen, pues tiene una personalidad propia, mientras que en el contrato cada parte conserva su poder a independencia.

No hay elemento semejante entre la institución y el contrato, como hemos tenido ocasión de demostrarlo. De aquí que Renard consecuente con su clasificación de las manifestaciones jurídicas en reglas, ley y contrato; fundaciones o instituciones, oponga el contrato a la institución. La idea organizadora; es el primer rasgo de la institución.

El contrato es solamente un acuerdo de voluntades sobre un objeto determinado, el contrato no es sino la relación del acreedor y del deudor, del vendedor y del comprador; en cambio la institución es mucho más que eso, pues ella es la organización de una idea. Las diferencias principales entre contrato a institución son, en suma, a juicio de Renard, las siguientes: a) El contrato sólo genera obligaciones; la institución tiende a crear un establecimiento que sobrepase la persona de los fundadores; b) El contrato es igualitario; la institución es jerárquica; c) El contrato es inmutable; la institución se adapta, y por eso es capaz de durar; d) los contratos se deshacen de la misma manera que se hacen; la institución escapa a la voluntad de los fundadores; e) El contrato sólo produce efectos entre las partes; la institución se impone a terceros, en cuanto, aunque estos no pertenezcan a ella, están obligados a reconocer su realidad y a respetar el bien común que le es propio¹⁵².

152 PHILIPPI--Obra citada, pág. 22

COMENTARIO

En esta parte del trabajo de investigación podemos encontrar que se hace una clara distinción entre el contrato y la institución o instituto, en donde este último tiene un mayor desarrollo jurídica en relación a la unidad que hacen los miembros los cuales forman a pasar un solo ente y no mantienen su independencia como si la mantienen en los contratos, en donde sus miembros todos son iguales, pero en donde no puede modificarse el contrato si todas las partes no están de acuerdo, lo cual no sucede en el instituto.

Ahora el matrimonio como instituto se creó para que los cónyuges formaran una sola unidad y así lo ha determinada varias normativas nacionales como son por ejemplo en materia Tributaria en donde los cónyuges pueden decidir Tributar como un solo persona mediante la Sociedad Conyugal cuando pagan rentas de Primera Categoría, Segunda Categoría, RUS y otros; también podemos encontrar en las normas propias de Derecho de Familia para adquirir o enajenar bienes y en muchas otras; esta característica especial es la que le otorga la calidad de Instituto al Matrimonios; pero que sin embargo debemos de volver a realiza la pregunta ¿Solo puede ser Instituto del Matrimonio al formado por parejas Heterosexuales?; esta pregunta es clave y vital comprender los motivos por lo que se DESCARTE EL MATRIMONIO de personas del MISMO SEXO.

Si bien en el presente capitulo no se desarrolla el MATRIMONIO como CONTRATO; es necesario hacer unas referencias debido a que nuestra legislación si le otorga esa calidad al señalarle requisitos para su celebración, señalar indemnización a los esponsales en algunas circunstancias y otros elementos más que lo hacen un Contrato Especial; ahora si el Matrimonio en el Perú solo tuvieran naturaleza contractual, es decir que solo sea visto como un Contrato, no existiría duda que tanto heterosexuales como homosexuales podrían suscribirlo sin problema alguno y sin limitación de la sociedad o legislación; pero en cambio como en nuestra legislación se reconoce al Matrimonio como Instituto esto limita a que se extienda el matrimonio para las personas del mismo sexo; siendo que el Matrimonio como institución nació de la Religión y en especial de la Iglesia Católica la cual durante muchos años fue la encargada en exclusividad de celebrar los matrimonios, lo cual fue muy importante para tener un registro ordenado de los matrimonios formados.

MATRIMONIO-INSTITUCIÓN

Si la característica más sobresaliente de la institución es la idea de obra a realizar en un grupo social, el rol de la voluntad, en esta concepción, está restringido a la “adhesión a un hecho” que consiste en una adhesión dada únicamente por la voluntad de continuar con un proceso institucional iniciado. Una vez dada la adhesión la voluntad es impotente para modificar los efectos de la institución, los que se producen automáticamente. La unión conyugal está justificada por el hecho social de la familia fundada, siendo ésta una institución - la primera de las instituciones - y el matrimonio un acto de adhesión a esa institución. El matrimonio es, en efecto, un acuerdo de voluntades productor de obligaciones; es un contrato en la forma y en su desarrollo. También lo es si se le entiende como un contrato-condición o como el consentimiento bilateral de un hombre y de una mujer que desean tener el estatuto legal de casados.

El desarrollo es contractual; pero el contenido sobrepasa todas las posibilidades del contrato; o sea, en la forma puede ser un contrato, pero en el fondo el matrimonio es un acto de institución. Para Renard, el matrimonio es un acto-condición bajo la forma contractual y al mismo tiempo un acto de fundación de una institución; es decir la familia es en suma un contrato-condición generador de una institución: la familia. Para Bonnacase el matrimonio es una institución condicionada por un acto jurídico. En otros términos, si consideramos la reglamentación del matrimonio distinguimos netamente una institución jurídica, hecha de todas las reglas organizadas socialmente hacia la unión de los sexos y un acto jurídico hecho del consentimiento de los esposos y de la participación del registrador civil. Este acto jurídico complejo no es el matrimonio, este acto jurídico pone en movimiento por la voluntad de dos personas determinadas, la institución del matrimonio¹⁵³.

El matrimonio no es sólo un contrato - dice Philippi -, al igual que los tratados y los pactos de sociedad, si bien es cierto que tiene la forma contractual, es un verdadero acto de fundación, da origen a una institución: la familia. Duguit había afirmado: “Ver en el matrimonio un contrato es incuestionablemente un error”; sin

153 COSTE-FLORET.-Obra citada, pág. 127

duda que es una convención, pero convención que es la condición de nacimiento de una situación legal objetiva, la situación legal de gente casada, el estatuto de gente casada, situación permanente de consecuencias generales que se imponen, no solamente a los esposos, sino que, a todos, consecuencias determinadas por la ley, tanto en sus efectos como en su extensión¹⁵⁴.

COMENTARIO

En este punto debemos de traer a colación lo desarrollado en el Capítulo III en donde se desarrolló las Sentencias Judiciales de diversos países (Colombia, España, EE.UU) acerca del Derecho a Contraer Matrimonio como derecho Fundamental y como manifestación del derecho al libre desarrollo y en la cual se establece mediante las Sentencias el Matrimonio para personas del mismo sexo; pero en dichas resoluciones NO SE HACE MENCIÓN ni desarrollo del Matrimonio como INSTITUTO solo se centra en desarrollar si SE HAN VULNERADO DERECHO FUNDAMENTALES de las personas homosexuales al impedirles que se casen; pero estas Sentencias como ya señale como DESARROLLARON como se podría DESTRUIR EL INSTITUTO DEL MATRIMONIO y CONVER su NATURALEZA en CONTRACTUAL porque al ya quitarle el elementos propio de formar una familia, ya NO SE PUEDE RECONOCER al MATRIMONIO como un INSTITUTO sino como un CONTRATO, máxime si lo que se busca del MATRIMONIO IGUALITARIO es solo la extensión de los DERECHOS patrimoniales que del nacen, ya no se puede existir de matrimonio como institución.

CARACTERES INSTITUCIONALES DEL MATRIMONIO. -

Entrando al análisis de los caracteres de la institución, veremos con más precisión y claridad como ellos son plenamente aplicables al matrimonio:

En el matrimonio existen dos personas, ellas componen un núcleo social de importancia que da origen a la familia, la cual tiene estabilidad y permanencia. La unión conyugal se perpetúa en los hijos, en el patrimonio, en la sucesión, o tiene, pues, el carácter transitorio de un contrato patrimonial. Pueden variar los miembros que componen este núcleo social, pero la institución familiar permanece;

154 PHILIPPI-Obra citada, pág. 51

también existen restricciones en cuanto al número y condiciones de las partes contratantes. Sólo, pueden contraer la unión conyugal un hombre y una mujer y están sometidos a un ordenamiento dado con antelación a la manifestación misma de voluntad de unirse en matrimonio.

Existe en el matrimonio la idea directriz en consecución de un bien común; la idea a realizar es en el matrimonio es de constituir una familia, satisfaciendo, por otra parte, una aspiración natural del hombre. El matrimonio es deseado por el hombre en razón de inclinaciones de diverso orden, deseo sexual, afecto, cariño, unión espiritual, perpetuidad en la generación, etc. Esta obra común por realizar sólo tiene su cauce único y su natural desenvolvimiento en el matrimonio. No existe ninguna otra unión de los sexos que llene esta aspiración, que la haga realizable y posible (puede decirse que la Unión de Hecho puede cubrir algunas de las aspiraciones del matrimonio pero no todas, debido a sus limitaciones). Es el matrimonio y sólo el matrimonio el único que realiza esta plena idea de la institución. El interés de las partes en el matrimonio está subordinado a esta idea común, de ahí que la actividad de los cónyuges no esté encaminada a satisfacer puramente intereses personales, o a beneficiarse exclusivamente, sino que toda ella está encaminada a objetivos comunes y colectivos. Hay conciencia de ambos esposos de estar contribuyendo a la obtención del fin común y es por eso que aúnan esfuerzos y voluntades en pos de ese ideal que tuvieron en vista al unir sus vidas. La actividad que cualquiera de ellos aporte influye en el otro. Produce, por consiguiente, un beneficio de carácter colectivo, no individual, de ahí también que el perjuicio que cause uno de ellos repercute inmediatamente en el otro porque, como se ha dicho, en el matrimonio existe plenamente este elemento de la institución, caracterizado por la idea de obra en común por realizar, en que los intereses personales de los cónyuges se subordinan al interés del grupo familiar, conscientes todos de estar contribuyendo a la realización total de una aspiración común.

Hay en el matrimonio autoridad; el marido debe protección a la mujer y la mujer obediencia al marido en la teoría de la institución del matrimonio. También en el matrimonio encontramos una reglamentación rigurosa por parte de la ley (no solo en la legislación peruana sino en todas aquellas que regula el matrimonio) la que

no atiende a las personas, individualmente consideradas, sino que a la misión que corresponde a la unión conyugal. Esta reglamentación en muchos casos produce también efectos con relación a terceros. Por último, las reglas por las cuales ha de regirse el matrimonio no pueden ser alteradas por los cónyuges, sino que deben estar en concordancia con el Código Civil.

En cuanto a los efectos personales del matrimonio los cónyuges no pueden modificar en nada el estatuto legal. Son, pues, características del matrimonio su organización, la reglamentación universal, la existencia de una autoridad y la imposibilidad en que se encuentran las partes de modificar la ley que preside la unión conyugal, todas las cuales se confunden con los caracteres propios de la institución y se diferencian fundamentalmente de aquellos que simbolizan a los contratos.

Es también el matrimonio estable, ya que no es posible dejarlo sin efecto con la concurrencia exclusiva de la voluntad de quienes lo formaron, sino como en nuestra legislación que a la voluntad de los cónyuges es necesario cumplir ciertos requisitos previos y que se autorice por funcionario autorizado; esta característica esencial del matrimonio se presenta incluso en aquellas legislaciones que reconocen al divorcio el efecto de dar por terminado el vínculo matrimonial, porque en ellas no es la voluntad de los cónyuges la que origina ese estado sino que una sentencia judicial la que declara la situación de divorcio, después de haber operado la prueba tendiente a acreditar los hechos que constituyen alguna de las causales que la misma ley reconoce como suficientes para decretar el divorcio.

Excepción a lo dicho lo constituyó la legislación sobre el matrimonio y el divorcio que existió en la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas pues, según ella, no se exige ninguna solemnidad especial para que un hombre y una mujer se entiendan unidos en matrimonio y consecuentemente ningún requisito deben cumplir para que vuelvan nuevamente al estado de soltería o de divorcio; a mera coincidencia de la voluntad del hombre y la mujer para unirse y el hecho de la unión, constituyen el matrimonio, sin necesidad de la intervención de ningún

funcionario, sin que se forme ningún expediente y sin que medie declaración alguna oficial en nombre de la ley ni de la sociedad¹⁵⁵.

La indisolubilidad del matrimonio lo diferencia de la simple unión libre y del concubinato (unión de hecho reconocido por la constitución). Las obligaciones que nacen del matrimonio no se extinguen por su cumplimiento o 'pago', si quisiéramos usar una expresión netamente civil, ellas duran y se mantienen mientras exista el matrimonio, el cual viene a terminar normalmente sólo con la muerte de alguno de los cónyuges o por su disolución mediante la separación de cuerpos y posterior divorcio de los cónyuges. Mientras en el contrato civil las obligaciones mueren con su pago o cumplimiento, en el matrimonio, a más de la distinta naturaleza de las obligaciones que nacen de él, no terminan mientras el matrimonio exista. Duración y permanencia son otros caracteres del matrimonio que lo equiparan a la institución, distanciándolo del contrato; reúne la familia los elementos esenciales de la institución, a saber la autoridad y la continuidad, respecto de la primera no cabe la menor duda; no hay legislación que no reconozca, dentro de ella, la autoridad paterna. En cuanto a la continuidad, Renard cree encontrarla en la sucesión de las generaciones ligadas a un nombre, a un patrimonio, es decir, en primer lugar, en los hijos; en realidad, ella no radica sólo en la descendencia, sino que principalmente, en la estabilidad del vínculo matrimonial, es decir, en la indisolubilidad de dicho vínculo. Del carácter institucional del matrimonio se desprende claramente la absoluta improcedencia de su disolución por mutuo consentimiento. Tratándose de un acto de fundación, no cabe resciliación, pues la característica esencial de dichos actos estriba en que, una vez efectuados, la institución creada escapa de las manos de los contratantes, imponiéndose tanto a sus voluntades como a las de terceros¹⁵⁶.

Tiene también el matrimonio una individualidad objetiva propia, perdiendo las partes su poder a independencia. Hemos visto como en la unión conyugal la autoridad reside en el esposo, no obstante que nuestra legislación también le otorga autoridad a la mujer si la situación lo amerita, quienes la ejercen a través de la autoridad marital, de la autoridad paterna y materna; y de la subordinación

155 FERNÁNDEZ CLÉRIGO, LUIS.-El derecho de familia en la legislación comparada, pág. 17

156 PHILIPPI-Obra citada, pág. 52

específica en que se encuentran los hijos con relación a los padres. Tiene, en consecuencia, el matrimonio una personalidad propia, siendo distinto el poder del marido y de la mujer, pues, en cuanto a efectos personales. En todo caso, la situación de los diferentes elementos que componen el matrimonio es diversa, no se encuentran equiparados, produciéndose subordinación de unos con respecto a otros y prevaleciendo el elemento jerárquico y de autoridad. Todas estas características son propias de la institución y no de los contratos. Si el matrimonio es una institución ¿cuál es el papel de la voluntad de los contrayentes en la unión conyugal? Cada contrayente realiza un acto de adhesión a la institución del matrimonio, acto que viene a generar el funcionamiento de dicha institución. A eso se limita la voluntad de los contrayentes: a manifestar su adhesión al matrimonio en unión con una persona determinada. Este acto de voluntad que realizan los contrayentes es un acto jurídico, porque produce efectos jurídicos deseados por el autor del acto, cual es que genera el funcionamiento de la institución con todas sus consecuencias de derecho; así como produce derechos y obligaciones para los cónyuges los cuales están plasmados en nuestro Código Civil y son de obligatorio cumplimiento para que la institución del matrimonio pueda continuar sin resquebrajarse y que produzca a posterior una separación de los cónyuges por incumplimiento de sus derechos y obligaciones.

COMENTARIO:

Todos estos párrafos desarrollan los conceptos que caracterizan al Matrimonio como instituto; su naturaleza distinta a la de contrato y su forma de formarse la diferencia de un típico contrato; lo que demuestra que el matrimonio para nuestra legislación y nuestra forma de apreciarlo si es un Instituto el cual ha ido cambiando en algunos aspectos, pero sigue siendo un instituto que lo diferencia de las legislaciones donde los consideran solo un contrato.

En este punto podemos responder a la pregunta ¿Solo puede ser Instituto del Matrimonio al formado por parejas Heterosexuales?; el autor del presente trabajo de investigación piensa que la respuesta sería afirmativa; esto porque solo las parejas heterosexuales podría cumplir con totalidad los caracteres institucionales del matrimonio, mientras que las parejas del mismo sexo no podrían cumplirlas, debido a su propia naturaleza y además porque nuestra legislación no está

desarrollado para legislar el matrimonio de personas del mismo sexo, ya que cuando se promulgo el Código Civil no se pensaba que existirá tal figura legal; asimismo las parejas el mismo sexo siempre han reclamado DERECHOS PATRIMONIALES y SOCIALES iguales, pero la INSTITUCIÓN del MATRIMONIO va más allá de los derechos patrimoniales; sino de formar una familia de buscar un bien común, de formar una sola individualidad objetiva que represente a la sociedad conyugal.

Sin embargo al momento de revisar la sentencia Obergefell vs Hodges, la cual reconoce el matrimonio homosexual en todo Estados Unidos, no se debatió si el matrimonio era un contrato o una institución, o si la ampliación del matrimonio a personas del mismo sexo destruiría la institución del matrimonio; sino que solo se revisaron DERECHOS FUNDAMENTALES y si estos habían sido violados por las personas encargadas de celebrar y registrar los matrimonios las cuales se negaron a celebrar e inscribir matrimonios del mismo sexo; estos fundamentos también son totalmente válidos, puesto que en dicha país el matrimonio es más un contrato que una institución; siendo esto así los derechos fundamentales siempre van a estar por encima de las prohibiciones que tengan los contratos.

Pero que sucede con los países como en el nuestro en donde el matrimonio es reconocido de manera expresa como una Institución, se podría destruir dicha Institución solo con la alegación de la violación de un derecho fundamental como la el libre desarrollo; en mi opinión NO, puesto que los DERECHOS FUNDAMENTALES NO son absolutos y siempre pueden ser oponibles si la situación así lo amerita; y en este caso en este momento que vivimos creo que NO se puede destruir la institución del matrimonio; ya que las personas que exigen se extienda hasta las personas del mismo sexo, solo quieren el matrimonio para obtener los beneficios patrimoniales que otorga, mas no lo desea porque realmente piensa que el MATRIMONIO es una INSTITUCIÓN especial que de una u otra manera siempre ha salvado a la sociedad cuando está más peligrando.

CRÍTICAS A LA TEORÍA DEL MATRIMONIO-INSTITUCIÓN. -

No faltan las críticas a la teoría del matrimonio-institución. Se dice, en primer término, que la legislación positiva al reglamentar el matrimonio ha entendido por

tal no sólo al acto jurídico creador de lo que sería la institución matrimonial, sino al estado mismo, en atención a que la ley reglamenta la celebración del matrimonio, que constituye el acto jurídico creador del estado matrimonial y reglamenta también las obligaciones y derechos que de dicho estado nacen, los deberes de los esposos, tanto recíprocos como personales, la disolución del matrimonio. En síntesis, está legalmente reglamentada y organizada la vida entera matrimonial. En consecuencia, para la legislación, es el matrimonio a la vez un estado, fruto de la unión de dos personas y un acto jurídico que genera ese estado.

La teoría institucional por sí sola no resuelve esta dualidad de situaciones que el matrimonio presenta, como tampoco es resuelta por la teoría contractual. Se sostiene, en seguida, que la noción de la institución es totalmente ajena a los principios que informan tanto el Código Civil francés como los cuerpos legales que tienen a éste por modelo, como es el nuestro. En efecto, mientras la institución supone un doble juego de la personalidad humana y de la existencia de un núcleo social, con ideas al bien común y con esfuerzos a imponer una conciencia colectiva entre sus diversos elementos, el espíritu de esas codificaciones es esencialmente individualista, con exaltación extrema y única de la pura personalidad humana. El derecho clásico entendiendo como el de los tiempos modernos, representado principalmente por el Código Civil francés y sus comentaristas - es de carácter individualista y por tanto subjetivo; en la mente de los legisladores de la Revolución Francesa no hay más fundamento del derecho que la libre voluntad del individuo, mediante un supuesto pacto social, se cree la autoridad esta por delegación de las voluntades individuales, se encarga de fijar el marco de la ley dentro del cual los individuos se obligarán en virtud de sus propios actos, libres y voluntarios. En abstracto, si las voluntades individuales constituían la fuente única del derecho, la ley debería haberse limitado a salvaguardar el ejercicio de aquellas y a velar, al mismo tiempo, por el cumplimiento de lo “libremente pactado”¹⁵⁷. Así concebido el derecho actual que data del código napoleónico, con la inspiración subjetiva e individualista que lo informa, no hay posibilidad alguna en pretender siquiera hacer del matrimonio algo más que un contrato, si se quiere *sui generis*; pero nunca podrá decirse que constituye una institución, con los caracteres y elementos

157 PHILIPPI-Obra citada, pág. 7

que ella presenta y que hemos examinado. Continúan los impugnadores de la doctrina que sostiene que el matrimonio es una institución agregando que la legislación positiva establece determinadas reglas, aplicables plenamente al matrimonio, que lo hacen inconciliable con la noción más elemental de institución y que, por el contrario, lo caracterizan como un contrato.

¿Cuál es el elemento que prima en los contratos? - se preguntan. La autonomía de la voluntad y el consentimiento de las partes. Sin ellos no hay ni puede haber matrimonio. Las partes son libres para contraer o no contraer nupcias; para elegir determinada persona; para celebrar el matrimonio a una determinada edad; para agregar al matrimonio que la ley establece como válido la ceremonia religiosa, social o familiar que crean más conveniente, y esta libertad llega al extremo de que los futuros cónyuges pueden arrepentirse aún después de iniciado el expediente matrimonial, sea por la publicación de proclamas, sea por la manifestación del deseo de contraer matrimonio, sea por la declaración de testigos de la información matrimonial. En todo caso, la retractación debe operar antes de otorgar el consentimiento necesario en el momento mismo de la celebración del matrimonio. Toda esta absoluta libertad, la necesidad del consentimiento y el juego importantísimo de la voluntad humana hacen del matrimonio no una institución sino un contrato, pues esos caracteres son propios de los contratos. Es cierto que existen leyes inderogables por las partes en materia matrimonial, lo que no sucede generalmente tratándose de un contrato patrimonial; pero está sola circunstancia no hace que el matrimonio deje de ser contrato, sino que, a lo más, sirve para caracterizarlo como un contrato de orden público, como sostienen algunos, o como un contrato sui generis, como afirman otros.

Por último, en aquellos países en que existe el divorcio vincular los contractualistas atacan la doctrina del matrimonio-institución sosteniendo que si ella fuera seguida no tendría explicación alguna esa forma de disolución del matrimonio; pues atenta contra uno de sus principios fundamentales, cual es la estabilidad y permanencia que debe existir en toda institución.

COMENTARIO

Con respecto a este último párrafo es importante señalar que si bien es cierto la institución no se puede disolver porque si no pierde su estabilidad, el matrimonio es una institución especial que si admite disolución mediante el divorcio, pero esta es especial ya que se da en determinados casos y se da en salvaguarda de la integridad de quienes la conforman para no atentar contra la integridad emocional y hasta física de sus integrantes cuando se ha comprobado que el matrimonio entre los cónyuges ya puede perdurar y es mejor adoptar por la separación.

Por ultimo hay que señalar que el Tribunal Constitucional desarrollo los nuevos tipos de familia que se formaron siendo estas la FAMILIA ENSAMBLADA, FAMILIA RECONSTITUIDAS O RECONSTRUIDAS¹⁵⁸; en las cuales se hace un desarrollo amplio de su nueva conformación; pero no desarrollo la familia formado solo y exclusivamente por dos personas del mismo sexo que se unen para formar una especie de unión de hecho (mas no matrimonio), por lo que se puede considerar que para la JURISPRUDENCIA en el Perú no se puede hablar de FAMILIA a la unión de dos personas homosexuales; por lo cual al NO PODER FORMAR UNA FAMILIA, NO se les puede otorgar la facultad de contraer matrimonio ya que este al ser un INSTITUTO NATURAL reconocido por la Constitución Política, tiene que cumplir ciertos requisitos y uno de ellos es formar una familia, la cual no forman las personas del mismo sexo; máxime si las personas homosexuales al reclamar sus derechos, solo reclaman los MISMOS DERECHOS PATRIMONIALES Y SOCIALES que los que se otorgan a los cónyuges; es decir que no exigen se les reconozca como familia sino, que se les otorgue los derecho que ellos creen les corresponde.

158 STC N° 09332-2006-PA/TC

CAPITULO V.- UNIÓN CIVIL, UNIÓN DE HECHO

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se desarrollará el proyecto de Unión Civil en el Perú, así como los dictámenes emitidos a su favor, su similitud con el Matrimonio y su diferencia con la Unión de Hecho; los comentarios y opiniones en su contra y por último desarrollaremos una comparativa con algunos países que han aprobado la unión civil.

CAPITULO I: UNIÓN CIVIL EN EL PERU

En el Perú el congresista Carlos Bruce, presentó un proyecto de Ley para que las personas del mismo sexo pudieran unirse al igual que un matrimonio, mas no como una unión de hecho y puedan obtener derechos patrimoniales y de salud iguales que los matrimonios de personas heterosexuales y las uniones de hecho (concubinato) en los derechos que les alcancen.

En el Perú en la actualidad conviven en un mismo hogar muchas parejas del mismo sexo, sintiendo que sus derechos constitucionales no son respetados y protegidos por el Estado, no obstante que cumplen con pagar sus impuestos como cualquier otro ciudadano peruano; pero el tema de importancia es determinar si la UNIÓN CIVIL es constitucional, afectara al instituto del matrimonio; si es necesario solo esta ley o modificar la Constitución para otorgar los derechos que las personas homosexuales solicitan; asimismo se debe analizar dicho proyecto de Ley, para lo cual previamente se transcribirá el proyecto de Ley presentado:

LEY QUE ESTABLECE LA UNIÓN CIVIL NO MATRIMONIAL PARA PERSONAS DEL MISMO SEXO (PROYECTO DE LEY N° 2647/2013-CR):

“Artículo 1.- Unión Civil

A los efectos de esta Ley, se entiende por Unión Civil No Matrimonial, a 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, dispuestos en la presente Ley.”

Para ello se inscribe la declaración de Unión Civil No Matrimonial en el Registro Personal de los Registros Civiles debiendo los integrantes tener domicilio legal en el Perú, por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en que solicitan la inscripción.

Los integrantes de una Unión Civil No Matrimonial se denominan compañeros civiles.”

COMENTARIO: En el artículo 1, da un concepto de la Unión Civil, y a quienes les alcanza; pero este artículo está incompleto (no ha sido bien copiado del Libro III del Código Civil), puesto que NO especifica si los contrayente deben estar “Libre de Impedimento Matrimonial”, como si se señala para la Unión de Hecho el artículo 5° de la Constitución y el artículo 326° del Código Civil; lo que evidencia que existe un vacío legal que puede generar que un casado pueda formar una unión civil al mismo tiempo que su matrimonio sin la necesidad de divorciarse; de igual forma sucede con una persona que tiene una unión de hecho en la cual se configura la misma situación que para el casado, pudiendo conformar una unión civil y una unión de hecho al mismo tiempo.

Asimismo señala el requisito de tener domicilio legal en el país con 2 años anteriores a la fecha de solicitud de inscripción; siendo este requisito DISCRMINATORIA para aquellas personas que tienen pareja de nacionalidad extranjera y que vive en otra país, ya que NO podrían inscribir su Unión Civil, siendo este discriminatorio y contrario al espíritu de esta norma; de igual forma impone un requisito que no es impuesto a la Unión de Hecho y siendo que ambas deben ser similares, no existe una causa objetiva para imponer un requisito que las diferencie al extremo de ser discriminador.

Por último, e importante este artículo NO SEÑALA que documentos se debe de adjuntar para formar una UNIÓN CIVIL, y si no señala por consiguiente un casado o que tenga unión de hecho, puede formar una unión civil ya que no está en la obligación de presentar ningún documento, lo que hace que este trámite sea totalmente irregular y perjudicial para el sistema registral peruana; ya que muchas personas pueden usar este vacío legal para su beneficio y perjudicar y dañar a terceros.

“Artículo 2.- Inscripción de las Uniones Civiles No Matrimoniales

Procede la inscripción de las Uniones Civiles No Matrimoniales entre personas del mismo sexo, cuando lo hayan solicitado voluntariamente ante el Registro Civil, quien verificado lo dispuesto en el artículo 1° de la presente ley, mandará a publicar un extracto de la solicitud de conformidad con lo establecido en el artículo 13° de la Ley N° 26662.

Transcurrido quince (15) días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición, se extiende la declaración del reconocimiento de la unión civil entre los solicitantes. El registro civil establecerá un libro de registro de uniones civiles no matrimoniales”

COMENTARIO: Se debe entender que la oposición la debería formular quien mantenga un vínculo matrimonial o de unión de hecho reconocida con alguno de los contrayentes de la unión civil; ¿pero si el artículo 1° de la Ley no señala dicho impedimento, como podría formular oposición?; dicha interrogante solo podría haber sido resuelta con una interpretación integral de la Ley y del Código Civil de forma supletoria; esto habría generado un problema para los encargados de la inscripción.

“Artículo 3.- Prueba

Para el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1°, a efectos de proceder a la inscripción de la unión civil, se requerirá la presencia de dos (2) testigos, los que la acreditarán fehacientemente, la libre expresión de voluntad de los solicitantes”.

COMENTARIO: Este requisito es copia de los artículos 269° y 270° del Código Civil; asimismo si NO SE pide “prueba” para la unión de hecho puesto que no es un matrimonio; tampoco para la unión civil; este artículo evidencia que el PROYECTO DE UNIÓN CIVIL jurídicamente es una copia del matrimonio sin ponerle el nombre de matrimonio, y esta figura jurídica no puede ser permitida porque va en contra de todos los principios que guarda el derecho; esto no alcanza que se puede formular un proyecto de ley de unión civil acorde con el derecho y normas del estado.

“Artículo 4.- Derechos y Deberes

Los integrantes de la unión civil no matrimonial tienen derecho a:

Formar una sociedad de gananciales a partir del momento en que se inscribe la declaración, salvo pacto expreso en contrario, en cuyo caso, se registra la separación de patrimonios ante notario y se agrega en el registro en el momento de la celebración de la Unión Civil No Matrimonial.

Los compañeros civiles recibirán el mismo tratamiento y tendrán los mismos derechos que un pariente de primer grado en los siguientes casos:

Visitas a hospitales, centros médicos y cualquier otro establecimiento de salud.

Toma de decisiones para el inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencia, en caso de que el otro integrante de la unión civil no pueda expresar su voluntad.

Visitas íntimas en centros penitenciarios, en caso de que el otro integrante de la unión civil se halle privado de la libertad.

Recibir alimentos del otro integrante de la unión civil, de acuerdo a lo establecido por los artículos 472° y siguientes del Código Civil.

Derecho de habitación, vitalicio y gratuito, sobre la casa en que existió el hogar doméstico, en caso de fallecimiento del otro integrante de la unión civil, aplicándose, en lo que corresponda, los artículos 731° y 732° del Código Civil.

Adquirir la nacionalidad peruana en caso de ser extranjero, luego de 2 años de haber celebrado una Unión Civil No Matrimonial con un ciudadano peruano.

En Seguridad Social, si uno de los integrantes de la Unión Civil No Matrimonial no tuviera cobertura de seguridad social, podrá ser inscrito como beneficiario por su compañero doméstico para que goce de los beneficios a los que el titular tenga derecho. Esto incluye, de modo enunciativo más no limitativo: El acceso a atención de salud de la pareja en ESSALUD y EPS; la cobertura de seguros; la pensión de invalidez de ESSALUD; las pensiones de sobrevivencia en AFP; el régimen mancomunado de jubilación en ONP y la pensión de viudez en la ONP.

Respecto al Estado Civil, los integrantes de la unión civil tienen la obligación de inscribir en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) su cambio de estado civil y de cambiar su Documento Nacional de Identidad (DNI) para que en él figure su condición de integrantes de una Unión Civil No Matrimonial.

Los integrantes de la Unión Civil No Matrimonial recibirán protección contra la violencia familiar y otros beneficios de promoción social que pueda brindar el Estado, especialmente los programas de acceso a la vivienda”.

COMENTARIO: Todos estos derechos y deberes que señala este artículo para la unión civil son UNICOS Y EXCLUSIVOS para el MATRIMONIO y que no les alcanza para las parejas (heterosexuales) que tienen UNIÓN DE HECHO; no obstante que algunos derechos se les ha otorgado mediante jurisprudencia de la Corte Suprema pero en ciertos casos especiales; entonces se puede apreciar que la Unión Civil tiene derechos y deberes preferentes sobre la unión de hecho que está reconocida constitucionalmente.

Con respecto a la Violencia Familiar, la presente Ley NO puede legislar respecto a la violencia familiar en la cual existe su propia ley y reglamento, en la cual se deberá de incluir algún artículo que contemple la unión civil.

Este artículo desarrolla un tema muy importante como sería la PENSIÓN DE VIUDEZ de la ONP, la cual la propia norma como es el Decreto Ley 19990 solo admite para pensión de viudez al cónyuge del pensionista como la persona beneficiada por la pensión de viudez; pero a posterior el Tribunal Constitucional mediante su STC 06572-2006-AA/TC159, estableció que el conviviente supérstite puede ser beneficiario de la pensión de viudez siempre y cuando acredite con la documentación idónea; ahora la presente norma cierra ese vacío legal y otorga

159 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html>

pensión de sobreviviente a la pareja de la Unión Civil que acredite tal condición; siendo esta parte innovadora y favorable.

“Artículo 5.- Impedimentos

No pueden constituir una unión civil:

- a. Los menores de edad.*
- b. Los consanguíneos en línea recta y/o en línea colateral hasta el segundo grado.*
- c. Los afines en línea recta y/o en el segundo grado de la línea colateral.*
- d. El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas recta y/o colateral dentro de los grados señalados en los incisos b y c para la consanguinidad y la afinidad.*
- e. El condenado o el procesado como partícipe en el homicidio doloso de una persona que conforma una Unión Civil No Matrimonial, matrimonio o unión de hecho, con el sobreviviente.*
- f. Los que se encuentren unidos en matrimonio o unión de hecho, mientras subsista.*
- g. Los que deseen establecer una segunda unión civil no matrimonial mientras subsista una primera no disuelta.*
- h. Los declarados incapaces”.*

COMENTARIO: Los impedimentos señalados en el presente artículo son los mismos impedimentos señalados para el MATRIMONIO en el artículo 241°, 242° y 243° del Código Civil; lo cual solo hace dar la razón a los juristas y personas que señalan que la Unión Civil es un matrimonio encubierto puesto que aplicar de forma igualitaria los impedimentos para el Instituto del Matrimonio y a la Unión Civil no es acorde a nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo en este artículo NO señalan el impedimento más importante y es la señalada para la Unión de hecho “La unión estable...., libres de impedimento matrimonial”, siendo esta la más importante y que no ha sido desarrollado en este artículo ni en el artículo 1 de la Ley; dejando la ventana libre para que se engañe al sistema y se pueda tener un matrimonio y a la par la unión civil y tener los beneficios de ambos como por ejemplo una mujer Lucia está casada con Luis, pero su marido no tiene Seguro Social de ESSALUD para su atención y a Lucia se le detecta un tipo de Cáncer para lo cual necesita Quimioterapia y Radioterapia, pero al no tener seguro de ESSALUD el tratamiento le saldría muy caro; pero Lucia tiene a su mejor amiga Isabela que si trabaja y tiene Seguro de ESSALUD y además EPS (Entidad Prestadora de Salud) de la empresa en donde trabaja; al conocer la

situación de Lucia; Isabela y Lucia forman una Unión Civil, no obstante Lucia de estar casada con Luis, solo para el tratamiento de Lucia. Como no está señalado expresamente como impedimento para formar la unión civil el estar casado; entonces su UNIÓN CIVIL es legal y su matrimonio también es legal, y puede durar lo que crean necesario; ya que Luis no está interesado de iniciar un proceso de DIVORCIO por homosexualidad sobreviniente. En este caso Lucia e Isabela engañaron al sistema de Salud con un vacío de la Ley; en la cual su espíritu cuando la propuso el legislador no era engañar, sino en virtud al derecho a la dignidad, felicidad y no discriminación regularizar y otorgar algunos derechos a las parejas de homosexuales que viven juntas durante muchos años.

“Artículo 6.- Disolución

La Unión Civil No Matrimonial queda disuelta por:

- a. El mutuo acuerdo.*
- b. La muerte de uno de los integrantes de la unión civil.*
- c. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.*
- d. El atentado contra la vida del compañero.*
- e. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común, que el juez apreciará según las circunstancias.*
- f. El abandono injustificado del hogar por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.*
- g. La conducta que haga insoportable la vida en común, que el juez apreciará según las circunstancias.*
- h. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración de la Unión Civil No Matrimonial.*
- i. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.*
- j. La separación de hecho de los integrantes de la unión civil durante un período ininterrumpido de dos años.*
- k. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración de la Unión Civil No Matrimonial”.*

COMENTARIO: Estas son las mismas causales de Separación y Divorcio para el matrimonio señalado en el 333°, del Código Civil; lo cual hace pensar que este artículo es una copia fiel, solo excluyendo la causal de homosexualidad sobreviniente, la cual por obvias razones se le excluye.

Pero en este artículo es necesario hacernos la pregunta ¿Es necesario establecer causales de Disolución a la Unión Civil, si solo se forma para obtener beneficios patrimoniales?, y la respuesta es muy clara y es NO, ya que al no ser un matrimonio y no tener las mismas obligaciones y derechos (derecho de lecho y habitación, derecho...), inherentes al vínculo matrimonial, NO SE PUEDE establecer causales de separación; más si las UNIONES DE HECHO no tiene causales de separación

Asimismo el dotar de causales de disolución para la UNIÓN CIVIL, inherentemente crea la existencia del DIVORCIO y Separación -ya que solo se plantea estas causales cuando una de las cónyuges NO está de acuerdo con la separación y cuando dicho cónyuge es la víctima del divorcio- para la UNIÓN de HECHO, que por efecto cadena, genera que se modifique el Código Procesal Civil para que los juzgados de familia puedan conocer y ser competentes para resolver los casos de Divorcio de Unión Civil, y aumentar su carga procesal; asimismo se debe de modificar el Código Civil para poder establecer la indemnización al persona afectada con el Divorcio.

“Artículo 7.- Procedimiento de Disolución de la Unión Civil no Matrimonial

Cuando la disolución de la Unión Civil no Matrimonial sea de mutuo acuerdo, se realizará ante los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio en común o de donde se celebró la unión civil.

Para solicitar la separación convencional de la unión civil los integrantes de la Unión Civil deberán carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar con la Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial.

La solicitud de disolución convencional de la unión civil y ulterior disolución de la unión civil se presenta por escrito, señalando nombre, documentos de identidad y el último domicilio en común, con la firma y huella digital de cada uno de los compañeros civiles.

El contenido de la solicitud expresa de manera indubitable la decisión de poner fin a la unión civil.

A la solicitud se adjuntan los siguientes documentos:

- a. Copias simples y legibles de los documentos de identidad de ambos compañeros civiles;*
- b. Acta o copia certificada de la Partida de Unión Civil, expedida dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud;*
- c. Declaración jurada, con firma y huella digital de cada uno de los integrantes de la unión civil;*

d. Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de separación de patrimonios; o declaración jurada, con firma e impresión de la huella digital de cada uno de los integrantes de la unión civil, de carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales; y

e. Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, si fuera el caso.

El alcalde o notario que recibe la solicitud, verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5, luego de lo cual, en un plazo de quince (15) días, convoca a audiencia única.

En caso de que la disolución convencional de la unión civil se solicite en la vía municipal, se requerirá del visto bueno del área legal respectiva o del abogado de la municipalidad sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos.

Respecto a las otras causales, el procedimiento a seguir es el regulado por los artículos 334 a 342, 356 a 360 contemplados en el Código Civil”.

COMENTARIO: Este artículo contiene trámite de Divorcio y no de disolución como así quiere dar a aparente el creador de este artículo, puesto que si revisamos las normas sobre divorcio (normas desistidas a las señaladas en el Código Civil) podemos encontrar que este artículo es copia de la Ley 29227 (Ley que Regula el Proceso No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarias), la cual es una Ley creada solo para el trámite de Divorcio en Matrimonios; y aplicarla de forma igual a las uniones civiles es desnaturalizar el propósito de la norma, así como también es discriminadora de las uniones de hecho los cuales no tiene un trámite tan regulado para su disolución; lo cual origina que quienes se creen discriminados por ser minoría, estarían discriminando a las parejas heterosexuales que si tiene regulación jurídica.

Asimismo, existe un punto importante de resaltar y es que DIVORCIO no es igual DISOLUCIÓN, son figuras legales distintas con distintos requisitos y regulados en distintas partes del código civil.

“Artículo 8. - Causales de Nulidad de la Unión Civil No Matrimonial

La Nulidad de la Unión Civil No Matrimonial se regirá de acuerdo a lo correspondiente a la Nulidad del Acto Jurídico de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 219° del Código Civil.

También serán causales de Nulidad de la Unión Civil No Matrimonial:

El matrimonio, unión de hecho o Unión Civil No Matrimonial previa y vigente de alguno de los contrayentes.

La consanguineidad o afinidad en línea recta.

La consanguineidad en segundo grado de la línea colateral.

La afinidad en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio, unión de hecho o Unión Civil No Matrimonial anterior se finiquitó por divorcio o disolución y el ex-cónyuge o excompañero vive.

La condena por homicidio doloso de uno de los compañeros civiles y/o conyugues con el sobreviviente a que se refiere el artículo 5, inciso e) de esta ley”.

COMENTARIO: Este artículo contiene un tema muy delicado porque sumergue a la unión civil en el ámbito Civil, al señalar que la nulidad de la unión civil se rige por lo señalado en el artículo 219 del Código Civil, pero revisemos que señala el artículo 219 del Código Civil:

“El acto jurídico es nulo:

- 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
- 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
- 4.- Cuando su fin sea ilícito.
- 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
- 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- 7.- Cuando la ley lo declara nulo.
- 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.”

Como se puede observar este artículo señala causales de Nulidad de un acto Jurídico cualquiera que puede ser un contrato civil u otro acto jurídico; que solo crearía confusión entre los operadores de justicia puesto las propulsores de la unión civil quieren que se les otorgue derechos inherentes a los matrimonios (derecho de familia) pero dentro de sus normas incorporan las normas para actos jurídicos distintos al matrimonio; esto solo ocasionaría que no se pueda aplicar la norma por su extrañeza y complejidad.

“Artículo 9.- Acción de nulidad

La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual. Si la nulidad es manifiesta, el juez la declara de oficio. Sin embargo, disuelta la Unión Civil No Matrimonial, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la nulidad ni el juez declararla de oficio”.

COMENTARIO: En virtud de lo señalado en el párrafo anterior cualquier persona que crea que la unión civil de dos personas sea nula y tenga legítimo interés, solo le bastara alegar lo señalado en el artículo 219 del Código Civil para solicitar su Nulidad, generando que existan muchas demandas de Nulidad de Acto Jurídico respecto de la Unión Civil y que sean de competencia de un Juez Civil y no de Familia; con esto dos jueces de distinta competencia por materia podrán resolver sea la nulidad o disolución de la unión civil; generando un caos para el sistema judicial; el cual pagaría las consecuencias de dar derechos a las parejas homosexuales pero en la forma errada.

“Artículo 10.- Celebración de contratos

Las personas que conforman una Unión Civil pueden celebrar contratos que regulen sus relaciones personales y efectos patrimoniales derivados de la convivencia, como así también las compensaciones económicas que consideren adecuadas para el caso de disolución de la unión, siempre que el objeto de los contratos no sea contrario a la ley, el orden público ni las buenas costumbres”

COMENTARIO: En este artículo se señala unas líneas muy importantes que dice “ni las buenas costumbres”, ahora como podemos definir buenas costumbres, para las parejas homosexuales unirse por medio de esta unión civil no afecta las buenas costumbres pero para la gran mayoría de ciudadanos la unión civil si afecta las buenas costumbres que tienen arraigadas de muchos años; por lo que incluir esta línea solo trae que sus contratos sean nulos y puedan ser declarados solo porque la unión civil va en contra de las buenas costumbres; lo que genera que el poder judicial reciba muchas demandas de nulidad de contratos por ser contrarios a las buenas costumbres.

COMENTARIO FINAL:

Como se ha desarrollado en los capítulos anteriores, la unión civil entre parejas homosexuales es constitucionalmente posible, en virtud a la defensa de derechos fundamentales que les atribuye la posibilidad de solicitar al estado les otorgue una legislación para regularizar su situación de convivencia a las parejas del mismo sexo; pero esta viabilidad no significa que en afán de tener una ley que les otorgue los derechos que siempre han deseado, elaboren un proyecto de Ley que no guarda relación al tema que se desean legislar; esto se aprecia del íntegro del proyecto de ley, el cual no contiene artículos con redacción original el cual verdaderamente

legisla los temas exactos en los cuales se sienten discriminados y por ende no ejerzan su derecho a la libertad en su real magnitud; sino por el contrario podemos observar que la mayoría de artículos son copia con algunos arreglos del Libro III (Derecho de Familia) del Código Civil, el cual regula el matrimonio; por lo que los detractores de esta ley, cuando señalaban que era un matrimonio encubierto tienen razón, ya que no podemos aplicar los artículos al matrimonio y a la unión civil, si ambas son figuras jurídicas distintas que regulan a distinto tipo de personas.

Este proyecto también deja en evidencia que la unión civil quiere ser más parecido al matrimonio que a la unión de hecho; puesto que no se ha considerado ningún artículo del Código Civil y la Constitución que regula la unión de hecho; asimismo el proyecto evidencia que le otorga más y mejores beneficios y derechos, así como obligaciones a las parejas que conformen la unión civil, respecto de aquellas que conformen una unión de hecho; este problema que a todas luces es discriminatorio respecto a las uniones de hecho, puede generar un problema para el estado, cuando las parejas de unión de hecho reclamen los mismos derechos que las parejas que forman una unión civil; de esta manera se crea un conflicto de interés en una sociedad, donde la unión civil tiene muchos detractores.

La voluntad del legislador al elaborar el proyecto de unión civil fueron de dotar a una minoría de derechos que posee la mayoría; pero el proyecto contiene normas muy deficientes y erradas, la redacción de esta norma es muy pobre y hasta es copia del código Civil, la cual no va a generar beneficio para las parejas homosexuales, sino por el contrario va a crear problemas tanto para dichas parejas sino que para los operadores de justicia quienes deberían de aplicarla en determinadas circunstancias, les será difícil y hasta imposible aplicar la norma como las parejas del mismo sexo lo desean.

Como se observa del proyecto de unión civil muchos de sus artículos son copia casi igual o con algún cambio de alguna palabra de los artículos del Código Civil en su Libro III (Derecho de Familia) en su Sección Primera (Disposiciones Generales) y en su Sección Segunda (Sociedad Conyugal); y esto en una democracia y un país que mejora y avanza cada día no puede darse, puesto que las normas deben plasmar la realidad de las personas para quien está dirigida y no copias normas que están dirigidas a un grupo de personas distintas.

El proyecto de Unión Civil, se desestimó en la comisión de Justicia, pero no fue por su deficiente redacción y elaboración o por que los congresistas la hayan analizado de manera profunda; sino que unos por principios religiosos morales y otros porque no comprendían el alcance de esta ley y su forma de regulación; pero debo de sacar una conclusión respecto a lo sucedido en la comisión de justicia; y es que ninguno de los congresistas analizo y reviso con calma no solo el proyecto de unión civil, sino las normas constitucionales que protege la constitución; puesto que si es verdad que es jurídicamente viable el proyecto de unión civil y lo demuestra la Sentencia de los Tribunales Constitucionales del Mundo y del Perú, la doctrina también la avala; pero esto no es significado para que se apruebe un proyecto con clara deficiencias y errores, el cual no se ha redactado en base a un estudio jurídico serio.

CAPITULO II: OPINION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEFENSORIA DEL PUEBLO

INFORME DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

En el año 2014, previo a debatirse el proyecto de Unión Civil en la comisión de justicia del congreso, se solicitó al ministerio de Justicia que emita una opinión jurídica respecto del tema, a lo cual el ministerio de justicia dio respuesta enviando su opinión mediante el Informe N° 2014-JUS/DGDH; opinión que merece ser analizada en algunos párrafos que son de importancia para este trabajado de investigación.

INFORME N° 2014-JUS/DGDH DEL MINISTERIO DE JUSTICIA¹⁶⁰:

En el presente subcapítulo se desarrollara el informe realizado por el ministerio de Justicia:

“En el literal b) del artículo 4° del Proyecto de Ley se enuncian la mayoría de los mencionados derechos de los integrantes de la UCNM asimilándolos a los derechos de los parientes de primer grado. No obstante, conviene precisar, siguiendo lo precedentemente señalado, que solo dos de los derechos allí consignados podrían ingresar en dicha asimilación, a saber, el derecho de visita a establecimientos de salud, y el derecho a la toma de decisiones para el

¹⁶⁰[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/24F403AE5D6F527605257CFC0076AC23/\\$FILE/doc27032014-140153.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/24F403AE5D6F527605257CFC0076AC23/$FILE/doc27032014-140153.pdf)

inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencia. Los demás son derechos inherentes al vínculo civil de pareja que la UCNM genera, motivo por el cual se hace necesaria una correcta delimitación conceptual de derechos en el referido artículo 4°.

El artículo 4 señala todos los derechos que no solo son de la unión civil sino de las parejas que forman un matrimonio y que en buena cuenta son solo en materia patrimonial, y que las uniones de hecho también tienen; no encontrando una diferencia sustancial que obligue crear una ley especial con normas para una un grupo específico de personas. El ministerio de justicia incurre en error al delimitar correctamente el petitorio, en especial precisándolo en referencia a derechos de orden de familia como son visitas a centros penitenciarios y otros, esto debido a que en el futuro fruto de las nuevas doctrinas y jurisprudencias se puede ampliar o modificar estos derechos, al ser el derecho de familia muy volátil, le cortaría la posibilidad a las parejas que forman una unión civil poder tener estos derechos al ser clausula cerrada.

“Siendo ello así, se aprecia que uno de los objetivos del Proyecto de Ley consiste en la institucionalización de una proyección del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2°, inciso 1, de la Constitución Política”.

El Ministerio de Justicia (Minjus); en este párrafo le otorga una interpretación errada de la norma pues, señala que el espíritu de la norma es darle naturaleza de instituto a la unión civil es decir equiparar a la unión civil como en el matrimonio al ser ambas institutos; pero esto es un grave error jurídico, puesto como se ha expuesto en este trabajo de investigación el matrimonio es un instituto natural creado hace mucho siglos atrás con el fin de diferenciarlo de un contrato privado normal; en cambio la unión civil es una creación reciente de los países en los cuales no existe la unión de hecho y que solo regulo derechos patrimoniales, y en el Perú en específico en una creación reciente a la cual NO se le puede otorgar la calidad de instituto solo porque se quiera proteger un derecho fundamental con es el libre desarrollo; si esto fuera así en el futuro cuando una persona quiera ser polígama en virtud de su derecho al libre desarrollo también solicitara que sea una institución solo porque su derecho fundamental está por encima de cualquier norma, principio u otro derecho fundamental

Ahora respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya este trabajo de investigación ha profundizado dicho tema; pero también se ha zanjado que ningún derecho es absoluto, sino que existen limitaciones que la sociedad impone y que el mismo tribunal constitucional ha reconocido.

“Este derecho fundamental guarda una relación singularmente estrecha con el principio-derecho de dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de la Constitución Política. La dignidad humana actúa como fundamento de todos los derechos humanos, y, tal como ha reconocido el Tribunal Constitucional supremo intérprete de la Constitución¹⁶¹, comprende en su contenido el valor de la libertad y de la autonomía de todos los seres humanos¹⁶²”.

“En esta línea, con relación al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal Constitucional refiere que su contenido protege “una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”¹⁶³.

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad es, pues, la concreción, bajo la forma de derecho subjetivo, del valor de la autonomía que dimana de la dignidad humana constitucionalmente reconocida. Y la autonomía implica la autodirección, es decir, esa facultad derivada de la libertad moral de cada ser humano para poder crear sus planes de vida, así como los medios que estime convenientes para llevarlos a cabo”.

En este párrafo el MINJUS relata los derechos fundamentales que avalan la unión civil y que son correctos, puesto el estado garantiza la protección del derecho a la dignidad y la autonomía de cada persona; pero no solo la dignidad es fuente para la viabilidad de la unión civil sino otros derechos que se han desarrollado en los anteriores capítulos que avalan la unión civil pero no de la forma propuesta.

161 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 28301. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El Peruano: 23 de julio de 2004, artículo 1°

162 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 19 de julio de 2011, recaída en el Expediente N° 0032-2010-PI, F. J. 53.

163 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 24 de noviembre de 2004, recaída en el Expediente N° 2868-2004-PA, FJ. 14

En estos párrafos el MINJUS desarrolla el derecho al libre desarrollo de la personalidad como fundamento esencial de la unión civil, a lo cual estoy desacuerdo, ya que el derecho este derecho a facultado que en otros legislaciones se apruebe o la unión civil o el matrimonio entre personas del mismo sexo, además el Tribunal Constitucional ha determinado que el derecho a contraer matrimonio es una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad el cual se puede extender a la unión civil, ya que los derechos fundamentales no pueden restringir derechos sino por el contrario extender sus efectos; entonces si las personas del mismos sexo que viven juntas desean tener derechos patrimoniales inherentes a su relación su derecho debe estar garantizado; pero dicho no puede ser desnaturalizado y llevado al extremo de homologar la unión civil con el derecho a contraer matrimonio mediante una Ley que textualmente solo regula la unión civil, cuando lo correcto es elaborar una norma de matrimonio entre personas del mismo sexo si es que se desea tener todos los derechos y obligaciones más si el Tribunal Constitucional (TC) estableció que todos tenemos el derecho a elegir con quien contraer matrimonio y cuando contraer matrimonio en la STC N° 2868-2004-PA/TC, como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

“Es así que, como quedó dicho, al pretender dar reconocimiento jurídico a una unión de pareja autónomamente generada, el Proyecto de Ley dota de institucionalidad jurídica a una manifestación del libre desarrollo de la personalidad de dos seres humanos del mismo sexo mayores de edad”

Una vez más se señala que el proyecto de ley dota de institucionalización a la unión civil, esto es equiparar la unión civil al matrimonio el cual la Constitución le ha reconocido su carácter de institución natural debido a que a lo largo de la historia el matrimonio ha formado y fortalecido su naturaleza de institución; pero en cambio a la unión civil con una sola norma se le quiere otorgar la calidad de instituto, apreciación errada por parte del MINJUS el cual no ha tomado el tiempo para revisar que es una institución y que la misma no está directamente vinculada a la protección o no de un derecho fundamental, sino al hecho o situación jurídica que va a proteger; veamos un ejemplo claro, en el Perú existe desde tiempos ancestrales el concubinato el cual a posterior se le denominó unión de hecho y se le incorporo en la Constitución Política en el artículo 5 pero NO SE LE dio la naturaleza de Institución siendo ancestral su origen y formación; entonces la unión

civil que es igual que la unión de hecho debería dársele la calidad de Institución si su nacimiento y formación es actual, sino cumple con los requisitos de instituto; la respuesta es para equiparla al matrimonio desde el ámbito doctrinario y social; mas no desde el aspecto derechos patrimoniales.

“Así las cosas, corresponde interrogarse si la decisión voluntaria de celebrar una UCNM puede implicar la afectación de derechos fundamentales de terceros.”

“En relación con tal interrogante, en primer término, corresponde señalar que el Proyecto de Ley, con acierto, se ha asegurado de que tal afectación no se produzca al establecer una serie de impedimentos para la celebración de la UCNM, los cuales se encuentran básicamente relacionados con impedir que la contraigan personas jurídicamente no capaces o si ella conlleva la lesión de intereses de terceros”.

COMENTARIO: Respecto a que la unión civil no afecta derechos de terceros es correcta dicha afirmación; ya que del proyecto de Ley y la legislación comparada se observa que no puede afectar en su celebración derechos fundamentales de terceras personas ajenas a la unión ya que estos no intervienen en la unión. Pero respecto a los impedimentos para la celebración el proyecto es errado y deficiente y si puede afectar derechos de terceros como se señaló en las primeras páginas del presente trabajo de investigación; esto evidencia que no se ha estudiado y analizado con sumo cuidado dicho proyecto el cual fue descartado pero que quiere presentarse uno similar que tiene los mismos defectos y errores.

“Para responder la interrogante planteada es necesario, ante todo, discernir la diferencia entre ética pública y ética privada. La primera, representada, en esencia, por los derechos fundamentales, es aquella que el Derecho del Estado Constitucional hace suya en aras de garantizar que cada ser humano tenga oportunidad de construir o asumir su modelo de virtud y de desarrollar, individualmente o en comunidad, su plan de vida, en tanto ser con dignidad. La segunda está constituida, justamente, por el indeterminado catálogo de modelos de virtud o ideales de planes vitales que pueden asumir los seres humanos durante su existencia.”

“Se puede decir, pues, que la ética pública y los derechos fundamentales a ella relacionados, son la garantía vinculante y coactiva (jurídica) para proteger el desarrollo de una ética privada y una decisión de vida cuyo contenido en ningún caso puede adoptar una forma vinculante y coactiva (jurídica)”.

“En aquellas situaciones en las que se confunden la ética pública y la ética privada, comienzan a presentarse ciertas patologías que afectan sensiblemente a los derechos fundamentales de la persona. Se trata de supuestos en los que el Estado pretende regular la conducta de la persona humana bajo un rígido y omnicompreensivo paradigma moral ideológico o religioso, dando lugar a un sistema asfixiante de la libertad en el que el ser humano no encuentra en el Derecho la garantía del reconocimiento de su autonomía moral, sino el aparato que asegura su condición de objeto del poder. Desde luego, se trata de escenarios muy alejados del espíritu del Estado Constitucional, y que, antes bien, comulgan con los Estados totalitarios o con los Estados confesional fundamentalistas¹⁶⁴.”

Es correcta y acertada que el MINJUS haya explicado porque la unión civil no afecta derechos de terceros por lo siguiente:

Porque no obstante que la norma está mal redactada su esencia es la unión de parejas del mismo sexo que quieren tener derechos patrimoniales que tienen las uniones de hecho las cuales son semejantes y que de ninguna forma afectan derechos o bienes u obligaciones de terceros.

El MINJUS realiza una explicación jurídica doctrinal acertada, para que los juristas puedan leer y de ser el caso que crean que es errada o incompleta puedan dar su opinión y de esta forma garantizar que se mejore el presente informe.

La población también podrá revisar y comprender que sus derechos no están siendo afectados con una eventual ley de unión civil, y así respetar el derecho de todos los ciudadanos.

Esta primera parte se resume a DERECHOS FUNDAMENTALES de las parejas de unión civil y de la demás población que este en contra o a favor; ambos señalan que sus derechos son violados con la el proyecto de unión civil, unos por no aprobarse la ley y otros porque se verán afectados por la ley; pero debemos de hacer una test de ponderación de derechos para poder realmente determinar si existe esta situación angustiosa para ambos grupos de personas, el cual en mi opinión dará como resultado los supuestos derechos afectados por las personas en contra de la unión civil no existen en la realidad sino existe la imposición de sus propia

164 Cfr. Peces-Barba, G., “Ética Pública – Ética privada”, en AA.VV., *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Vol. II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 1233 – 1234

idea de derechos a un grupo de personas que son las cuales se estaría limitando el ejercicio de sus derechos validos como son negarles ciertos derechos patrimoniales por su naturaleza homosexual

“En ese sentido, tal como ha razonado el Tribunal Constitucional, “el moralismo legal o perfeccionismo, coacciona a la persona para que ésta, supuestamente por su propio bien, se adecue a un concreto ideal de vida o patrón de excelencia humana, que la mayoría social considera moralmente virtuoso. (...). Desde luego, dado que el Estado Constitucional tiene como unos de sus principales valores fundamentales a la libertad, a la autodeterminación y al pluralismo, toda medida perfeccionista se encuentra proscrita¹⁶⁵”.

“De esta manera, cabe afirmar que el marco jurídico constitucional y legal desenvuelto en el espectro de la ética pública, tiene por propósito establecer una serie de normas iusfundamentales que permitan a cada ser humano desarrollar su plan vital a partir de una amplia capacidad, constitucionalmente reconocida, para dotar libremente de contenido a su ética privada¹⁶⁶. Y aunque este reconocimiento recorre transversalmente el Derecho de la Constitución, puede afirmarse que tiene su reconocimiento más directo en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución cuando se alude al derecho fundamental de la persona humana al libre desarrollo de su personalidad, antes mencionado”.

Se observa también de esta opinión que está sustentada casi exclusivamente sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental vulnerado por parte de parejas homosexuales, así como que el ejercicio de dicho derecho no implica la afectación de terceros; y es correcta dicha premisa pero en la exposición de motivos se hace referencia que no solo es un solo derecho fundamental vulnerado sino son otros como el derecho a la dignidad, a la igualdad y no discriminación que pueden reforzar el derecho al libre desarrollo y tener una base constitucional más amplia y fuerte; pero el MINJUS no hace referencia dichos derechos por lo que haremos una explicación:

a.- Derecho a la Dignidad; se relaciona con el derecho al libre desarrollo en el sentido que la persona al ejercer su derecho al libre desarrollo se reconoce que esta tiene metas y proyectos en la vida, así como se proyecta con quiere ser sin controles

165 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 19 de julio de 2011, recaída en el Expediente N° 0032-2010-PI, F. J. 50.

166 Cfr. Peces-Barba, G., *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 11 y ss

o coacciones; pero si se limita dicho derecho también se viola su dignidad al no poder proyectarse en la persona que desea ser y el proyecto de su vida que quiere ejecutar; y esto sucede al privarse a las parejas del mismo sexo a formar su unión civil al limitarles sus proyectos como una sociedad de gananciales que puedan formar afectando su dignidad.

b.- Derecho a la Igualdad y No Discriminación; esta se afectada al no poder tener el mismo estatus que las uniones de hecho en relación a los derechos patrimoniales que se les ha concedido; sintiendo que su derecho a ser tratado de la misma forma ha sido vulnerado ocasionando que colateralmente se afecte el derecho al libre desarrollo.

“Asumida esta medular diferencia, resulta sencillo entender que en ningún caso puede asumirse que una decisión autónoma adoptada por un ciudadano resulta disconforme con los derechos fundamentales, simplemente porque resulta reñida con el ideal de plan de vida o el modelo de virtud de otros seres humanos, con prescindencia de si estos constituyen una mayoría social.”

“En consecuencia, no cabe válidamente concluir que la decisión voluntaria de dos personas de celebrar una UCNM afecta derechos fundamentales de terceros, bajo el argumento de que un sector de la sociedad lo considera disconforme con cierto modelo de virtud. Para llegar a tal conclusión sería necesario acreditar que dicha unión impide a tales terceros desarrollar sus planes de vida o continuar construyendo sus propios patrones de excelencia humana, cuestión que con claridad no ocurre.”

“En definitiva, el reconocimiento y protección jurídica de las parejas conformadas por personas del mismo sexo se encuentra estrechamente vinculado con la libertad de estas de ejecutar su proyecto de vida en común a fin de darle sentido a su propia existencia y permitir su realización como seres humanos. Tal ejercicio de libertad no afecta derechos fundamentales de terceros, ni deriva de alguna clase de compulsión interna. Consecuentemente, la UCNM entre personas del mismo sexo representa una constitucionalmente válida institucionalización del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de dos personas, que actúan en ejercicio de su autonomía, derivada de la dignidad humana”.

En estos párrafos el MINJUS concluyendo en forma correcta que la oposición de terceros no nace de una afectación a sus derechos sino de su cosmovisión que tienen de sociedad correcta con cañones de correcto muy arcaicos y que no van en

concordancia con los tiempos que se viven, ni la evolución que ha sufrido la sociedad desde hace algunos años atrás; pero el agravante es el deseo imponer una sociedad como ellos desean sin considerar que existe un grupo de personas que sienten que sus derechos fundamentales han sido vulnerados.

Pero estoy en contra de la afirmación que señala que la unión civil es una institución que la constitución garantiza, siendo esta afirmación FALSA Y ERRADA, debido a que la Constitución solo ha establecido al matrimonio como un instituto natural, y la unión civil mediante una ley quiere otorgarse esa naturaleza sin pasar por el proceso de formación de institución; pero lo que agrava más esa afirmación errada es que se sustenta en el ejercicio del derecho al libre desarrollo, entonces también el divorcio podría ser un instituto ya que se sustenta en el mismo derecho u otro derecho; por lo que el MINJUS debió hacer un análisis más profundo y no solo usar dicho derecho.

“Como es sabido, el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución Política reconoce el principio-derecho a la igualdad, precisando que “nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

“Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha destacado que “la igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele”¹⁶⁷.

“Así las cosas, corresponde preguntarse si la orientación sexual no heterosexual constituye una categoría sospechosa de discriminación. El desarrollo del siguiente punto se encuentra orientado a responder documentadamente esta interrogante”.

“En mérito a lo anterior, es posible advertir que del ordenamiento jurídico peruano se desprende la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual de las personas y que, en tal sentido, corresponde al Estado peruano abstenerse de realizar acciones dirigidas

167 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 28 de junio de 2004, recaída en el Expediente N° 0606-2004- PA, F.J. 9.

a crear situaciones de discriminación por este motivo, así como adoptar las medidas necesarias para revertir las situaciones discriminatorias existentes¹⁶⁸”.

“En definitiva, a la luz de lo expuesto, siendo la orientación sexual no heterosexual una categoría sospechosa de discriminación, ni el Estado ni los particulares pueden establecer diferenciaciones, ni desconocer o restringir los derechos de las personas basándose en dicho criterio, a menos que cuenten con argumentos objetivos, razonables y proporcionales que así lo justifiquen”.

En este apartado y como se ha señalado en los párrafos anteriores, no está en discusión el derecho a la igualdad de las personas del mismo sexo que quieren formar una unión civil; pero el MINJUS le da una orientación errada, ya que dicho derecho se viola al permitir la UNIÓN DE HECHO que NO ES un MATRIMONIO que no es un INSTITUTO y que otorga los mismos derechos que el matrimonio en cuanto le favorezca, pero NO permitir la UNIÓN CIVIL la cual es IDENTICA a la UNIÓN DE HECHO con la salvedad que NO PUEDEN adoptar niños, pero en lo demás es similar; entonces debatir sobre trato diferenciado o restringir derechos como la hace el MINJUS no tiene fundamento si no lo compara con una situación similar como es la unión de hecho; solo han logrado confundir más a la población con explicaciones que solo ellos mismos entienden.

El artículo 4° de la Constitución Política establece, en lo que ahora resulta pertinente, que “la comunidad y el Estado (...) promueven el matrimonio”, reconociéndolo como instituto natural y fundamental de la sociedad. Inmediatamente, el mismo precepto dispone que “la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

Desde luego, que la Constitución reconozca al matrimonio como instituto “natural”, no puede ser interpretado en el sentido de que la forma y las condiciones de su constitución vengán determinadas por algún factor de carácter iusnatural o metafísico, proveniente, por ejemplo, de alguna fe religiosa.

El MINJUS en este extremo no ha revisado la formación del matrimonio en el Perú, el cual nos enseña que el matrimonio como institución nace en el ámbito religioso y no civil e incluso en el Código Civil de 1936 recién se incorpora el matrimonio civil y no antes, por tal motivo la Constitución le otorga tal calidad y los requisitos

168 DEFENSORÍA DEL PUEBLO: “La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes”. Documento de Trabajo N° 2. Lima: 2007, p. 51 y ss.

son muy parecidos a los que la Iglesia estableció muchos años atrás, por lo que se debe de dar el respeto y merito que tuvo la iglesia en la consolidación del matrimonio.

“Tal tipo de razonamiento no solo se toparía con obstáculos de orden epistemológico al no poder sustentar desde la ética pública de la Constitución la existencia de tal parámetro iusnatural, sino que, a su vez, resultaría manifiestamente discriminatorio frente a aquellos seres humanos que no participan o discrepan de aquellas creencias subjetivas.”

“Por ende, la asignación del atributo “natural” a la institución matrimonial solo puede interpretarse en el sentido de que el hecho social que permite establecer jurídicamente su institucionalización precede a la formación del Estado y a su reconocimiento constitucional.”

Estas afirmaciones son nuevamente erradas; ya que la separación y la forma del matrimonio se regulan por ley, pero no como así lo señala el MINJUS, ya que debemos de recordar que el Matrimonio en el Perú tiene una naturaleza mixta la cual es:

Como Contrato: por eso existe el acuerdo de voluntades, las condiciones pre-establecidas como son la formación y separación de los cónyuges y

Como Instituto: Por cuanto el matrimonio no puede ser un contrato perfecto al existir muchas cláusulas que no se pueden imponer como son las de condición o modo o los vicios de la voluntad y en especial porque su naturaleza de institución le da su forma especial de los cónyuges formar una sola entidad y la fuerza que el contrato no le da.

Por estas razones la señalado por el MINJUS es errado y solo da lugar a que se desnaturalice el proyecto de unión civil.

Desde luego, la referencia a “un varón y una mujer” realizada por el artículo 5° de la Constitución, no puede ser interpretada en el sentido de que el legislador se encuentra constitucionalmente prohibido de extender la aplicación de esta institución a las parejas del mismo sexo. Significa tan solo que se encuentra constitucionalmente prohibido de desconocer la aplicación de esta institución a personas de distinto sexo. Un razonamiento distinto conllevaría asumir que la Constitución ha impedido al legislador adoptar medidas que permitan dotar de mayor eficacia al principio-derecho a la igualdad y no discriminación constitucionalmente reconocido, lo cual no es posible, pues, como es sabido, el Tribunal

*Constitucional exige interpretar las reglas e instituciones constitucionales conforme a los principios en ella reconocidos, en particular, conforme a los derechos fundamentales*¹⁶⁹.

*Si nos atenemos a lo expuesto y a que, como ha quedado dicho, a criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual”*¹⁷⁰, más allá del nomen iuris que reciba el instituto concreto, lo cierto es que la esencia de los derechos que les son legalmente reconocidos a las parejas de distinto sexo, deben también serles reconocidos a las parejas del mismo sexo.

Este es el único párrafo en el que el MINJUS hace mención de la Unión de Hecho, pero NO le ha dado la importancia debida, sino que hace una mezcla de matrimonio y de unión de hecho para aprobar la unión civil, lo cual no era necesario; siendo solo necesario comparar la unión civil con la unión de hecho para señalar su igualdad.

OPINIÓN DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO

De igual forma la Defensoría del Pueblo, en el año 2014 también emitió su opinión favorable a la aprobación del proyecto de unión civil; el cual incentivo para que el proyecto fuera discutido en la comisión de justicia con el resultado conocido por todos de su no aprobación.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación, es necesario el análisis de los párrafos más importantes de dicha opinión para comprender como se interpreta la protección de derechos fundamentales en el país.

INFORME DE ADJUNTIA N° 003-2014-DP/ADHPD DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO¹⁷¹ (Opinión del Proyecto de Unión Civil)

Al respecto, es necesario precisar que la prohibición de discriminación es, en el Derecho Internacional, una norma de Jus Cogens, (consecuencia lógica del principio-derecho a la igualdad), lo que significa que es de obligatorio cumplimiento para todos los Estados, sin

169 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 8 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 5854-2004-AA/TC.

170 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, ob. cit., párr. 193.

171 <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2014/Informe-de-Adjuntia-003-2014-DP-ADHPD-1.pdf>

admitir pacto en contrario, de conformidad con el artículo 53° de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados.

Así, tenemos que la Constitución Política señala expresamente que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, por lo que nadie puede ser discriminado «por motivo de origen, raza, sexo, idioma, opinión, condición económica o de cualquier otra índole». Esta fórmula constitucional de carácter abierto incluye a la orientación sexual e identidad de género, aunque no estén reconocidas de manera expresa en el texto constitucional.

La Defensoría del Pueblo a diferencia del Ministerio de Justicia si aborda el tema de la Discriminación y señala que las personas homosexuales no pueden ser discriminadas, además que dicha discriminación está prohibida no solo por la Constitución sino por Tratados Internacionales; ahora debemos de diferenciar dos hechos distintos como son:

a.- Las personas homosexuales en el Perú no deben de sufrir discriminación en ningún ámbito de su vida como puede ser en el ámbito laboral, o la prestación de un servicio.

b.- El segundo hecho es si prohibirles que formen una unión civil no matrimonial para garantizar sus derechos patrimoniales u otros análogos que tienen las uniones de hecho, es un acto discriminatorio del estado que valga la redundancia discrimina a las personas del mismo sexo por su condición.

Estos dos conceptos son distintos ya que el primero es una concepto muy general y amplio, mientras que el segundo es específico y está inmerso en el anterior; pero la defensoría del Pueblo si aborda este tema el cual guarda mucha relación con el pedido de la unión civil.

En resumen, podemos afirmar que la igualdad debe entenderse como un derecho a título subjetivo y como un principio constitucional. Como derecho:

“[...] permite que cualquier persona o sujeto titular de derechos se auto determine de forma igual o similar al resto de sus semejantes, sin que pueda verificarse como admisible circunstancia discriminatoria insustentada, sea que esta se genere por actos; sea que se genere por omisiones; sea que esta provenga del Estado o la sociedad, sea que esta se genere por voluntad o decisión de los sujetos privados o particulares. La igualdad así concebida

busca proteger a todo ser humano contra el trato desigual que se juzgue arbitrario por no tener sustento objetivo razonable, racional, adecuado y proporcional¹⁷²”.

“Ahora bien, a nivel legal, el Código Procesal Constitucional es la única norma de alcance nacional que se refiere a la discriminación por orientación sexual¹⁷³, aunque no hace referencia a la identidad de género¹⁷⁴.”

Como comentario final, la Defensoría el Pueblo hace un resumen largo y tedioso del derecho a la no discriminación de las personas LGTB en la cual se incluyen las personas del mismo sexo, es más incluso hacen referencias a Sentencias de Estados Unidos referidas al derecho de las madres de poder abortar como derecho a no ser discriminadas - jurisprudencia errónea que o puede ser acotada por cuanto no guarda relación con el tema de la unión civil- pero no hacen argumentación del porque el derecho a no ser discriminado esta siendo violado al prohibirse la unión civil o de forma al oponerse parte de la población a la unión civil se afecta el derecho de las personas del mismo sexo a formar la unión civil; entonces si no existe tal argumentación no era necesario realizar una descripción extensa del derecho a la discriminación, cuando ya es de conocimiento público que ninguna persona puede ser discriminada.

Asimismo se ha señalado que la unión civil no tiene naturaleza de institución, por el contrario si tiene naturaleza contractual, es decir que es un contrato especial en el cual se unen de personas del mismo sexo para poder tener los mismos derechos patrimoniales del matrimonio pero en lo que le favorezca; entonces negarles a formar este contrato patrimonial solo por su condición de homosexuales si afecta su derecho a la no discriminación y lo cual no puede ser aceptado ni permitido por el estado.

172 STC N° 05680-2009-AA/TC, FJ. 8.

173 Cabe indicar que si bien hay algunas ordenanzas que incluyen a la orientación sexual como motivo proscrito de discriminación, estas normas son de alcance local o regional.

174 Los Principios de Yogyakarta señalan que la orientación sexual’ se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, en tanto que ‘identidad de género’ se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, 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.

“Por su parte, y realizando una interpretación amplia del artículo 7° de la Convención Americana¹⁷⁵, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

[...] el derecho al libre desarrollo de la personalidad, incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.”

En consecuencia, si el libre desarrollo de la personalidad permite a una persona optar por un proyecto de vida, independientemente de la orientación o identidad sexual de la persona, el ordenamiento jurídico no puede imponerle barreras que limiten su ejercicio en base a dicha orientación o identidad. Es decir, que, si bien no existen prohibiciones expresas para que las parejas homosexuales puedan acceder a ciertos derechos o prestaciones sociales, la omisión de normas y de políticas públicas a su favor constituyen afectaciones a su plan de vida, que no tienen sustento constitucional y que, por tanto, deben ser superadas desde el Estado.

Resulta ilustrativa de este tema la Sentencia N° C-075 de 2007, de la Corte Constitucional de Colombia, que, al exponer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, concluyó en que este no se restringía a la esfera individual de las personas. Así, reconoció la existencia de una discriminación injustificada frente a las parejas del mismo sexo, pues mientras se les reconocía el derecho a determinar su sexualidad, tal protección se limitaba solo al ámbito individual y, cuando decidían conformar una unión con un proyecto de vida en común, de forma permanente y estable, la defensa de sus derechos les era negada, en tanto no se les permitía resolver legalmente los conflictos patrimoniales que se presentaban cuando cesaba su vida en pareja¹⁷⁶.

Se puede notar que la opinión de la Defensoría del Pueblo contiene mucha más jurisprudencia y dogmática que la opinión del MINJUS, en relación a derechos fundamentales lo que quiere decir que el tema de la unión civil ha sido estudiado por parte de la defensoría del pueblo solo desde el ámbito de derechos fundamentales y su afectación; pero no se ha estudiado otros aspectos como son si la unión civil puede ser un contrato, si la unión civil tendrá más beneficios que

175 Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 7: Derecho a la Libertad Personal: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales

176 Cfr. QUINTERO VÉLEZ, Maribel. «El reconocimiento constitucional de la unión entre parejas del mismo sexo». En: Revista Electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Antioquia, N° 4, Año 2. pág. 9.

la unión de hecho; si los derechos invocados no serán similares a los del matrimonio y en el fondo el proyecto de ley si era uno de matrimonio con fachada de unión civil.

La defensoría del Pueblo al igual que el MINJUS describe el derecho al libre desarrollo que tienen todas las personas de escoger de forma libre como desean vivir su vida, con quien quieren vivirla, como desarrollar sus proyectos personales; pero lo más importante es que citan la Sentencia de la Corte de Colombia la cual otorgo protección constitucional a las personas del mismo sexo para formar una unión patrimonial como protección a su derecho al libre desarrollo; la cual sirve de conocer que si existe protección constitucional a la unión de parejas del mismo sexo para formar un patrimonio común semejante al matrimonio y el cual no depende de la aprobación de la población sino solo basta acreditar la violación de un derecho fundamental.

“La finalidad del Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR es establecer los derechos y deberes, de carácter patrimonial y no patrimonial, derivados de la unión voluntaria de dos personas del mismo sexo, a quienes se denomina compañeros civiles. Es decir, busca regular aspectos importantes no contemplados en la legislación nacional que están vinculados con la propia dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, entre otros, el derecho a tomar decisiones ante situaciones de emergencia en la salud; la visita al compañero o compañera civil en un hospital, centro médico o cualquier establecimiento de salud; acceso a la seguridad social, a los alimentos, a recibir protección contra la violencia familiar y otros beneficios de promoción social que pueda brindar el Estado.”

“En atención a lo señalado, la iniciativa legislativa comprende cuatro aspectos: i) la inscripción del registro de la unión civil no matrimonial ante el Registro Personal de los Registros Civiles, ii) los derechos y deberes de los/as integrantes de la unión civil no matrimonial, iii) los impedimentos para constituir una unión civil y iv) las causales de disolución o nulidad de dicho vínculo, entre otros aspectos”.

Tratándose de las uniones civiles entre personas del mismo sexo, algunos países acogen esta figura con el fin de dotar a estas personas de un marco jurídico de protección. Tales son los casos de Francia, Alemania, Finlandia, Luxemburgo, Reino Unido, Andorra, República Checa, Suiza, Austria y Liechtenstein.

En el caso colombiano, el reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo se ha dado por la vía judicial a través de la vasta jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional

de dicho país, que ha ampliado los derechos de las parejas heterosexuales a las conformadas por personas del mismo sexo, bajo el razonamiento que la desprotección de estas últimas limita su capacidad de autodeterminación, afecta derechos y su proyecto de vida¹⁷⁷.

Asimismo, resulta ilustrativo de este tema, la Sentencia N° C-075 de 2007, de la Corte Constitucional de Colombia, quien, desarrollando el derecho al libre desarrollo de la personalidad, concluyó que este no se restringía a la esfera individual de las personas. Así, reconoció la existencia de una discriminación injustificada frente a las parejas del mismo sexo, pues mientras se les reconocía el derecho a determinar su sexualidad, tal protección se limitaba solo al ámbito individual y, cuando decidían conformar una unión con un proyecto de vida en común, de forma permanente y estable, la defensa de sus derechos les era negada, en tanto no se les permitía resolver legalmente los conflictos patrimoniales que se presentaban cuando cesaba su vida en pareja¹⁷⁸.

La jurisprudencia y la legislación internacional a la cual ha hecho referencia la Defensoría del Pueblo son importantes porque permite apreciar como otros países han incorporado en sus legislaciones la unión civil o unión de hecho de personas del mismo sexo; y sea por una ley, por incorporación en la constitución o por decisión judicial; pero lo más importante en mi opinión es lo siguiente

Que la regulan como una unión de hecho y no tanto como una unión civil, esto permite acrecentar la hipótesis planteada en este trabajo de investigación, en el cual se ha señalado que no es necesaria una ley extensa de unión civil, sino solo se necesita modificar la unión de hecho en los siguientes extremos:

a.- Modificar la unión de hecho en la Constitución y ampliarla no solo a la unión de hombre y mujer, sino la unión de hombre o mujer, y de esta forma la unión de hecho se extiende a las personas del mismo sexo y de esta forma ya tienen protección constitucional, sin necesidad de una ley que pueda interpretarse como un matrimonio homosexual u otro parecido.

b.- Con la modificación de la Constitución se modificarían de forma automática el Código Civil y las normas en las cuales se cita a la unión de hecho como generadoras de derechos y como formadoras de derecho; pero si se debería

177 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-075/07, C-029/09, C-075/07, entre otras.

178 Cfr. QUINTERO VÉLEZ, Maribel. «El reconocimiento constitucional de la unión entre parejas del mismo sexo». En: Revista Electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Antioquia, N° 4, Año 2. pág. 9.

expresamente señalad que NO PUEDEN ADOPTAR NIÑOS en fin de salvaguardar la integridad de los menores y no generar problemas jurídicos.

“En otros países coexisten diversas formas de uniones entre parejas del mismo y diferente sexo, como en México D.F., donde existe el concubinato, la sociedad de convivencia⁴⁹ y el matrimonio. En todos los casos se garantizan el deber recíproco de alimentación y la generación de derechos sucesorios.”

“En el caso de Uruguay, la Ley N° 18.246 del año 2008 conceptualizaba la unión concubinaria como aquella situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas, sin importar su orientación sexual, identidad, orientación u opción sexual, que mantienen una relación afectiva de índole sexual, exclusiva, singular, estable y permanente, no unidas en matrimonio. A partir del 10 de abril de 2013, con la entrada en vigor de la denominada ley del «Matrimonio igualitario», Uruguay se convirtió en el duodécimo país del mundo en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, y el segundo en Latinoamérica después de Argentina que lo reconoció en el año 2010.”

“En el caso de Brasil, en el año 2011 el Supremo Tribunal Federal reconoció por unanimidad la unión civil de parejas del mismo sexo, otorgándoles los derechos y deberes que una familia posee.⁵⁰ Empero, el reconocimiento de las uniones homosexuales dependía de los jueces de cada Estado. Recién, el 15 de mayo del 2013, el Consejo Nacional de Justicia de Brasil estableció que la plena equiparación entre el matrimonio heterosexual y el homosexual resultaba de obligatorio reconocimiento para todos los Estados del país.”

“Finalmente, Argentina ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo desde el 15 de julio de 2010. De esta forma, el país se convirtió en el primero de América Latina en reconocer este derecho en todo su territorio nacional”.

Es necesario señalar que en Mexico ya existe el matrimonio igualitario; pero en este punto la Defensoría del Pueblo también hace referencia no solo a los países en donde existe unión civil, sino también en donde existe el matrimonio igualitario y lo pone como ejemplo y antecedente, lo cual no es conveniente ya que el matrimonio y la unión civil son totalmente diferentes y no pueden ser comparados, sino se puede caer en el error de poder asimilar la unión civil al matrimonio y en este sentido convertir la unión civil en matrimonio generando más dificultad para el legislador y para la sociedad.

“En el Perú las parejas del mismo sexo no tienen un marco normativo para el ejercicio y salvaguarda de sus derechos. Por ello, si deciden iniciar una relación, adquieren bienes y, luego se produce la muerte de alguno o de alguna, la otra persona quedará desprotegida al no tener la posibilidad de acceder al patrimonio de ambos, pues el Código Civil establece un orden de prelación en materia sucesoria, el cual no ha considerado a las parejas del mismo sexo¹⁷⁹.”

“Estas parejas tampoco pueden contar con el seguro de salud ni ser inscritos como beneficiarios de la seguridad social para el acceso a una pensión. Igualmente, en no pocas oportunidades enfrentan dificultades para visitar a su compañero/a en hospitales o clínicas, debido principalmente a la oposición de sus padres o familiares.”

“Cabe resaltar que, si bien las parejas homosexuales pueden evitar algunos perjuicios patrimoniales, si actúan con previsión y debido conocimiento legal sobre las normas civiles vigentes, éstas no les permiten un marco de protección adecuado de sus derechos.”

“Debe entenderse que la ausencia de una norma que regule la situación de las parejas del mismo sexo provoca prácticas discriminatorias como las antes anotadas. Cabe reiterar que la limitación o restricción a un derecho aparece cuando no se otorga el mismo trato a las personas en situaciones idénticas, utilizando como justificación criterios no aceptados por el derecho, como la orientación sexual.”

Se hace una descripción de todo el perjuicio patrimonial y algunos sociales que las parejas homosexuales están sufriendo en la actualidad por no tener una sociedad de gananciales y otros; y en este punto es necesario recordar que cuando se incorporó a la Constitución la unión de hecho y a posterior al Código Civil, también se alegó este perjuicio de las parejas heterosexuales que no se habían casado pero que estaban viviendo juntos por muchos años y se planteó que puedan tener derechos del patrimonio en cuanto les favorezca en virtud de la protección que ellos deseaban al elegir vivir una vida en común con su pareja; en la unión civil se da una situación igual entonces se podía extender la unión de hecho para dichas personas y garantizar los derechos que desean; pero siempre con la salvedad y

179 Según el artículo 816° del Código Civil respecto a los órdenes sucesorios, “Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.

salvaguarda de derecho que por su naturaleza no puedan extenderse a la unión civil.

“Lo señalado, evidencia la necesidad de establecer un marco de protección de los derechos de las parejas del mismo sexo, así como el reconocimiento jurídico por parte del Estado de las uniones civiles conformadas por parejas homosexuales”.

“Este desarrollo legislativo moderno se basa en el reconocimiento de una realidad social que incluye, cada vez con menos resistencia social, este tipo de uniones. Pero también a una comprensión amplia y garantista del concepto de familia. En efecto, tanto jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos como algunos nacionales han reconocido dentro del concepto legal de familia a las formadas por personas del mismo sexo.”

“Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que «en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma.»

“En el país, el reconocimiento de los nuevos tipos de familia no ha sido ajeno a la jurisprudencia. Así, tenemos que, en una demanda de amparo, el Tribunal Constitucional peruano señaló que:

“Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del páter familia. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituida¹⁸⁰”.

En este punto no creo conveniente entrar al tema legal del concepto de familia, ya que la petición de la unión civil era reconocerle derechos a la unión de parejas del mismo sexo los cuales son la sociedad de gananciales y otros, pero al tocar el tema de familia ya no está acorde con lo señalado por el Tribunal Constitucional en su STC N° N09332-2006-PA/TC¹⁸¹ el cual reconoce la existencia de la familia

180 STC N° 9332-2006-PA/TC

181 Modelo constitucional de Familia

reconstruida debido a las nuevas circunstancias que la sociedad ha sufrido por la modernidad de los tiempos como son padrastros o madrastras, madres solteras, abuelos; pero no se consideró la unión de parejas del mismo sexo como una nueva familia por lo que no es acertado por parte de la Defensoría del Pueblo extender su opinión sobre la familia; entonces al hacer extensiva esta sentencia del TC se estaría dando otro nuevo concepto de familia, cuando el espíritu de la norma no fue creada para eso, sino para otorgar derechos que le sean convenientes.

“La propuesta legislativa sienta sus bases en la protección que merece, en primer lugar, el principio de igualdad, pues busca superar la actual imposibilidad de que personas del mismo sexo accedan a la protección legal que otorga el matrimonio o la unión de hecho que se les reconoce a las parejas heterosexuales. Para mantener esta situación no existe ninguna justificación constitucional”.

En segundo lugar, encuentra sustento en la obligación que tiene el Estado de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de todos sus ciudadanos y ciudadanas, así como de

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

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

§ Las Familias Reconstituidas

8. En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el nomen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubiniaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.

9. Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida, tema de especial relevancia en el presente caso, por lo que se procederá a revisarlo.

14. Este Tribunal estima que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar –divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores– la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia.

proveerle de todas las oportunidades para desarrollar el proyecto de vida que, con libertad y dignidad, cada uno de nosotros decida llevar adelante, sin restricciones injustificadas de ningún tipo.

Por ejemplo, se ha utilizado como un argumento en contra que el reconocimiento legal de la unión entre personas del mismo sexo atentaría contra los derechos de las parejas heterosexuales establecidas o por establecerse. Esta aseveración se basa, fundamentalmente, en convicciones morales y religiosas o en las costumbres y tradiciones socialmente arraigadas. Sin embargo, tal como ha sostenido la ONU, el reconocimiento de una misma dignidad tanto a las personas LGBTI como a las personas heterosexuales resulta incuestionable bajo todo punto de vista.

Al respecto, el Estado tiene el deber de remover de su legislación toda regulación que en la práctica institucionalice un trato diferenciado sin la debida justificación, dado que tal hecho trasgrede de forma abierta el principio de igualdad. Si la exclusión de todo un grupo social se mantiene sin que se realicen esfuerzos para corregir tal situación, se impacta en lo más profundo de nuestra estructura constitucional.

Como conclusión final la opinión emitida por la Defensoría del Pueblo tiene diversos errores jurídicos ya que asmilla la unión civil al matrimonio cuando ambas figuras jurídicas son diferentes, si bien la primera guarda los derechos patrimoniales de la primera no pueden ser homologadas ya que incluso la unión de hecho no es homologada al matrimonio; encuentro que la defensoría del pueblo en su labor de protección de derechos fundamentales olvido que si les quiere reconocer a las parejas homosexuales los mismos derechos que las personas heterosexuales tienen en el matrimonio entonces lo que se debe postular es una iniciativa de norma de matrimonio entre personas del mismo sexo y no extender muchos derechos que ni si quiera se han reconocido a las uniones de hechos con la sola excusa de señalar que son una minoría vulnerada en sus derechos fundamentales; no obstante se rescata su gran interés en proteger y defender los derechos de las personas homosexuales que desean unirse por la unión civil, siendo que su opinión contiene diversos errores jurídicos.

La opinión señala algunas sugerencias para fortalecer el contenido de la propuesta legislativa, las cuales después de un análisis se llega a la siguiente conclusión:

Si bien es cierto que el proyecto de ley de unión civil, ha sido desechado; es importante resaltar que las sugerencias al proyecto de unión civil realizadas por la defensoría del pueblo son totalmente absurdas y sin sentido; las cuales evidencian un desconocimiento del derecho sus principios, su doctrina y su jurisprudencia a proponer modificaciones sustanciales al código civil, solo para darle el gusto a este tipo de parejas, sin prever que estas modificaciones solo podrían haber traído problemas al magistrados del poder judicial cuando se interpongan demandas.

El ejemplo más claro es el de señalar que se incorpore la causal de adulterio para la disolución de la unión civil; esta sugerencia demuestra el grado de desconocimiento e ignorancia del derecho su historia, sus principios, su doctrina; puesto que la causal de adulterio es exclusiva para el divorcio en los matrimonios, ya que esta causal se relaciona a pérdida de gananciales, indemnización y otros; asimismo como se puede aplicar por analogía normas del matrimonio a la unión civil no matrimonial, esto es incoherente y a la vez discriminatorio a las uniones de hecho, en las cuales también podrían reclamar el adulterio como disolución de su unión y solicitar la indemnización por el daño moral y otros derechos.

COMPARACIÓN DE AMBAS OPINIONES:

Una primera comparación es la semejanza que tiene ambos informes respecto de los derechos fundamentales que les asisten a las parejas homosexuales a formar su unión civil y son:

a.- En ambas opiniones, un tema importantes es el derecho a la no discriminación como derecho fundamental que poseen las parejas del mismo sexo, y el sustenta la base constitucional para legalizar la unión civil mediante el proyecto de ley; asimismo concluye que de no aprobar dicho proyecto se habría vulnerado su derecho a la no discriminación; pero la pregunta es ¿Se está violando el derecho fundamental a la no discriminación al no permitir la unión civil?; si la respuesta es positiva, entonces está demostrado que los derechos fundamentales y su protección han evolucionado (cambiado) debido a los cambios que sufre la sociedad; ya que en el año que se promulgo la constitución de 1993, no se consideraba posible ni real la unión de hecho y matrimonio homosexuales, por lo cual no se consideraba violado ningún derecho; pero los tiempos cambian y los

derechos evolucionan y en esta evolución observamos que si es posible la unión civil. Ahora si se está violando el derecho a la no discriminación las parejas del mismo sexo tienen expedito su derecho para iniciar un proceso de amparo contemplado en la constitución política y el código procesal constitucional en salvaguarda de dicho derecho; esto quiere decir que pueden acudir ante un juez y del ser el caso ante el Tribunal Constitucional para que autorice su unión civil y emita una sentencia con rasgos de ley; pero la realidad nos hace ver que dicha demanda sería IMPROCEDENTE puesto que el Tribunal Constitucional no es el órgano competente para emitir leyes y normas (si bien por excepción puede normar en casos de vacío legal como es el derecho laboral en los famosos despidos incausados y fraudulentos); sino que es el congreso de la república el encargado de emitir la norma correspondiente.

Si se diera el caso contrario y la respuesta sea negativa a la pregunta; tampoco sería una respuesta errada, ya que los derechos fundamentales como es el caso de la no discriminación no son absolutos sino que tienen sus limitaciones el cual está medido por el test de ponderación que se realiza a cada derecho fundamental y al caso en concreto para determinar si realmente existe una vulneración; y en el presente este caso estaríamos frente a un derecho fundamental el cual no es absoluto y el cual al realizar el test de ponderación se determinaría que es necesaria la existencia de una norma que regule la unión civil para señalar que existe discriminación.

b.- Ambas opiniones señalan como fundamento para la aprobación del proyecto de unión civil, el derecho al libre desarrollo que tienen las personas del mismo sexo para alcanzar la realización como ser humanos así como la felicidad; argumento válido el cual no solo se ha materializado en estas dos opiniones sino que también está plasmada en las sentencias que han declarado la validez del matrimonio homosexual (EE. UU y Colombia) y la unión civil.

CAPITULO 2.- UNION DE HECHO

ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN

La historia nos ha enseñado que en el Perú existe la tradición ancestral de practicar el Concubinato (Servinacuy) entre las parejas heterosexuales y vivir juntos sin la

necesidad de casarse; esto no es debido a su oposición al matrimonio, sino por el contrario nace del desconocimiento de los incas (y antiguas culturas) de la existencia de la figura religiosa-legal del matrimonio se podía constituir al momento de vivir juntos; es debido a esta tradición que en el Perú la Convivencia o Concubinato se hizo muy recurrente en la parte andina en donde además de ser muy arraigada la costumbre la presencia del estado mediante su registro civil era muy escasa por no decir inexistente.

Años posteriores el Estado trato de solucionar el problema de la inscripción de los matrimonios en el registro civil, mediante el matrimonio religioso, el cual tenía la validez de matrimonio civil y podía ser usado para tener los derechos y obligaciones del matrimonio; no obstante, de haber establecido esta medida, las parejas seguían manteniendo la costumbre de la convivencia. Años posteriores se instauró el matrimonio civil de forma autónoma y no unido al matrimonio religioso, esto debido a la presión de la población no católica y al mejoramiento del registro civil; pero no obstante estas mejoras y facilidades; las parejas que en su mayoría Vivían en la parte andina del país seguían optando por la convivencia y esto debido al arraigo cultural de muchos años; por esto motivo el Estado regulo la unión de hecho para dotarlo de algunos derechos reconocidos para el matrimonio, esto para darle seguridad jurídica a personas que habían convivido por muchos años y que tenían el derecho que se les brinde una protección por parte del estado.

La Constitución Política de 1993 ha recogido la Unión de Hecho o Concubinato dentro de su cuerpo normativo otorgándole protección constitucional mediante el artículo 5° que señala:

Concubinato: Artículo 5.- *La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.*

Como se puede observar solo se limita a la unión de un hombre y mujer libres y sin impedimentos para formar una unión de hecho, lo cual les otorgara derechos similares a los del matrimonio. El código civil mediante el artículo 326° ha regulado las uniones de hecho para su formación e inscripción en el registro personal.

El **Artículo 326° del Código Civil** señala

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

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 le 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.

“Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.”

Después de haber transcrito las normas donde está consagrada la unión de hecho es necesario poder desarrollar en forma resumida la Unión de hecho para a posterior poder comprender, con la UNIÓN CIVIL y determinar si ambas son similares o una tiene más beneficios que la otra, así como determinar si es necesario la creación de una norma que regule la unión civil o incorporarla como una variante de la unión de hecho.

UNIÓN DE HECHO, PERSPECTIVA DEL PODER JUDICIAL DE PERÚ¹⁸²

¹⁸²<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/91150980467c5381935fd793776efd47/La+uni%C3%B3n+de+hecho.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=91150980467c5381935fd793776efd47>.

Los siguientes Párrafos es un artículo redactado por la Corte Suprema de Justicia (Poder Judicial) en el cual hacen una explicación de la unión de hecho la cual, por la carencia de normatividad, es necesario utilizar la doctrina y la jurisprudencia para desarrollar este tema; asimismo no se ha desarrollado con abundancia el tema de la unión de hecho; ya que el objetivo de su desarrollo solo es comparativo, en virtud que el tema de la tesis no refiere en específico sobre la unión de hecho.

1.- Nociones

Existe diversas formas de denominarla, así tenemos que se suele llamar convivencia more uxorio, pareja de hecho, matrimonio de hecho, unión libre, concubinato, pareja no casada, unión extramatrimonial, etc.

Concubinato o unión de hecho, es una situación de hecho derivada de la convivencia de un hombre y una mujer no unidas por matrimonio, pero si para cumplir finalidades semejantes al matrimonio y que comparten un proyecto de vida común basada en relaciones afectivas de carácter singular y dotadas de estabilidad y permanencia. Empero, de esta definición, falta algunas notas distintivas para caracterizarla de otras uniones de las que goza de protección jurídica.

El matrimonio y las uniones de hecho, tienen una regulación jurídica distinta, y la elección entre una de ellas recae en las personas, y dicha elección por ser libre y voluntaria obedece a las opciones y perspectivas personales, las que requieren el respeto a la diferencia tanto en las diversas esferas de la vida en sociedad.

El derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio o formar una Unión de Hecho, y a fundar una familia está inmerso en el derecho a la libertad personal y de desarrollar sus proyectos de vida. En la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 2868-2004-AA/TC) en el Décimo Cuarto Considerando, se precisó "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".

COMENTARIO: En estos párrafos se observa que la noción y concepto de unión de hecho es muy similar a la noción de unión civil por no decir muy similar, es mas a la unión de hecho se la mayoría de derechos del matrimonio; entonces si ambos (unión civil y unión de hecho) tienen muchas similitudes; porque no modificar los artículos que regulan la unión de hecho en el extremo que es solo para personas heterosexuales y ampliarla a personas homosexuales, y con esta reforma se soluciona la polémica generada en los últimos tiempo.

Asimismo se menciona como fundamento constitucional de la unión de hecho, el derecho al libre desarrollo que tiene toda persona de elegir con quien estar unida y en qué momento; esto hace recordar a las opiniones del ministerio de justicia y la defensoría del pueblo sobre la unión civil, en la cual ambas señalaban que la unión civil es procedente en virtud al derecho al libre desarrollo que tienen las parejas homosexuales para unir sus vidas; entonces si ambas tienen como base constitucional el mismo derecho es factible unirlos y solo tener una sola unión de hecho que contemple ambas propuestas.

2.- Reconocimiento Jurídico de la Unión de Hecho

Actualmente, la Unión de Hecho no cuenta con una regulación sistemática e integral, únicamente es recogido por el artículo 5 de la Constitución del Estado, y concordante con el principio de amparo de la unión de hecho, es regulado en el único artículo 326 del Código Civil. "La tesis de la apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, está admitida también en el artículo 326 del Código Civil cuando señala que con la unión de hecho se persigue "alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio". Se comprueba, por tanto, que no hemos adoptado en el Perú la teoría de la equiparación al estado matrimonial, según la cual la unión de hecho produce los mismos efectos que el matrimonio.

La tesis de la apariencia al estado matrimonial no trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando asume

similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad".

Surgiendo de la unión de hecho una familia, ésta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución; sin desconocer que debe promoverse al matrimonio como su base de constitución.

La familia tiene reconocimiento a nivel constitucional e internacional, que, como valor, dotado de significativa importancia para la vida humana en sociedad, y en esa dimensión lo hace digno de ser tutelado; así, en su artículo 4 Constitucional, a la letra dice: "La familia y el matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad".

En los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, en los cuales el Perú es suscriptor, se reconoce a la Familia como "elemento natural y fundamental de la Sociedad, por lo que debe ser protegida por la Sociedad y el Estado" (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pactos Internacionales de Derecho Civil y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

El artículo 5 de la Constitución del Estado establece "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". Concordante a esta previsión legal, el artículo 326 del Código Civil prescribe "La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos...".

La unión de hecho conlleva una serie de relaciones en su interior, al igual que sucede en la familia originada en el matrimonio, desde las más naturales como el afecto a los hijos, las relaciones de pareja, las obligaciones naturales para la conservación de dicha unión, hasta las que tienen que ver con terceros ajenos a dicha relación; como familia, la unión de hecho también se proyecta a la sociedad

donde se encuentra inmersa, porque conlleva relaciones y situaciones con relevancia jurídica que el derecho no puede estar al margen de esa realidad, de ahí que se hace necesario una regulación adecuada, que precise en cuanto a los efectos personales y patrimoniales que se derivan de la indicada institución.

De esta relación concubinaria se puede precisar que derivan los efectos personales y los efectos patrimoniales, que serán abordados y precisados brevemente, previamente hemos de hacer mención a algunos temas peculiares en esta materia.

Nuestra legislación no hace distinción en cuanto a la protección que confiere a la familia, la originada en el matrimonio o en una Unión de Hecho, por tanto, la familia que se protege es una sola con independencia de su fuente.

Nuestra Legislación ampara la unión de hecho propia, la que pretende alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; sin embargo, no confiere exigencia legal a uno de los concubinos a exigir el cumplimiento de los deberes legales que se derivan del matrimonio, como son los deberes de asistencia, fidelidad, o de cohabitación, los que en la convivencia son obligaciones naturales que subyacen de la misma relación concubinaria.

Nuestra legislación no otorga derecho sucesorio a los concubinos luego de fallecido uno de ellos.

No existe posibilidad jurídica en la unión de hecho propia que los concubinos puedan sustituir el régimen patrimonial por el de separación de bienes, por ser el régimen patrimonial de la unión de hecho único.

No existe un tratamiento equiparable del matrimonio y la unión de hecho, al haber acogido nuestro Código Civil el Sistema de Regulación Parcial de la unión de hecho, pero con cierta tendencia al Sistema de la Regulación Integral producto de su exigencia social.

En nuestra legislación, contiene la exigencia de una prueba escrita de la Unión de Hecho para su acreditación, lo cual conlleva a que sea de difícil probanza dicha unión cuando no exista esa prueba, teniendo en cuenta que las relaciones en la unión de hecho se caracterizan por su naturalidad y sin exigencias formales o escriturarias.

COMENTARIO: En esta parte se describe el reconocimiento jurídico de la unión de hecho el cual se asemeja mucho al reconocimiento que desea la unión civil no matrimonial, basado en el otorgamiento de derechos inherentes al matrimonio a sus integrantes; lo cual hace pensar que la unión de hecho y la unión civil son muy similares por no decir iguales con la única diferencia de quienes integran la misma; esto hace creer que el mejor camino de la unión civil para su reconocimiento es que sea incorporada a la unión de hecho como una variante de la misma y de esta forma terminar con un debate que solo ha dividido al país entre lo que están a favor y los que están en contra.

3.- Efectos de la Unión de Hecho

La convivencia genera relaciones diversas de carácter intersubjetivo, muchas de las cuales recaen en las esferas personal y patrimonial, de los cuáles se abordará solo algunos tópicos.

3.1.- Efectos entre los Concubinos

3.2.1 Deberes que nacen de la convivencia

Nuestro Código Civil, al no regular con mayor integridad a la unión de hecho, se encuentra limitada hacia el tratamiento de los deberes que nacen naturalmente de la unión de hecho, pues, como se dijo ésta también debe cumplir las finalidades semejantes al matrimonio, tales como los deberes de ayuda mutua y auxilio entre los concubinos, de la cohabitación, fidelidad, de las prestaciones alimentarias, entre otras.

En la convivencia, más bien estos, son deberes naturales que subyacen de la misma naturaleza humana para la conservación de la convivencia y sus relaciones armoniosas como se dijo, porque la pareja comparten su proyecto de vida en común, caso contrario de incumplirse esos deberes naturales podría originar el término de la convivencia al no haber posibilidad legal de reclamar por ejemplo, la cohabitación del concubino que abandone el hogar convivencial; sin embargo, notamos que por expresa disposición del artículo 326 del Código Civil, la convivencia que se ampara, además de las condiciones previstas, es la unión formada para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del

matrimonio; pero no existe obligación legal de exigencia en ese concubinato de cumplimiento de esos deberes, por ejemplo, el alimentario entre convivientes, el de fidelidad, de cohabitación, quedando así debilitada legalmente ésta institución por conllevar únicamente obligaciones naturales.

3.2.2 Prestación alimentaria

En nuestro ordenamiento legal se confiere la posibilidad de la obligación alimentaria entre los convivientes, sólo en el caso de la ruptura unilateral de la unión de hecho, cuya obligación recaerá en el abandonante, estipulado en el artículo 326 del Código Civil, y esta obligación es alternativa a 1ª indemnización que se pueda conferir a petición del abandonado(a). Sin embargo, no existe obligación legal de prestar alimentos durante la convivencia entre los concubinos en el eventual caso de su incumplimiento, que puede darse en la realidad que de hecho se presenta, pues únicamente se prestará a favor de la prole.

En este aspecto se dice *“La doctrina tiende a rechazar la posibilidad de que él o la concubina puedan gozar de un derecho legal de alimentos similar al que se atribuye a los cónyuges”*.

3.2.3 Derecho sucesorio

Nuestra legislación no confiere derecho sucesorio entre los convivientes. Al respecto, sin duda uno de los aspectos más resaltantes es la sucesión entre los convivientes a la muerte de uno de ellos, "ante la muerte de uno de los concubinos, no puede darse la situación que el patrimonio del fallecido no vaya a parar en manos de su concubina o concubino, siendo esta persona con la cual paso muchos años de su vida. Francamente que resulta injusto dejar de lado a la persona que convivió e hizo vida en común con el concubino o concubina fallecido (a), porque uno que pasó penurias con esa persona por varios años ve como con el esfuerzo que hizo, se consiguió constituir un patrimonio, pero se vería privado a acceder a ello porque por desgracia nuestra legislación no toma en cuenta esta situación, que de veras refleja una injusticia. Es triste ver como nuestro ordenamiento jurídico a pesar de los constantes casos que se dan en la sociedad donde desgraciadamente el concubino sobreviviente ante la muerte del otro no perciba un quinto del patrimonio del fallecido, esto si yo invertí para que junto con mi concubino

forjáramos un patrimonio en beneplácito de nuestros hijos no se me pueda permitir el derecho a acceder a esos bienes. El derecho como expresión de la justicia no puede hacerse de la vista gorda frente a esta situación por demás criticable, a veces caemos en aspectos teóricos y abstractos, pero nos alejamos de las exigencias de nuestra realidad, por eso se hace imperiosa la regulación de los derechos sucesorios en caso de los concubinos, ante la muerte de uno de ellos".

A la par hoy también, otros argumentos en contra de esta posición, así "conferir a estas uniones de hecho, la posibilidad de generar... "derechos hereditarios y alimentarios..." puede conducir a la idea errónea de que existen dos formas de contraer matrimonio, una plena, el matrimonio civil; y otra, menos plena, la unión de hecho.

Se trata, pues, de un texto problemático al establecerse las mismas consecuencias en el matrimonio y en la unión de hecho que prácticamente iguala estas dos formas de vínculo entre el hombre y la mujer. De ello se seguiría, de otro lado, que las actuales uniones de hecho, que podrían terminar en matrimonio, sean disueltas más rápidamente antes de que se configuren como tales para impedir que se generen "derechos hereditarios". Ello promovería una cada vez mayor "inestabilidad" en las relaciones entre el hombre y la mujer, sobre todo en la mujer".

Sin embargo, creemos que la tendencia debe ser hacia una protección integral de las uniones de hecho, configurando determinadas situaciones, sobre todo cuando la unión de hecho reúne las condiciones previstas en la ley.

COMENTARIO: Como se puede observar todos estos derechos y deberes que nacen de la convivencia (derecho sucesorio, alimentos y otros) y que en la actualidad son ejercidos por las uniones de hecho, son los deberes que las parejas del mismo sexo exigen se les reconozca mediante la unión civil, la cual desde la perspectiva jurídica es correcta que puedan gozar de estos derechos y deberes ya que el derecho al desarrollo personal les otorga la capacidad unirse como una unión de hecho y gozar de los derechos que de ella emana. Pero para gozar de estos derechos no es necesario que las personas del mismo sexo creen una figura jurídica nueva como la unión civil no matrimonial, sino solo incorporar su figura jurídica a la unión de

hecho como una variante de ella; y así de esta manera se les reconocerá los derechos por los cuales creen que han sido discriminados como minoría.

4.-Liquidación de Bienes

4.1.- En cuanto a los bienes de la Unión de Hecho

Como se dijo, cuando la convivencia reúna los requisitos de ley que se precisara con anterioridad, se origina una comunidad de bienes siendo de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. Pero en caso que la convivencia no reúna los requisitos, la parte perjudicada tiene expedito el derecho de reclamar la pretensión de enriquecimiento indebido. Esto significa que, en caso de fenecimiento de la convivencia de hecho propia, se procede a su liquidación, que de acuerdo a la misma normativa del artículo 326 puede terminar la convivencia por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral.

Cuando la unión de hecho haya alcanzado los requisitos exigidos, a la comunidad de bienes entre los convivientes se aplica las normas de la sociedad de gananciales en lo que resulte aplicable. Significando que alcanzado dicho requisito los bienes del concubinato se presumen comunes, y que en caso de discusión de los mismos se deberá probar la calidad de bien propio.

4.2.- Posibilidad de sustitución de régimen patrimonial en la unión de hecho

En nuestra legislación no existe la posibilidad de pretender por los concubinos un cambio o sustitución de régimen, por cuanto el régimen en la convivencia es único, el de comunidad de bienes sujeta a las reglas de la sociedad de gananciales, previsto en el mencionado artículo 326 del Código Civil. En consecuencia, no resultan aplicables los artículos 296, que faculta a los cónyuges la variación de régimen patrimonial, o el artículo 297 que confiere la posibilidad de recurrir al Juez pidiendo la sustitución del régimen por el de separación de patrimonios, en los supuestos precisados en el artículo 329.

4.3.- Posibilidad de pérdida de gananciales por el concubino culpable de la ruptura de la relación concubinaria

El artículo 324 del Código Civil establece la pérdida de gananciales por el cónyuge culpable de la separación de hecho. En la convivencia el fenecimiento se puede producir por muerte, declaración de ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral, en cuyos casos ocasiona el fenecimiento del concubinato, procediéndose a su liquidación. En estos casos se extingue la unión de hecho, pero cuando se produce el fenecimiento por decisión unilateral de uno de los concubinos no otorga derecho para determinar la culpabilidad del concubino culpable de la separación y ulterior pérdida de gananciales, como ocurre en el matrimonio.

COMENTARIO:

El legislador se dio cuenta que en nuestra sociedad por antecedentes históricos y por temas culturales las parejas preferían la convivencia por muchos años antes que el matrimonio, pero cuando estas parejas se separan y se disolvía la convivencia existían problemas jurídicos con los bienes adquiridos, y con muchas otras circunstancias que son propias del matrimonio; entonces con el fin de dar protección jurídica a estas uniones de hecho es que el legislador incorpora a la Constitución Política de 1993 la unión de hecho como una figura jurídica similar al matrimonio en cuanto a los derechos y obligaciones que se les favorezca con ella dota de protección jurídica a las muchas uniones de hecho que se vieron desprotegidos y que debían acudir al poder judicial y litigar por muchos años por los bienes patrimoniales y otros que se encontraban en un vacío jurídico. Con la incorporación de la unión de hecho a la Constitución de 1993 además se incorpora en el Código Civil como una figura jurídica el cual durante estos más de 20 años ha sufrido cambios en su gran mayoría a la jurisprudencia que ha emitido la corte suprema respecto a los casos de unión de hecho que se ha resuelto.

Si bien es cierto que la unión civil es más parecida al matrimonio que la unión de hecho era necesario resaltar esta última a efecto de comprobar cómo es que al aprobarse el proyecto de unión civil o al presentar uno similar se estaría favoreciendo en demasía a este tipo de unión y por el contrario se estaría relegando y otorgando menos derechos a la unión de hecho que tiene protección constitucional además se estaría discriminando al grupo de personas que opten por la unión de hecho a los cuales se les daría menos derechos que la unión civil siendo estos un grupo protegidos por la Constitución.

CAPITULO 3.- DIFERENCIA ENTRE LA UNIÓN DE HECHO, UNIÓN CIVIL Y EL MATRIMONIO

En el presente capítulo mediante un cuadro comparativo, se expondrá el matrimonio, la unión de hecho y la unión civil y las semejanzas y diferencias que tienen estas tres figuras jurídicas,

MATRIMONIO	UNIÓN DE HECHO	UNIÓN CIVIL (Proyecto de Ley 2647/2013)	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
<p>Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.</p>	<p>Concubinato (Constitución) Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.</p>	<p>Artículo 19.- Unión Civil</p> <p>A los efectos de esta Ley, se entiende por Unión Civil No Matrimonial, a 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, dispuestos en la presente Ley</p>	X	
<p>Prueba del matrimonio</p> <p>Artículo 269.- Para reclamar los efectos civiles del matrimonio debe presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil.</p> <p>La posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, subsana cualquier defecto puramente formal de ésta.</p> <p>Prueba supletoria del matrimonio</p> <p>Artículo 270.- Comprobada la falta o pérdida del registro o del acta correspondiente, es admisible cualquier otro medio de prueba.</p>	<p>Unión de hecho</p> <p>Artículo 326.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.</p> <p>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.</p>	<p>Artículo 3.- Prueba Para el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1, a efectos de proceder a la inscripción de la unión civil, se requerirá la presencia de dos (2) testigos, los que la acreditarán fehacientemente, la libre expresión de voluntad de los solicitantes.</p>	X	

	<p>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 correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.</p> <p>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.</p> <p>“Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.”</p>			
<p>CAPITULO UNICO</p> <p>Deberes y derechos que nacen del matrimonio</p> <p>CAPITULO SEGUNDO</p> <p>Sociedad de Gananciales</p> <p>Bienes de la sociedad de gananciales</p> <p>CAPITULO TERCERO</p>		<p>Artículo 4.- Derechos y Deberes</p> <p>Los integrantes de la unión civil no matrimonial tienen derecho a:</p> <p>Formar una sociedad de gananciales a partir del momento en que se inscribe la declaración,</p> <p>Los compañeros civiles recibirán el mismo tratamiento y tendrán los mismos derechos que un</p>	<p>X</p>	

<p>Separación de Patrimonios</p>		<p>pariente de primer grado</p> <p>Los integrantes de la Unión Civil No Matrimonial recibirán protección contra la violencia familiar y otros beneficios de promoción social que pueda brindar el Estado, especialmente los programas de acceso a la vivienda</p>		
<p>Impedimentos Absolutos</p> <p>Artículo 241.- No pueden contraer matrimonio:</p> <p>Impedimentos relativos</p> <p>Artículo 242.- No pueden contraer matrimonio entre sí:</p> <p>Prohibiciones especiales</p> <p>Artículo 243.- No se permite el matrimonio:</p>		<p>Artículo 5.- Impedimentos</p> <p>No pueden constituir una unión civil:</p>	<p>X</p>	
<p>Título IV</p> <p>CAPITULO PRIMERO</p> <p>Separación de Cuerpos</p> <p>Artículo 333.- Causales</p> <p>Son causas de separación de cuerpos:</p> <p>CAPITULO SEGUNDO</p> <p>Divorcio</p> <p>Noción</p> <p>Artículo 348.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.</p> <p>Artículo 349.- Causales de divorcio</p> <p>Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12.”</p>		<p>Artículo 6.- Disolución</p> <p>La Unión Civil No Matrimonial queda disuelta por:</p>	<p>X</p>	
<p>Procedimiento revisar el Código Procesal Civil y Ley 29277 (Ley que regula el</p>		<p>Artículo 70.- de Procedimiento</p>	<p>X</p>	

<p>Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías</p>		<p>Disolución de la Unión Civil no Matrimonial</p> <p>Cuando la disolución de la Unión Civil no Matrimonial sea de mutuo acuerdo, se realizará ante los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio en común o de donde se celebró la unión civil.</p> <p>Respecto a las otras causales, el procedimiento a seguir es el regulado por los artículos 334 a 342, 356 a 360 contemplados en el Código Civil.</p>		
<p>Invalidez del Matrimonio</p> <p>Causales de Nulidad del matrimonio</p> <p>Artículo 274.- Es nulo el matrimonio:</p> <p>Causales de anulabilidad del matrimonio</p> <p>Artículo 277.- Es anulable el matrimonio:</p>		<p>Artículo 8°.- Causales de Nulidad de la Unión Civil No Matrimonial</p> <p>La Nulidad de la Unión Civil No Matrimonial se regirá de acuerdo a lo correspondiente a la Nulidad del Acto Jurídico de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 219° del Código Civil.</p> <p>También serán causales de Nulidad de la Unión Civil No Matrimonial:</p>	<p>X</p>	
<p>Acción de nulidad</p> <p>Artículo 275.- La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual. Si la nulidad es manifiesta, el juez la declara de oficio. Sin embargo, disuelto el matrimonio, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la nulidad ni el juez declararla de oficio.</p>		<p>Artículo 9°.- Acción de nulidad</p> <p>La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual. Si la nulidad es manifiesta, el juez la declara de oficio. Sin embargo, disuelta la Unión Civil No Matrimonial, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la nulidad ni el juez declararla de oficio.</p>	<p>X</p>	

Como se puede observar la unión civil no matrimonial tiene más semejanzas al matrimonio que a la unión de hecho; y asimismo la unión de hecho no tiene tantas semejanzas con el matrimonio, como si la tiene la unión civil; lo cual evidencia que el proyecto de ley estuvo mal elaborado y en verdad lo que quería era aprobar una especie de matrimonio homosexual, el cual no era la intención y el espíritu de la norma.

Existen muchas semejanzas entre la normatividad del matrimonio y de la unión civil, por no decir que son casi iguales (tienen artículos iguales); entonces podemos determinar que la redacción del proyecto de unión civil no matrimonial es una copia de la normatividad del matrimonio; por lo que no se cumple con el fin de su redacción y era ser una norma diferente al matrimonio pero que regule el derecho de vivir en unión para las parejas del mismo sexo, finalidad no cumplida.

Asimismo de haberse aprobado este proyecto de ley, hubiera significado un problema para los operadores de justicia, debido a que se hubieran suscitado situaciones no contempladas en la norma como por ejemplo cuando el artículo 2° señala que de no existir oposición se inscribirá la unión civil, pero de darse el caso que exista oposición que se podría hacer, sería válida la unión civil?, el notario debería remitir el expediente al poder judicial?, la parte afectada podría iniciar un proceso judicial?, preguntas que no tienen respuesta y que con totalidad seguridad se hubieran resuelto y discutido en el poder judicial, aumentando más las carga procesal que tienen los jueces de familia.

CAPITULO 4.- PROCEDENCIA DE LA UNIÓN CIVIL

La unión Civil, tiene elementos que garantizan que si pueda ser procedente en nuestro país; el primer elemento el cual es indispensable es que NO ES un INSTITUTO como el matrimonio, sino por el contrario se le puede considerar como un contrato que busca salvaguardar derechos patrimoniales y algunos sociales (pensión, salud, etc.); y señalo esto en especial por lo siguiente:

a.- Si bien es cierto el espíritu de la norma de unión civil quiere otorgarle una igualada casi absoluta al matrimonio; esta no se podría materializar por no ser un Instituto Natural y porque la misma sociedad no lo aceptaría.

b.- La Unión Civil en su reconocimiento de derechos patrimoniales se asemeja a los derechos que la unión de hecho (hombre y mujer) se le reconoció; por tanto no es descabellado e ilógico modificar el proyecto de unión civil o proponer otro similar en el cual se incorpore como una modalidad o forma de unión de hecho a la unión civil, y de esta forma se garantice los derechos que señala se les ha privado durante muchos años.

c.- En el análisis que se realizó en el Capítulo III del presente trabajo de investigación se determinó que los países que han aceptado el matrimonio entre personas del mismo sexo sea por una norma legal o por un reconocimiento judicial por su mayor Tribunal; determinaron:

Que efectivamente el matrimonio si es una INSTITUCIÓN NATURAL pero que la calidad de ser Instituto Natural, no significa que 1) Sea exclusiva para el matrimonio entre un hombre y una mujer y 2) Que sea Inmutable en el tiempo y que no pueda modificarse o variarse según los tiempos modifican el derechos y las situaciones que regulan.

Si bien el Matrimonio es un Instituto; Los Tribunales determinaron que no obstante que el matrimonio es un Instituto, el derecho fundamental de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio NO puede ser limitado ya que emana del derecho a libre desarrollo de la personalidad el cual garantiza que toda persona debe realizarse como ser humano y como miembro de la sociedad y que limitarles el derecho al matrimonio es tratar a las personas del mismo sexo sin dignidad.

e.- Revisados estos fundamentos puedo precisar que la UNIÓN CIVIL es totalmente viable desde una perspectiva jurídica; puesto que NO ES contraria al INSTITUTO DEL MATRIMONIO siempre en cuando solo se la incorpore como una variante de la unión de hecho; así como también garantiza el DERECHO a libre desarrollo de las personas del mismo sexo a poder formar una unión que cuente con los derechos y obligaciones que desean se les garantice.

CONCLUSIONES

1.- Como conclusión puedo señalar que el Derecho Fundamental garantizado por la Constitución y precisado por el Tribunal Constitucional es el Derecho a Contraer Matrimonio como expresión del Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad; y en cambio el Matrimonio es garantizado por nuestra Constitución como Institución Natural jurídicamente constitucionalmente garantizado y que ha sido precisado por el Tribunal Constitucional como un Derecho Legal.

1.- Como conclusión podemos señalar que el Derecho Constitucional está cambiando conforme cambian los tiempos, esto quiere decir que los DERECHOS FUNDAMENTALES van evolucionando respecto a las nuevas relaciones jurídicas que se dan y que obliga que los Tribunales Constitucionales realicen un control mayor de la protección de los derechos fundamentales; como ejemplo podemos observar el caso de la Sentencia Obergefell vs Hodges, en el cual la Libertad y la Dignidad siempre fue un derecho fundamental para la sociedad americana desde el nacimiento de su nación; pero un siglo después la Corte Suprema establecería que la Institución del Matrimonio no es absoluta para parejas heterosexuales y que por encima de este Instituto existen valores supremos en los derechos fundamentales; otro ejemplo es la Sentencia del Tribunal Español Sentencia 198/2012 en el cual también se interpretó el derecho a contraer matrimonio como derecho fundamental el cual todos tenían derecho tanto parejas heterosexuales como del mismo sexo.

2.- Hecha la revisión integral de todos los artículos del Proyecto de Unión Civil se ha podido comprobar que sus artículos son semejantes y hasta iguales por no decir copia del Título I, II y III del Libro III del Código Civil respecto al Matrimonio, llegando inclusive a señalar causales iguales al matrimonio para la disolución de la unión civil no matrimonial; por lo que dicho proyecto es discriminatorio para las uniones de hecho ya que se otorga más derechos para las parejas del mismo sexo que para las parejas del mismo sexo; esto hace concluir que si bien la Unión Civil No Matrimonial para personas del mismo sexo es un derecho totalmente legal ya que en virtud de sus derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo a la personalidad y no discriminación se les debe otorgar una protección jurídica a las parejas del mismo sexo pero esta protección no debe llegar a generar que otro grupo

de personas que tienen el mismo estado jurídico como son las uniones de hecho se vean afectadas en su derecho a lo no discriminación.

3.- Como conclusión se observa que el DERECHO CONSTITUCIONAL (y en general todas las ramas del Derecho) NO es ESTÁTICO, sino que CAMBIA, se modifica, se mejor o en algunos casos para ciertas personas pero o cambia a peor; y todo esto conforme la sociedad cambia y evoluciona en sus pensamientos, en su forma de ver a la sociedad y a las nuevas SITUACIONES que van aconteciendo en el día a día de las personas.

4.- Ligada a conclusión anterior podemos afirmar que el siempre ha existido EL DERECHO FUNDAMENTAL A CONTRAER MATRIMONIO, pero siempre era visto como una exclusividad de parejas heterosexuales; hasta hace un par de años atrás en los que las parejas del mismo sexo HAN RECLAMADO ESTE DERECHO también para ellas, sustentando su pedido en el que el verdadero DERECHO FUNDAMENTAL es A CONTRAER MATRIMONIO CON QUIEN ELLOS QUIERAN, esto derivada del DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD, FELICIDAD E IGUALDAD el cual está POR ENCIMA DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES y de menor rango.

5.- Los diferentes TRIBUNALES JURISDICIONALES ya sea CORTES SUPREMAS en países FEDERALES, TRIBUNALES CONSTITUCIONALES de AMÉRICA LATINA, ESTADOS UNIDOS Y EUROPA, han emitido SENTENCIAS en las cuales ha optado por LEGALIZAR o APROBAR LA LEGALIZACIÓN y DECLARAR la CONSTITUCIONALIDAD de las normas o Sentencias que han optado por LEGALIZAR EL MATRIMONIO de personas del mismo sexo O su UNIÓN CIVIL; esto en virtud a un análisis profundo del DERECHO A LA DIGNIDAD que ha tomado una gran importancia en estos últimos tiempos.

RECOMENDACIONES

1.- En vista de toda la investigación realizada se puede determinar que las parejas del mismo sexo que a la actualidad viven juntas y desean reconocer su unión no solo por los derechos que les pueda corresponder como ciudadanos y seres humanos; están facultados a solicitar al Estado que se les otorgue un trato igualitario respecto a sus derechos civiles en virtud a su derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad; emitiendo las normas que les corresponda; por lo que como RECOMENDACIÓN el ESTADO debe de revisar la UNIÓN CIVIL pero haciendo un estudio y análisis completo, como el caso de otras legislaciones que el proceso de estudio duro más de un año para la aprobación de la unión civil o solidaria; en otros caso se formaron COMISIONES ESPECIALES en las que en TOMO UN TIEMPO poder realizar un análisis completo.

2.- Como segunda RECOMENDACIÓN puedo señalar que en el PERÚ ya está reconocida la Unión de Hecho en la Constitución en su artículo 5°; así como en el Código Civil en el artículo 326°; y en las ultimas jurisprudencias emitidas por la Corte Suprema de la Republica, en el cual solo se extienden los derechos patrimoniales de los cónyuges a los convivientes en cuanto les favorezca permitiendo a los convivientes ser tratados de forma igualitaria en lo que corresponde a los derechos patrimoniales.

-En vista que la Unión Civil que busca los mismos derechos patrimoniales que les que otorga el matrimonio a los cónyuges y en vista que los creadores del proyecto de Ley has señalado que No es IGUAL o SIMILAR AL MATRIMONIO sino POR EL CONTRARIO se compara o iguala con la UNIÓN DE HECHO que ya está regulada en la Constitución y Legislada en el Código Civil; NO EXISTE LA NECESIDAD DE PRESENTAR UN PROYECTO DE LEY PARA LA CREACIÓN DE LA UNIÓN CIVIL; sino únicamente MODIFICAR LA CONSTITUCIÓN de la siguiente forma:

Concubinato

Artículo 5.- *La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.*

Concubinato

Artículo 5.- *La unión estable de varón y 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*

Concubinato

Artículo 5.- *La unión estable de un varón y una mujer de forma heterosexual u homosexual, 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.*

3.- Es necesario que en las UNIVERSIDADES no solo se enseñe el curso de Derecho Constitucional; sino que además es necesario que se enseñe el curso de JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL en la cual se enseñe el Contenido alcance de las Sentencias del Tribunal Constitucional, así como las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencias de otros Tribunales ya sea que sea Tribunal Constitucional o Corte Supremas, las Sentencias del Tribunal Europeo, a efecto puedan servir como jurisprudencia vinculante que motiven trabajos de investigación.

4.- Si bien es cierto que la Unión Civil tiene respaldo y fundamento jurídico; esta no puede imponerse mediante Proyectos de Ley elaborados con grandes errores, defectos y deficiencias, que les otorgue mayores derechos y beneficios u obligaciones que la Unión de Hechos heterosexual; ya que esto solo supondría actos discriminatorios contras estas últimas.

5.- Jurídicamente y socialmente es más viable un Proyecto de UNIÓN SOLIDARIA la cual ha sido aprobada e implementada satisfactoriamente en Chile y Francia; este cambio a Unión Solidaria es en respuesta a la cultura e idiosincrasia de la sociedad peruana que en su mayoría es religiosa (católica o evangélica u otro tipo); este cambio de Unión Civil a Unión Solidaria además se da a efecto de NO GENERAR más odio o resentimiento entre ciudadanos de un mismo país.

BIBLIOGRAFÍA DE TESIS

- 1.-**Elsner, Gisela ED**, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2007; 2T; 25,5 cm. UCSM
- 2.-**Ferrero R, Raúl**; Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional, 8va Edición, Lima, Grijley, 1998, 629 PP., 8va Edición. UCSM
- 3.-**Sola, Juan Vicente**; Derecho Constitucional, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 2006, 920 pp, 23 cm. UCSM
- 4.- García Belaunde, Domingo; Gaceta Constitucional, Jurisprudencia de Observancia Obligatoria, Gaceta Jurídica, Lima SE 2013. UCSM
- 5.- García Belaunde, Domingo; Gaceta Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima SE 2013. UCSM
- 6.- Avendaño Valdes, Jorge; Gaceta Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima SE 2012. UCSM
- 7.- Garcia Toma, Victor; Gaceta Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima SE 2012. UCSM
- 8.- Sagues, Pedro Nestor; Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional; Arequipa Adrus 2011, 2 tomos. UCSM
- 9.- Avendaño Valdes, Jorge; Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Jurisprudencia Relevante y Anotada para su Aplicación , Gaceta Jurídica, Lima SE 2010. UCSM
- 10.- García Belaunde, Domingo; El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México 2008. UCSM
- 11.- Varsi Rospigliosi, Enrique; Jurisprudencia sobre Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima 2012. UCSM

12.- Moya Montes, Jovita; La Protección del Estado al Matrimonio, Arequipa, UCSM. UCSM

13.- Aguilar Llanos, Benjamin; El Derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Gaceta Jurídica, Lima 2013. UCSM

JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Sentencia EXP. N.º 2868-2004-AA/TC

Sentencia EXP. N° 00139-2013-PA/TC

Pleno. Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012).

Obergefell vs Hodges, Corte Suprema de los Estados Unidos

PÁGINAS WEB

1.- <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21884/Capitulo1.pdf>

2. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/91150980467c5381935fd793776efd47/La+uni%C3%B3n+de+hecho.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=91150980467c5381935fd793776efd47>

3.- <http://jorgemachicado.blogspot.pe/2009/12/ddff.html>

4. http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Investigaciones_Centros/Constitucion%20Concordada,%20Sumillada%20y%20Anotada%20con%20la%20jurisprudencia%20del%20TC.pdf

5.- <http://dle.rae.es/?id=OdQHkYU#5apP3Dp>

6. <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

7.- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html>

8.- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14602>

9. <http://deste.umons.ac.be/galanet/dossier/fichiers/marco%20jur%EDdico%20Espa%F1a.pdf>

10. <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Obergefell-v.-Hodges-espa--ol.pdf>

11. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/24F403AE5D6F527605257CFC0076AC23/\\$FILE/doc27032014-140153.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/24F403AE5D6F527605257CFC0076AC23/$FILE/doc27032014-140153.pdf)

12.- <http://observatorioderechoshumanos.pe/jmla25/images/archivos/Libros>

13 <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/91150980467c5381935fd793776efd47/La+uni%C3%B3n+de+hecho.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=91150980467c5381935fd793776efd47>.

NORMAS LEGALES

1.- Constitución Política del Perú

2.- Código Civil

2.- Proyecto de Ley de la Unión Civil No Matrimonial

3.- Informe del Ministerio de Justicia sobre Proyecto de Ley de la Unión Civil No Matrimonial

4.- Informe de la Defensoría del Pueblo sobre Proyecto de Ley de la Unión Civil No Matrimonial.

5.- Legislación y Jurisprudencia Internacional

ANEXO 1

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARIA
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**



LA DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A CONTRAER MATRIMONIO, Y LA INSTITUCIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO Y SU INFLUENCIA EN LA IMPOSIBILIDAD JURIDICA DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y LA POSIBILIDAD JURIDICA DE LA UNIÓN CIVIL NO MATRIMONIAL, PERÚ; 2017

Tesis presentada por el Bachiller:

CHRISTIAN ANTHONY RODRIGUEZ TORREBLANCA.

Para optar el Grado de **MAESTRO en DERECHO CONSTITUCIONAL**

Asesor: Dr. Eduardo Meza Flores

AREQUIPA, PERÚ

2017

II.- PLANTEAMIENTO TEÓRICO



1.- PROBLEMA

1.1.- Enunciado del Problema:

LA DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A CONTRAER MATRIMONIO, Y LA INSTITUCIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO Y SU INFLUENCIA EN LA IMPOSIBILIDAD JURIDICA DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y LA POSIBILIDAD JURIDICA DE LA UNIÓN CIVIL NO MATRIMONIAL, PERÚ, 2014

1.2.- Descripción del Problema:

1.2.1.- Área de Conocimiento (campo, área y línea de acción):

Campo: Ciencia Sociales

Área: Ciencias Jurídicas

Línea: Derecho Constitucional

1.2.2.- Análisis de las variables:

Variable Independiente: Derecho Fundamental a Contraer Matrimonio
: Imposibilidad Jurídica Del Matrimonio Entre Personas Del Mismo Sexo

Variable Dependiente: Institución Legal del Matrimonio
: Posibilidad Jurídica De La Unión Civil No Matrimonial

Cuadro de Operacionalidad de Variables

Variables	Indicadores	Sub-Indicadores
-Derecho Fundamental a Contraer Matrimonio	-Constitución Política -Tribunal Constitucional	-Doctrina -Jurisprudencia Nacional -Jurisprudencia Internacional
-Imposibilidad Jurídica Del Matrimonio Entre Personas Del Mismo Sexo	-Derecho Civil -Constitución Política	-Código Civil - Tribunal Constitucional -Jurisprudencia
-Institución Legal del Matrimonio	-Matrimonio -Institución Legal	-Código Civil -Jurisprudencia

		-Doctrina
-Posibilidad Jurídica De La Unión Civil No Matrimonial	-Derecho Civil -Constitución Política del Perú -Legislación Comparada	-Código Civil -Tribunal Constitucional -Jurisprudencia -Doctrina

1.2.3.- Interrogantes Básicas

- 1.- ¿Cuál es la diferencia entre el Derecho Fundamental a Contraer Matrimonio y la Institución Legal del Matrimonio?
- 2.- ¿Cuál es el Tratamiento Constitucional del Derecho a Contraer Matrimonio y a la Institución Legal del Matrimonio?
- 3.- ¿Cuál es la vinculación que existe entre el Derecho a Contraer Matrimonio, la Institución Legal del Matrimonio y la Imposibilidad Jurídica del Matrimonio de Personas del mismo sexo?
- 4.- ¿Cuál es la vinculación que existe entre el Derecho a Contraer Matrimonio, la Institución Legal del Matrimonio y la posibilidad Jurídica de la Unión Civil No Matrimonial?
- 5.- ¿Cuál es el Tratamiento otorgado por la Legislación y Jurisprudencia comparada respecto al Derecho Fundamental de Contraer Matrimonio; la Institución Legal del Matrimonio?
- 6.- ¿Cuál es el Tratamiento otorgado por la Legislación y Jurisprudencia comparada respecto del Matrimonio de Personas del Mismo sexo y la Unión Civil No Matrimonial?

1.2.4.- Tipo y nivel de Investigación

- Por el Ámbito: Documental
- Por el Tiempo: Longitudinal
- Por el nivel de Profundización: Descriptiva y explicativa
- Por su finalidad: Aplicada

1.3.- Justificación del Problema

Relevancia: El presente trabajo de investigación contiene relevancia académica, jurídica, social y actual por los diversos temas que se tocan pero que se interrelacionan entre si y que en la actualidad han generado un debate jurídico por su implicancia y relevancia en la sociedad.

Académica: El presente trabajo de investigación contiene relevancia académica; por cuanto se va a investigar un tema no solo Constitucional como es el derecho a Contraer matrimonio, sino que además se va a investigar derechos fundamentales y su protección jurídica, así como los institutos legales que la constitución ha plasmado; de igual forma se va interrelacionar con tema de derecho de familia los cuales tienen vinculación y en los que el derecho constitucional está presente.

Jurídica: El presente trabajo de investigación contiene relevancia jurídica, debido a que no obstante de existir una Sentencia del Tribunal Constitucional en la cual se determina que el Derecho Fundamental a contraer matrimonio es distinto al instituto legal de Matrimonio; se persiste en confundir ambos conceptos y darle al Matrimonio en si la calidad de Derecho Fundamental; de esta confusión es que ha nacido varios problemas jurídicas cuando se presente el proyecto de ley de la unión civil No matrimonial; al señalar que era necesaria una reforma constitucional.

El presente trabajo pretende dejar claro y precisar cada concepto e investigar las nuevas teorías del derecho Constitucional que imperan en el mundo; como es la teoría del árbol de la vida de la Constitución

Social: El presente trabajo tiene relevancia social, ya que del tema principal se deriva la unión civil no matrimonial y su posibilidad o imposibilidad jurídica; y que en el último año ha tomado relevancia social al presentar un proyecto de ley de este tipo que afecta a una cantidad de peruanos que sienten que su derechos fundamentales no están protegidos de igual forma que el grupo de personas que se casan con personas de otro sexo.

La investigación toca un tema social que ha sido investigado por otras legislaciones, generando un cambio y evolución en su sistema jurídico y por ende en su derecho.

Actualidad: El presente trabajo ha estudiado temas que en la actualidad son debatidos por la sociedad y por el parlamento; ya que la unión civil es un tema que ya ha sido aprobado en diversos países del mundo y que nuestro país no es la excepción; por lo que todo el trabajo toca temas de actualidad y que conviven con la realidad de nuestro país.

Las razones por las cuales se ha seleccionado el presente estudio; es porque en los últimos años la difusión y protección de los Derechos Fundamentales ha ido en aumento, gracias a la protección que la Constitución le otorga y que el Tribunal Constitucional se encarga de velar; pero existe un Derecho Fundamental que en el presente año ha sido interpretado de forma errónea y es el “Matrimonio”; el cual debido a la propuesta del proyecto de Ley de la Unión Civil No Matrimonial se concibe como un Derecho Fundamental en si mismo.

En el presente año el proyecto de Ley de la Unión Civil No Matrimonial ha puesto en evidencia la confusión que se tiene sobre la palabra “MATRIMONIO”, ya que muchos piensan que es el Matrimonio en si mismo es un derecho fundamental porlo que es necesario una reforma constitucional previa al debate de la Ley de Unión Civil No matrimonial; confusión que es entendida ya que en nuestro ordenamiento jurídico no se ha tratado el tema del Matrimonio desde la órbita Constitucional, únicamente se ha tratado el

tema desde el derecho de familia; y esto lo demuestra la Sentencia del Tribunal Constitucional N° Sentencia EXP. N.º 2868-2004-AA/TC del año 2004 que determinó que el Matrimonio No es un derecho Constitucional sino una Institución Legal Natural; pero que el Derecho a Contraer Matrimonio si es un derecho Fundamental derivado del libre desarrollo de la persona; está clara y relevante diferencia es necesaria investigarla y analizarla para que pueda dar luces a la necesidad o no necesidad de modificar la Constitución para la procedibilidad de la unión civil.

En este orden de ideas el trabajo de investigación quiere establecer la diferencia entre el Matrimonio como Institución Legal y como derecho Constitucional; para poder investigar académicamente si es posible jurídicamente la aprobación la Unión Civil No Matrimonial; así como determinar si es posible ampliar el matrimonio a las personas del mismo sexo; considerando que el Matrimonio es una Institución Legal entre personas heterosexuales y que requiere de un sustento jurídico para que pueda ser cambiado y evolucione para todas las personas.

2.- MARCO CONCEPTUAL

1.- DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto.

Son derechos ligados a la dignidad de la persona humana dentro del Estado y de la sociedad. Cabe destacar que a los derechos fundamentales no los crea el poder político, ni la Constitución, los derechos fundamentales se imponen al Estado. La Constitución se limita a reconocer los derechos fundamentales, pero no los crea.

El derecho fundamental jurídicamente tiene la estructura normativa basada en la capacidad que le permite a la persona efectuar determinados actos, es decir, que los derechos fundamentales son instituciones jurídicas que tienen la forma del derecho subjetivo. Y la estructura del derecho subjetivo tiene tres elementos: titular del derecho subjetivo, el contenido del derecho subjetivo en el que vamos a distinguir las facultades, por otra parte el objeto del derecho, y un tercer elemento es el destinatario o sujeto pasivo, aquel que está obligado a hacer o no hacer.

Un derecho fundamental es una facultad o poder reconocido a una persona por ley suprema vigente que le permite realizar o no ciertos actos. Por ejemplo el derecho a la propiedad, le permite utilizar una cosa en su provecho.

Gozan de un derecho fundamental las personas individuales o colectivas. Un derecho fundamental está protegido por medios jurisdiccionales respecto del Poder público del Estado y de las demás personas.

¿Porque se llaman derechos fundamentales? Por corresponder a la persona respecto al Estado.

¿Para qué sirven? Para poner límite material al imperium (derecho de castigo) del Estado. Los sujetos o titulares de estos derechos son los seres humanos y los sujetos del deber jurídico son los Estados y las organizaciones internacionales. Esto quiere decir, que la finalidad de estos derechos es impedir los abusos del poder por parte de los titulares de las funciones estatales.

¿Dónde se establecen estos derechos? Generalmente en las partes dogmáticas de las constituciones.

¿Cuál la diferencia con los Derechos Humanos? Los derechos fundamentales están reconocidos en las Constituciones Políticas de los Estados, los derechos humanos aun no, solo están en las Declaraciones.

Los Derechos humanos son aquellos que el hombre posee por el mero hecho de serlo. Son inherentes a la persona y se proclaman sagrados, inalienables, imprescriptibles, fuera del alcance de cualquier poder político.

El concepto apareció en Francia hacia 1770, en el seno del movimiento político que condujo a la Declaración De Los Derechos Del Hombre Y Del Ciudadano de 1789, y más tarde alcanzó especial relieve en países como Alemania donde, bajo el manto de los Grundrechte (en alemán: derechos fundamentales), se articuló el sistema de relaciones que median entre el individuo y el Estado.

Su construcción teórica tiene mucho que ver con Jellinek y su famosa Teoría de los estados y los derechos públicos subjetivos.

Existen tres escuelas:

Escuela naturalista. Consideran que los derechos fundamentales son atributos innatos del ser humano, es decir preexisten con anterioridad al Estado.

Escuela historicista. Consideran que los derechos fundamentales son conquistas humanas adquiridas a través del tiempo o adquiridos por la historia.

Escuela ética. Considera que los derechos humanos, son el reconocimiento que hace el Estado por un carácter moral. Esta es la más aceptada.¹⁸³

¹⁸³ <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/12/ddff.html>

CIUDADANOS DE PRIMERA Y SEGUNDA CLASE; POLÍTICA DE DIGNIDAD IGUALITARIA Y LIBERALISMO

TAYLOR Charles dice: lo que hay que evitar es la existencia de ciudadanos de “primera” clase y de ciudadanos de “segunda” clase; la igualación sólo afectó los derechos civiles y los derechos al voto; las personas a quienes la pobreza ha impedido sistemáticamente aprovechar de lleno sus derechos de ciudadanía han sido relegadas a la categoría de segunda clase. El desarrollo del concepto moderno de la identidad hizo surgir la política de la diferencia cada quien debe ser reconocido por su identidad única. Con la política de la dignidad igualitaria se pretende ser universalmente lo mismo; se basa en la idea de que todos los seres humanos son igualmente dignos de respeto¹⁸⁴. Por otro lado el liberalismo no constituye un posible campo de reunión para todas las culturas, sino que es la expresión política de cierto género de culturas, totalmente incompatible con otros géneros. El liberalismo no puede ni debe atribuirse una completa neutralidad cultural¹⁸⁵; en tanto que el multiculturalismo contempla la reunión de todas las culturas.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO VALOR Y COMO PRESCRIPCIÓN

Para Luigi Ferrajoli: la igualdad no es un hecho, sino un valor, no una aserción sino una prescripción establecida normativamente, “un esfuerzo de abstracción dirigido a la eliminación de cualquier diferencia (A. Cavarero (1988): L'ordine dell'uno non è l'ordine del due)”¹⁸⁶; “Igualdad” es término normativo: quiere decir que los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. “diferencia (s)” es en término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente por sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad.¹⁸⁷.

IGUALDAD JURIDICA COMO PRINCIPIO NORMATIVO

La “igualdad jurídica” es la relación que unifica a una clase de sujetos en la titularidad de aquellos derechos que –en cuanto reconocidos y garantizados a todos en igual medida- son llamados “universales” o “fundamentales”. La “igualdad jurídica” es entonces un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean

184 TAYLOR Charles, El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”, Trad. María Utrilla de Neira, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, Cfr. 59 y ss.

185 TAYLOR Charles, El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”, Trad. María Utrilla de Neira, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, Cfr. 92 y 93.

186 FERRAJOLI LUIGI (1999).- Derecho y Garantías la ley del más débil. Pag 79.

187 FERRAJOLI LUIGI (1999).- Derecho y Garantías la ley del más débil. Pag 79.

fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales¹⁸⁸; la igualdad jurídica no será otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismo derechos fundamentales independientemente del hecho e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes¹⁸⁹.

2.- MATRIMONIO: DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO E INSTITUCIÓN LEGAL NATURAL DEL MATRIMONIO

CONCEPTO. El Matrimonio. (Del gr. “mater”, madre). *Unión de personas mediante determinados ritos—sociales, religiosos o legales—para la convivencia y con la finalidad de criar hijos.*

No decimos dos personas, porque en los países musulmanes una persona se puede unir en matrimonio con más de dos mujeres.

No decimos personas de “distinto” sexo ya que también se pueden unir en matrimonio personas del mismo sexo.

Los ritos para la celebración del matrimonio en distintas regiones del mundo difieren bastante, van desde sencillas ceremonias como el matrimonio civil, hasta fastuosas ceremonias religiosas.

Decimos solo “para criar hijos”—finalidad del matrimonio— ya estos pueden ser adoptados y no ser de la pareja.

DEFINICION. El matrimonio es una institución natural, de orden público, que en mérito al consentimiento común en la celebración del acto nupcial, mediante ritos o normas legales de formalidad, se establece la unión de una persona natural con otra fundada en principios de indisolubilidad, estabilidad, lealtad y fidelidad mutuas que no pueden romper a voluntad.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO. El matrimonio aparece en el estadio medio de la barbarie cuando la familia sindiásmica empieza a tener ritos y formalidades para su conformación.

Japón. El pretendiente dejaba flores a la mujer, si ésta por la noche recogía las flores, aceptaba. La mujer asistía el matrimonio con la cabellera rapada, señal de perdida de una familia y la entrada en otra.

188 FERRAJOLI LUIGI (1999).- Derecho y Garantías la ley del más débil. Pag 80 y 81.

189 FERRAJOLI LUIGI (1999).- Derecho y Garantías la ley del más débil. Pag 82.

Grecia. Se iniciaba con el rapto simulado, en la que la madre de la novia alumbraba el camino con una antorcha, hasta la casa del novio, donde los dejaba acostados.

Imperio inca. El matrimonio era voluntario o forzoso. El matrimonio voluntario era concertado por los padres y los pretendientes, se simulaba una compra de la novia. La edad ideal era de los 18 a los 20 años para la mujer y de 24 a 26 en el hombre.

El matrimonio forzoso se aplicaba a los hombres solteros mayores de 26 años. Cada dos años la autoridad los convocaba y les escogía una mujer.

El “sirwiñacu” (del castellano ‘servir’) era la convivencia a prueba por un año entre una mujer y un hombre para un matrimonio futuro. En Bolivia esta forma de prueba para el matrimonio es conocido también con el nombre “tantancu” en quichua.

Roma. Existía las siguientes formas de matrimonio: la confarreatio, la coemptio y el usus.

a) CONFARREATIO. Ceremonia de carácter religioso y muy solemne reservada a los patricios que unía en matrimonio a una mujer y a un hombre consistente en ofrecer a Júpiter la ofrenda de una pan especial (“farreus panis”), en la que se hallaban presentes los desposados, el gran pontífice, diez testigos y el “Dialis flamen” o flamen de Júpiter.

El matrimonio contraído de esta forma llevaba implícita la entrada de la mujer en la familia civil del esposo, con abandono jurídico de la suya propia.

b) COEMPTIO. Ceremonia de matrimonio sin carácter religioso que simulaba la compra ficticia de la mujer que se realizaba ante el “libripens”[2] y al menos, cinco testigos púberes y ciudadanos romanos.

c) USUS o VSUS. Concubinato [3] que duraba un año. Luego del cual se podía formalizar el matrimonio o en caso contrario por la “trinoctio” (la mujer deja de dormir por tres noches seguidas en la casa del marido) se podía disolver el “usus”

El hecho de mantener a una mujer en la casa propia del marido por el transcurso de un año seguido, consagraba la “manus” y la consumación del matrimonio por el “usus”, fuera de toda ceremonia.

El matrimonio en los primeros tiempos de Roma fue “cum manu”, es decir, la mujer estaba sometida al marido como si fuera una menor. Luego se convirtió “sine manu”, donde los esposos tienen condiciones iguales.

NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Para la Teoría Contractual Canónica el matrimonio es un contrato. Porque se basa en una unión libre y voluntaria, y consentida por los pretendientes, con el fin de establecer una relación de vida social marital y celebrada en sujeción a normas religiosas que lo sacramenta haciéndolo indisoluble hasta la muerte.

Para la Teoría Civil el matrimonio es un contrato especial. Para esta teoría prima los caracteres de índole personal, los cuales, inclusive, permiten disolverlo bajo sanción de autoridad.

Para la Teoría Institucional el matrimonio es una institución. El matrimonio es creado por el Estado para proteger y garantizar las relaciones familiares a los que los pretendientes se adhieren a través de un acto jurídico[4] formalizado ante autoridad estatal en la que por libre manifestación de voluntad consienten en unirse, sin la posibilidad futura de disolver tal unión, a no ser que intervenga autoridad judicial.

Desde este punto de vista, surge:

el matrimonio-status y el matrimonio- acto.

El primero dice que el matrimonio es un estado que se debe proteger para garantizar las relaciones familiares derivadas de ese estado.

El segundo dice que el matrimonio es un acto del cual derivan obligaciones, deberes (por ejemplo la fidelidad) y derechos de carácter familiar.

CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO

1. UNIDAD. Los cónyuges están obligados a compartir una vida en común bajo un mismo techo, donde ambos tienen igualdad de obligaciones y derechos.
2. LEGALIDAD. La unión está sujeta siempre a la ley y a través de un acto jurídico. La ley le da un estado antes y después del acto. No es suficiente
3. PERMANENCIA. La autonomía de voluntad de las personas no puede disolver el matrimonio. Esta siempre es por sentencia judicial.
4. LEALTAD. A una sola persona—la esposa—en los matrimonios judeocristianos, y a las esposas en los matrimonios musulmanes.
5. MONOGAMIA. En los matrimonios judeo-cristianos para que se considere matrimonio el cónyuge solo debe tener una esposa o un marido.

EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN ¹⁹⁰

La institución del matrimonio no es más que la unión natural disciplinada y consagrada en el estado social como unión legítima, pero consagrada y disciplinada por vía de autoridad, no por vía de contrato.

190 Revista de Derecho, Vol IX, diciembre 1998, pp.153-160, Hérrnan Larrain Ríos

Las instituciones significan "una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos".

Esta sería la institución-cuerpo o institución corporativa, pues también existe la institución-cosa, que no admite una personificación como aquella. La diferencia estaría en la función social. Como ejemplos de instituciones-cuerpos o instituciones-personas, como también se las llama, encontramos a los Estados, las asociaciones, los sindicatos.

La idea de la obra común por realizar constituiría la base esencial de todo cuerpo social, de toda institución.

El segundo elemento esencial de la institución estribaría en el poder organizado, cuya función es la de realizar la obra común proyectada.

Por último, la manifestación de comunión de los individuos que forman el grupo en la obra común, sería el tercer elemento esencial al nacimiento de una institución.

En la institución deben existir dos o más individuos. No se conciben instituciones compuestas de una sola persona, deben aunarse las voluntades de por lo menos dos personas; pero mientras en la institución esos individuos forman un núcleo social o comunidad humana, en los contratos no sucede lo mismo, pues en ellos la aparente comunidad humana es, desde luego, transitoria y tienen las personas tan esencial papel que si son modificadas cambia el contrato, mientras que en la institución, como se trata de una comunidad social, pueden variar sus miembros y la institución permanece. Precisamente en aquellos casos en que los contratos civiles presentan estas características de la institución, es donde los autores dan a ellos la naturaleza jurídica de institución y no de contrato.

En la institución predomina esencialmente el concepto de la idea directriz en consecución de un bien común. La idea de una obra común a realizar es el primer elemento de la institución sobre el cual insisten sus creadores.

De esta idea del bien común participan todos los que forman parte de la institución o están sometidos a ella, mientras que en el contrato no existe esa idea directriz en que participen todos los contratantes, pues cada uno tiende a realizar su propio y personal interés y su exclusiva utilidad.

La institución -como núcleo social- necesita de reglamentación objetiva, que alcance a todos sus elementos o miembros y muchas veces a terceros. De ahí que esa reglamentación tenga caracteres de universalidad o permanencia.

Presenta la institución dos caracteres diferentes a los contratos: su duración y su permanencia.

La institución es estable en cuanto escapa a la voluntad de quienes la originaron. De aquí que no sea posible dejarla sin efecto, como sucede con los contratos, por la sola voluntad de aquellos que dieron vida al vínculo contractual.

Los fines institucionales requieren, pues, de duración en la organización, lo cual no significa perennidad.

Por último, se caracteriza la institución por su individualidad objetiva distinta de los elementos que la componen, pues tiene una personalidad propia, mientras que en el contrato cada parte conserva su poder e independencia.

MATRIMONIO-INSTITUCION

Si la característica más sobresaliente de la institución es la idea de obra a realizar en un grupo social, el papel de la voluntad, en esta concepción, está restringido a la "adhesión a un hecho" que consiste en una adhesión dada únicamente por la voluntad de continuar con un proceso institucional iniciado.

Una vez dada la adhesión, la voluntad es impotente para modificar los efectos de la institución, los que se producen automáticamente.

La unión conyugal está justificada por el hecho social de la familia fundada, siendo esta una institución -la primera de las instituciones- y el matrimonio un acto de adhesión a esa institución.

El matrimonio es, en efecto, un acuerdo de voluntades productor de obligaciones. Es un contrato en la forma y en su desarrollo. También lo es si se le entiende como un contrato-condición o como el consentimiento bilateral de un hombre y de una mujer que desean tener el estatuto legal de casados.

El desarrollo es contractual; pero el contenido sobrepasa todas las posibilidades del contrato. O sea, en la forma puede ser un contrato, pero en el fondo el matrimonio es un acto de institución.

"El matrimonio no es sólo un contrato -dice Julio Philippi-. Al igual que los tratados y los pactos de sociedad, si bien es cierto que tiene la forma contractual, es un verdadero acto de fundación, da origen a una institución: "la familia".

Existe en el matrimonio la idea directriz en consecución de un bien común. La idea de obra a realizar es en el matrimonio la intención precisa de constituir una familia, satisfaciendo, por otra parte, una aspiración natural del hombre. El matrimonio es deseado por el hombre en razón de inclinaciones de diverso orden, deseo sexual, afecto, cariño, unión espiritual, perpetuidad en la generación, etc.

Esta obra común por realizar sólo tiene un cauce único y su natural desenvolvimiento en el matrimonio. No existe ninguna otra unión de los sexos que llene esta aspiración, que la

haga realizable y posible. Es el matrimonio y sólo el matrimonio el único que realiza esta plena idea de la institución.

Reúne la familia los elementos esenciales de la institución, a saber, la autoridad y la continuidad. Respecto de la primera no cabe la menor duda; no hay legislación que no reconozca, dentro de ella, la autoridad paterna. En cuanto a la continuidad, se cree encontrarla en la sucesión de las generaciones ligadas a un nombre, a un patrimonio, es decir, en primer lugar, en los hijos. En realidad, ella no radica sólo en la descendencia, sino que principalmente, a nuestro juicio, en la estabilidad del vínculo matrimonial, es decir, en la indisolubilidad de dicho vínculo.

Si el matrimonio es una institución, ¿cuál es el papel de la voluntad de los contrayentes en la unión conyugal?

Cada contrayente realiza un acto de adhesión a la institución del matrimonio, acto que viene a generar el funcionamiento de dicha institución. A eso se limita la voluntad de los contrayentes: a manifestar su adhesión al matrimonio en unión con una persona determinada.

Toda la legislación positiva sobre el matrimonio es una constante excepción a las características y noción misma de los contratos, mientras que es una confirmación, también constante, de que ella cumple con todos y cada uno de los elementos básicos de la institución.

No hay necesidad de modificar en lo más mínimo la actual legislación para sostener la institucionalidad del matrimonio.

Mientras tanto, para defender su contractualidad es imprescindible, junto con manifestar que el matrimonio es un contrato, iniciar de inmediato la enumeración de todas y cada una de las excepciones que este original contrato presenta frente a la noción y naturaleza de cualquier otra.

Junto con explicar satisfactoriamente todos los problemas que la naturaleza jurídica del matrimonio presenta, la teoría institucional otorga a la unión de los cónyuges la importancia que ella tiene en el desenvolvimiento de la gran familia humana, tantas veces desmembrada y continuamente caída.

Significa la aceptación de la teoría institucional, como solución jurídica de la naturaleza de la unión conyugal, no solamente una aurora en este arduo problema, sino también la luz brillante de una mejor organización social y familiar.

3.- UNIÓN CIVIL NO MATRIMONIAL

Una unión civil es uno de los varios términos usados para un estado civil similar al matrimonio, creados típicamente para permitir el acceso de las parejas homosexuales a la

mayor parte de las ventajas gozadas por las parejas heterosexuales casadas, sin llegar a otorgarles totalmente la igualdad en derechos con el matrimonio. En algunas jurisdicciones se le denomina pacto civil de solidaridad o sociedad de convivencia.

En algunos lugares, las uniones civiles están también disponibles para los heterosexuales que conviven y forman familia, pero que no desean formalizar su relación en un matrimonio. La unión libre es un acto que puede ser válido según la comunidad donde se haga, pero en el caso de Francia, un Pacto es válido no sólo en una comunidad o provincia sino en todo el territorio nacional. Ambos términos estrictamente no son lo mismo.

Hay muchos tipos de uniones civiles. Algunos tipos de uniones civiles son paradójicamente idénticos al matrimonio en casi todo excepto el nombre (con connotaciones negativas para las relaciones entre personas del mismo sexo); otros tienen muchos pero no todos los derechos acordados para las parejas casadas; y otros son solamente registros de relaciones. El proyecto de ley propone el establecimiento de una institución jurídica especial denominada unión civil no matrimonial entre personas del mismo sexo a través de la que se instituyen deberes y derechos entre ambos. Esta unión, que es disoluble legalmente, es concebida con los rigores de los actos jurídicos en la legislación nacional, y se gestionará ante el Registro Personal de los Registros Civiles, acto a partir del cual se establecerán entre los contratantes una sociedad de gananciales y otras garantías vinculadas a la asistencia personal entre ambos en los ámbitos de la salud, intervenciones quirúrgicas, prestación alimentaria, acceso a la nacionalidad y a derechos sucesorios de tercer orden.

Es un estado jurídico creado por los estados que proporciona protecciones a las parejas a escala de la ley estatal, pero omite las protecciones federales y las ventajas gozadas por las parejas casadas. Se trata de un contrato de convivencia y solidaridad que carece de la dignidad y el poder del término “matrimonio”.

4.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NACIONAL RESPECTO AL INSTITUCIÓN LEGAL Y NATURAL DEL MATRIMONIO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE CONTRAER MATRIMONIO

EXP. N.º 2868-2004-AA/TC191

ÁNCASH

JOSÉ ANTONIO

ÁLVAREZ ROJAS

191 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html>

En primer lugar, el Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho *constitucional* al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional.

Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos *institutos jurídicos constitucionalmente garantizados*. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido.

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.

Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad – para autorizar o negar- de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración.

EXP. N.º 00139-2013-PA/TC192

SAN MARTIN

P.E.M.M

De esta forma, este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo incurriendo en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) y el principio de corrección funcional (cfr. STC 5854-2005- PA/TC, fundamento 12), pues tal matrimonio —en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil— debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes (artículos 43, 45 y 90 de la Constitución), por lo que su discusión y eventual decisión debe hacerse en sede legislativa —cuyo producto legal podrá luego estar sujeto, por supuesto, al control de la jurisdicción constitucional—, pero no jurisprudencialmente, ya que el diálogo democrático implica la discusión abierta al pueblo y a los parlamentarios que lo representan. Lo contrario significaría que este supremo intérprete de la Constitución desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado al Congreso de la República, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional, presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, que debe encontrarse siempre plenamente garantizado.

5.- JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA¹⁹³

El derecho a contraer matrimonio se configura como un derecho individual que ostenta toda persona, irrenunciable, perpetuo, universal, subjetivo y que en ningún caso puede ser restringido o negado de forma absoluta. El art. 32 ce introduce un cambio fundamental en relación con el sistema matrimonial anterior, tipifica el *ius connubii* como un Derecho constitucional y el matrimonio como cauce institucionalmente protegido por el ordenamiento, para el libre desarrollo de la personalidad, art. 10.1º, de la afectividad y de la sexualidad. De todo ello se deduce que el ordenamiento jurídico concederá una protección especial y privilegiada al matrimonio, siempre que contribuya realmente a la realización personal de los esposos en libertad e igualdad y sea el cauce a través del cual puedan desarrollarse sus derechos fundamentales.

El matrimonio se considera como un acto o celebración (que se funda en la libertad e igualdad del hombre y de la mujer, arts. 1, 14 y 32.1 ce) que genera un estado matrimonial y como estado matrimonial generado a su vez por el acto fundacional, (basado en el

¹⁹³ Trabajo desarrollado dentro del Proyecto de I+D financiado por el MEC, referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”; Dra. Ma. Lourdes Labaca Zabala

consentimiento libre de los contrayentes, con arreglo a una forma matrimonial, se funda asimismo en la libertad de igualdad), de lo que se deduce que ambos principios deben presidir su regulación.

El derecho a contraer matrimonio que contiene el art. 32.1º de la ce se consagra como un derecho universal, irrenunciable, perpetuo y erga homines que sólo puede ejercitarse con el pleno y libre consentimiento del hombre y de la mujer que pretenden celebrar matrimonio, expresado de forma legal. Este derecho debe ser desarrollado mediante ley, art. 32.2 ce.

El art. 32 ce constitucionaliza el matrimonio a pesar de que existen autores, entre los que podemos citar a gómez sánchez, que consideran que no existen argumentos suficientes para su regulación como derecho constitucional ya que proponen que su regulación quede exclusivamente en las leyes civiles.

El matrimonio es actualmente “la unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida, de la que derivan una serie de derechos, relaciones, funciones y potestades”. El matrimonio no es “una creación técnica del Derecho, sino una institución natural que el Derecho positivo se limita a contemplar, reconocer y regular”.

Esta configuración del matrimonio como heterosexual fue modificada a través de la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código civil en materia del derecho a contraer matrimonio. Se señala en la Exposición de Motivo de la citada Ley que:

I.- “La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja. Esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución. Será la ley que desarrolle este derecho, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico.

Tribunal Constitucional Español

“**Artículo 32** de la Constitución Española:

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.
2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”¹⁹⁴

Pleno. Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012).

I.- El contexto normativo del matrimonio entre personas del mismo sexo. Después de 7 años de espera, el Tribunal Constitucional español resolvió en su **Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012** (STC) que la reforma del Código Civil de 2 de julio de 2005 - “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”- es conforme a la Constitución española (CE). Es la respuesta al recurso presentado por 61 Diputados del Grupo Popular que consideraban la reforma contraria al artículo 32 de la Constitución -“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. La STC 198/2012 fue aprobada por siete magistrados y se emitieron un voto particular concurrente y tres votos particulares discrepantes.

Los Diputados recurrentes alegaron, entre otros motivos, que la reforma del Código Civil vulneraba el carácter básico de la institución del matrimonio y era, en realidad, una reforma encubierta de la Constitución.

A esta última objeción el Tribunal Constitucional (TC) responde en primer lugar y concluye que “no es posible hablar de alteración de la Constitución en el sentido de modificación de su contenido normativo puesto que cualquier contradicción entre un enunciado legal y otro constitucional se salda con la declaración de inconstitucionalidad del primero”.

En segundo lugar, ante el argumento de que la equiparación de derechos entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo sería contraria al principio de igualdad, puesto que no tendría en cuenta que el matrimonio y las parejas del mismo sexo son realidades distintas que deben ser tratadas de un modo diferente, el TC sostiene que el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación por lo que no resulta posible censurar la Ley desde la perspectiva del principio de igualdad por

¹⁹⁴ Artículo 32 de la Constitución Española

abrir la institución matrimonial a una realidad -las parejas del mismo sexo- que presenta características específicas respecto de las parejas heterosexuales.

Tampoco la reforma legal es contraria a la protección constitucional de la familia, pues la Norma Fundamental no hace depender el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ni la limita a las relaciones con descendencia.

La parte más extensa de la fundamentación jurídica se dedica a analizar si la Ley 13/2005 vulnera el artículo 32 CE en su doble contenido de garantía institucional y derecho constitucional.

Hay que señalar que la categoría “garantía institucional” fue creada por la jurisprudencia constitucional, a propósito de la autonomía provincial, en la STC 32/1981, donde se señala que persigue la protección de instituciones fundamentales dentro del orden constitucional que no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo. El concepto ha sido utilizado para referirse a instituciones como la autonomía local, la Seguridad Social, la familia, los colegios profesionales, etc. Pero también se ha proyectado hacia los derechos fundamentales para incluir el *habeas corpus*, el *habeas data*, el derecho de fundación y la autonomía universitaria.

El Tribunal entiende que un razonamiento del mismo tipo debe desarrollarse respecto del matrimonio, que, como garantía institucional, exige una protección objetiva para que el Legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución, y como derecho exige una protección subjetiva, de manera que la posición jurídica del ciudadano derivada del reconocimiento constitucional del derecho no queda eliminada o desnaturalizada por el Legislador.

II.- La garantía institucional del matrimonio.

En lo que respecta al matrimonio como garantía institucional, el TC concluye que tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005 la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, “tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el Legislador”.

“Estando claro que la única diferencia entre la institución matrimonial antes y después de 2005 se refiere al hecho de que los contrayentes puedan pertenecer al mismo..., es preciso determinar si esa circunstancia es, hoy por hoy, en nuestra sociedad, un elemento que hace irreconocible el matrimonio o que, por el contrario, se integra en la imagen que permite reconocer la institución matrimonial. Dicho de otro modo, se trata de determinar cuán integrado está el matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestra cultura jurídica, acudiendo para ello a los elementos que sirven para conformar esa cultura”.

El TC sostiene que “no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005... Puede concluirse, por tanto, que la Ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el artículo 32 CE, desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea”.

III.- El derecho constitucional al matrimonio.

Completado el razonamiento relativo al matrimonio como garantía institucional, el TC estudia si la nueva regulación supone un ataque al contenido esencial del derecho al matrimonio.

Por una parte, de la dicción literal del artículo 32.1 CE se deduce que ambos cónyuges se encuentran en régimen de plena igualdad jurídica; en segundo lugar, el derecho al matrimonio, aunque es un derecho de titularidad individual, no lo es de ejercicio individual, pues, tal y como dispone el artículo 45 del Código Civil, no hay matrimonio sin consentimiento mutuo. Además, de este derecho a contraer matrimonio se puede extraer la libertad de no contraerlo.

El TC argumenta que el reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse.

Para el TC, la opción que contiene la Ley 13/2005 se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el artículo 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya ha hecho este Tribunal de la cláusula

antidiscriminatoria del artículo 14 CE, en la que se incluye la discriminación por razón de la orientación sexual, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

6.- LEGISLACIÓN COMPARADA RESPECTO LA UNION CIVIL Y MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO¹⁹⁵

Las primeras leyes de la época actual en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo fueron aprobadas durante la primera década del siglo XXI. Al 19 de agosto de 2013, quince países (Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, España, Francia, Islandia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Sudáfrica, Suecia, Uruguay) y varias jurisdicciones subnacionales de México y los Estados Unidos permiten casarse a las parejas del mismo sexo. El parlamento de Reino Unido ha promulgado una ley para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, válida en Inglaterra y Gales, que entrará en vigor el 29 de marzo de 2014.⁴ El parlamento de Escocia aprobó la ley legalizando el matrimonio entre personas del mismo sexo el 4 de febrero de 2014. Se espera que esta ley entre en vigor en otoño de este mismo año.

Junto a la institución del matrimonio, y en muchos casos como alternativa, existen instituciones civiles adicionales, muy diferentes en cada país y comunidad, con denominaciones distintas, como "parejas de hecho" o "uniones civiles", cada cual de una naturaleza, requisitos y efectos *ad hoc*, según la realidad social, histórica, sociológica, jurídica y política de cada sociedad. Estas instituciones son consideradas por movimientos de derechos humanos como *instituciones apartheid* y en muchos casos (especialmente cuando no otorgan los mismos derechos) son criticadas por fomentar la discriminación y crear ciudadanos de segunda clase.

Las uniones de parejas gays y lésbicas tienen validez legal a nivel nacional en Colombia, Ecuador, Brasil y Uruguay, así como a nivel regional en la Ciudad de México y en los estados de Coahuila, Colima, Jalisco y Campeche. Hasta 2010 también existió en cuatro zonas de Argentina: Buenos Aires, Villa Carlos Paz, Río Cuarto y en la provincia de Río Negro.

Se comparan los sistemas de Unión Civil de Alemania (*Lebenspartnerschaft*) y de Francia (*Pacte Civil de Solidarité*). Del análisis de las legislaciones revisadas se concluye que:

- La Unión Civil alemana está a disposición sólo de las parejas del mismo sexo, mientras que el PACS francés puede ser acordado por cualquier pareja..
- La autoridad competente para el establecimiento de la Unión es el Oficial del registro civil en Alemania, y el Secretario Judicial del Tribunal de Instancia en Francia. Esas

195 http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo#cite_ref-195

mismas autoridades son competentes para la disolución de la Unión, respectivamente.

- En ambos países, las partes de la Unión civil se deben ayuda mutua, socorro y asistencia, y se obligan a llevar una vida en común.
- En Alemania, el régimen de bienes por defecto es el régimen de participación de ganancias. En Francia, por su parte, es el de la separación de bienes. Los regimenes se pueden cambiar mediante contrato escrito.
- En ambos países, la adopción conjunta no es posible, solo la adopción unilateral por una pareja. No obstante, en Alemania, también se permite la adopción por una parte del hijo biológico de la otra parte. Asimismo, la Ley alemana dispone de reglas explícitas sobre la co-decisión de una parte en asuntos de la vida de los hijos de la otra parte.
- En Alemania, las partes pueden elegir un apellido común, mientras que en Francia, no es posible.
- En ambos países, las partes de la Unión civil gozan de ciertos derechos sociales. Asimismo, gozan de reducciones en el campo fiscal, en particular respecto del impuesto de sucesión y donación. La imposición de la renta se hace de manera conjunta en Francia, y (todavía) de manera separada en Alemania.
- En ambos países, la disolución de la Unión se efectúa por declaración conjunta o unilateral, por la muerte de una de las partes, o del matrimonio de una (o de las dos) parte(s).
- En Alemania, la parte sobreviviente se considera heredero legal. En Francia, no obstante, las partes se consideran como terceros para efectos hereditarios y, a falta de testamento, carecen de todo derecho de sucesión.

ARGENTINA:

El debate sobre la legislación autorizando el matrimonio entre personas del mismo sexo comenzó en la Argentina a partir de la campaña nacional por la igualdad jurídica lanzada por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, bajo la consigna «Los mismos derechos, con los mismos nombres». Cabe destacar que en Argentina se utilizó la expresión **matrimonio igualitario** para hacer referencia a la reforma del Código Civil, porque se entendía en la sociedad que se trataba de la búsqueda de la igualdad entre sus habitantes. Fue desde aquí en la década de 2010 en donde también empezó a ser frecuentemente utilizado el término para referirse a la igualdad del matrimonio en otros países en donde se discutía o se discute, como Uruguay, Colombia, Chile o Brasil, masificándose el uso de la expresión para referirse al matrimonio homosexual.

3.- ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Al hacer la revisión de estudios de investigación en la biblioteca de la Universidad Católica de Santa María y la Universidad Nacional de San Agustín, y en el sistema de Internet, no se encontraron trabajos similares al presente.

No obstante al realizar la revisión de temas que sean parecidos o similares o que incluyan alguna de las variables que se está utilizando no se ha encontrado estudios de investigación relacionados; pero si se ha encontrado algunos comentarios y artículos pero que son opuestos al tema de investigación.

4.- OBJETIVOS

- 1.- Determinar la diferencia entre el Derecho Fundamental a Contraer Matrimonio y la Institución Legal del Matrimonio
- 2.- Establecer el Tratamiento Constitucional del Derecho a Contraer Matrimonio y a la Institución Legal del Matrimonio.
- 3.- Determinar la vinculación que existe entre el Derecho a Contraer Matrimonio, la Institución Legal del Matrimonio y la Imposibilidad Jurídica del Matrimonio de Personas del mismo sexo?
- 4.- Establecer la vinculación que existe entre el Derecho a Contraer Matrimonio, la Institución Legal del Matrimonio y la posibilidad Jurídica de la Unión Civil No Matrimonial?
- 5.- Determinar el Tratamiento otorgado por la Legislación y Jurisprudencia comparada respecto al Derecho Fundamental de Contraer Matrimonio y la Institución Legal del Matrimonio; así como al Matrimonio de Personas del Mismo sexo y la Unión Civil No Matrimonial

5.- HIPOTESIS:

Dado que el Estado promueve el Matrimonio como Institución Legal; pero no señala expresamente que es un Derecho Fundamental, así como tampoco le brinda protección Constitucional.

Es probable que existan diferencias entre el Derecho Fundamental a Contraer Matrimonio y la Institución Legal del Matrimonio e influya en la imposibilidad jurídica del Matrimonio entre personas del mismo sexo y de la viabilidad jurídica de la unión civil No matrimonial.

III.- PLANTEAMIENTO OPERACIONAL:

1.- Técnicas e Instrumentos de Verificación:

1.A.1- Técnica:

Para la recolección de datos se utilizará la técnica de "Observación Documental":

1.A.2.- Instrumento

Son las “Fichas Bibliográficas”

Cuadro de Sistematización de Técnica e Instrumentos:

Variable	Indicadores	Subindicadores	Técnica	Instrumento
-Derecho Fundamental a Contraer Matrimonio	-Constitución Política -Tribunal Constitucional	-Doctrina -Jurisprudencia Nacional -Jurisprudencia Internacional	Observación Documental	Fichas Bibliográficas
-Imposibilidad Jurídica Del Matrimonio Entre Personas Del Mismo Sexo	-Derecho Civil -Constitución Política	-Código Civil -Tribunal Constitucional -Jurisprudencia	Observación Documental	Fichas Bibliográficas
-Institución Legal del Matrimonio	-Matrimonio -Institución Legal	-Código Civil -Jurisprudencia -Doctrina	Observación Documental	Fichas Bibliográficas
-Posibilidad Jurídica De La Unión Civil No Matrimonia	-Derecho Civil -Constitución Política del Perú -Legislación Comparada	-Código Civil -Tribunal Constitucional -Jurisprudencia -Doctrina	Observación Documental	Fichas Bibliográficas

2.- Campo de Verificación

2.1.- Ubicación Espacial

La investigación se realizara en el Perú.

Asimismo la investigación se llevara a cabo en la ciudad de Arequipa

2.2.- Ubicación Temporal

La presente investigación es de carácter coyuntural, la cual se refiere al momento presente, orientado a la situación actual, por lo que se realizará en el año 2004-2014

2.3.- Unidades de Estudio

Las Unidades de Estudio están compuestas por:

Legislación, Jurisprudencia y Doctrina Nacional respecto al Derecho a Contraer Matrimonio y la Institución Legal del Matrimonio.

Legislación, Jurisprudencia y Doctrina Internacional Comparada respecto al Derecho a Contraer Matrimonio y la Institución Legal del Matrimonio.

3.- ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para efectos de la recolección de datos; se utilizarán varios métodos a efecto de poder realizar una investigación adecuada y exhaustiva que cumpla con los objetivos trazados en el presente trabajo de investigación.

Se buscará información en la biblioteca de pregrado y postgrado de la UCSM y del Colegio de Abogados con el fin de obtener la mayor bibliografía que ayude a documentar el presente trabajo; asimismo se consultara las diversas páginas web que contengan información y datos específicos sobre los peruanos residentes en el exterior.

Se revisará Jurisprudencia y Doctrina Extranjera a efecto de poder realizar la comparación necesaria.

IV.- CRONOGRAMA DE TRABAJO

Cronograma	Mayo 2014	Mayo 201	Junio 2014	Junio 2014	Julio 2014
Elaboración Proyecto de Tesis	x				
Aprobación Proyecto de Tesis		x			
Elaboración Borradores de Tesis			x		
Aprobación Borrador de Tesis				x	
Sustentación de Tesis					x

CUADRO DE RECURSOS HUMANOS

1 EQUIPO	1 Personas Dirigido por Investigador
----------	---

CUADRO DE RECURSOS MATERIALES

Recurso	N°
Papel Bon	5 millares
Impresora	1
Computadora	1
Files	5
Lapiceros	5

CUADRO DE RECURSOS ECONOMICOS

Recurso	S/.
Rec. Humano	500.00
Impresión	200.00
Empaste	300.00
Total	S/. 1000.00

BIBLIOGRAFIA

1.-Elsner, Gisela ED, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2007; 2T; 25,5 cm. UCSM

- 2.-Ferrero R, Raúl;** Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional, 8va Edición, Lima, Grijley, 1998, 629 PP., 8va Edición. UCSM
- 3.-Sola, Juan Vicente;** Derecho Constitucional, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 2006, 920 pp, 23 cm. UCSM
- 4.- García Belaunde, Domingo; Gaceta Constitucional, Jurisprudencia de Observancia Obligatoria, Gaceta Jurídica, Lima SE 2013. UCSM
- 5.- García Belaunde, Domingo; Gaceta Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima SE 2013. UCSM
- 6.- Avendaño Valdes, Jorge; Gaceta Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima SE 2012. UCSM
- 7.- García Toma, Victor; Gaceta Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima SE 2012. UCSM
- 8.- Sagues, Pedro Nestor; Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional; Arequipa Adrus 2011, 2 tomos. UCSM
- 9.- Avendaño Valdes, Jorge; Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Jurisprudencia Relevante y Anotada para su Aplicación , Gaceta Jurídica, Lima SE 2010. UCSM
- 10.- García Belaunde, Domingo; El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México 2008. UCSM
- 11.- Varsi Rospigliosi, Enrique; Jurisprudencia sobre Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima 2012. UCSM
- 12.- Moya Montes, Jovita; La Protección del Estado al Matrimonio, Arequipa, UCSM. UCSM
- 13.- Aguilar Llanos, Benjamin; El Derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Gaceta Jurídica, Lima 2013. UCSM

JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Sentencia **EXP. N.º 2868-2004-AA/TC**

Sentencia **Exp. N.º 00139-2013-PA/TC**

Pleno. Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012).

PÁGINAS WEB

www.elcomercio.pe

www.larepublica.pe

www.perú21.pe

NORMAS LEGALES

- 1.- Constitución Política del Perú
- 2.- Código Civil
- 2.- Proyecto de Ley de la Unión Civil No Matrimonial
- 3.- Informe del Ministerio de Justicia sobre Proyecto de Ley de la Unión Civil No Matrimonial
- 4.- Informe de la Defensoría del Pueblo sobre Proyecto de Ley de la Unión Civil No Matrimonial.
- 5.- Legislación y Jurisprudencia

