

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**UNIÓN HOMOSEXUAL A LA LUZ DE LA ANTROPOLOGÍA
JURÍDICA DEL MATRIMONIO**

**Tesis presentada por el Bachiller en Derecho:
DANIEL FERNANDO CONDORI QUICAÑA**

**Para obtener el Título Profesional de:
ABOGADO**

**ASESOR:
GERARDO ZEGARRA FLORES**

AREQUIPA- PERU

2017

**DICTAMEN DEL BORRADOR DE TESIS PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL
DE ABOGADO**

A : DR. MAURO PARI TABOADA
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

DE : DR. GERARDO ZEGARRA FLOREZ
Jurado Dictaminador

ASUNTO : Dictamen de Borrador de Tesis ““La unión homosexual a la luz de la antropología jurídica del matrimonio”

FECHA : 18 de Agosto del 2017

Es grato dirigirme a usted para saludarlo, y habiendo revisado el borrador de tesis del Bachiller en derecho Daniel Fernando Condori Quicaña, quien pretende obtener el título de profesional de Abogado, procedo a informar lo siguiente:

La Antropología Jurídica, es la disciplina jurídica que el graduando ha utilizado para llevar a cabo la presente investigación, esta disciplina se constituye en inseparable del saber jurídico cuando se analiza a las instituciones y fenómenos sociales que el derecho regula, pues esta es una óptica social y jurídica.

La antropología jurídica se centra en el estudio de la parte “natural y cultural” de un determinado fenómeno humano para desentrañar su real concepto, y el fenómeno humano estudiado en esta tesis es el MATRIMONIO.

Es el concepto antropológico del fenómeno natural y cultural MATRIMONIO, el que se confronta con el fenómeno humano de la UNION HOMOSEXUAL.

Se efectuaron las siguientes observaciones:

1. Al versar la investigación sobre el análisis de la institución denominada Matrimonio, y la repercusión que ésta tiene sobre el fenómeno de la Unión Homosexual tuvo que variarse la forma de análisis de estos dos fenómenos Matrimonio y Unión homosexual, haciendo un análisis confrontacional entre ambos.
2. La investigación debía arribar a conclusiones bien estructuradas las cuales reflejaran la investigación hecha y los objetivos a los que se pretendía llegar, por

lo cual se efectuaron correcciones en el apartado de las conclusiones de la investigación.

Al haberse levantado las observaciones formulados debo comunicar lo siguiente

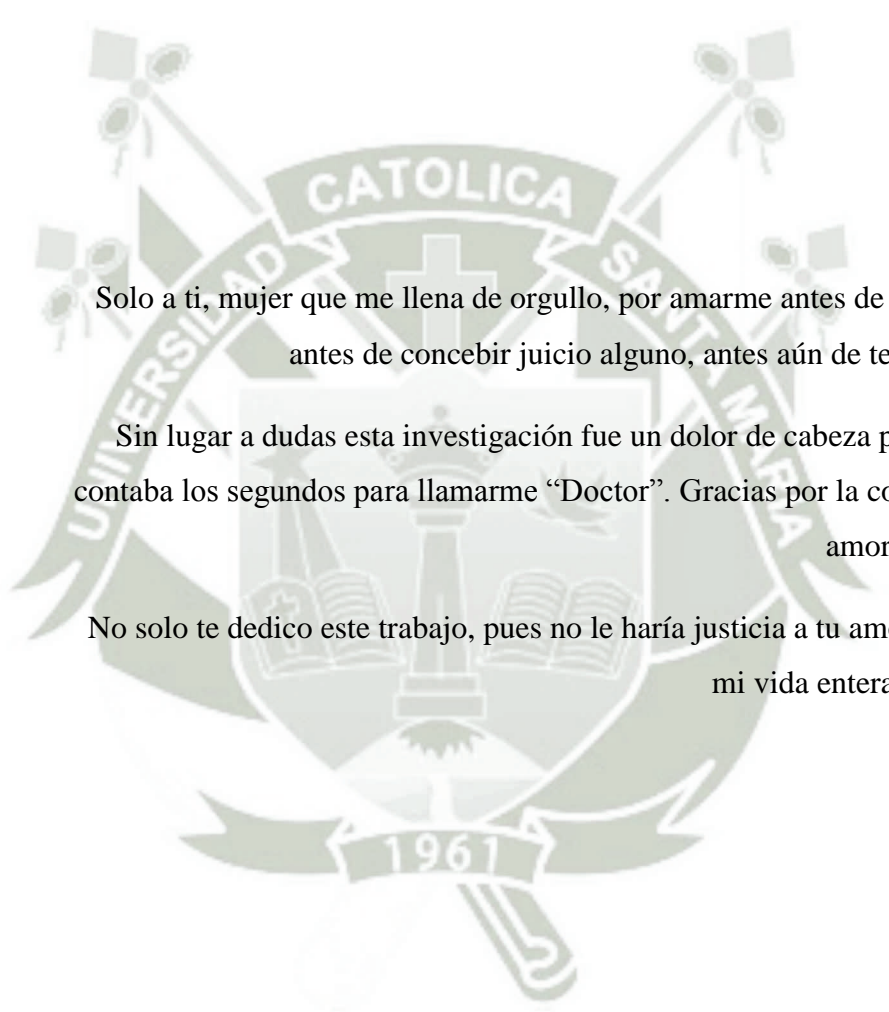
- El documento cumple con las exigencias de fondo y metodológicas
- El borrador presentado se ajusta el plan de tesis aprobado
- Se formularon sugerencias las mismas que fueran atendidas y subsanadas
- El borrador presentado cumple con los objetivos propuestos y con la verificación de la hipótesis planteada
- El desarrollo del borrador se ha realizado dentro del plazo establecido

Es todo cuanto informo.

Atentamente.



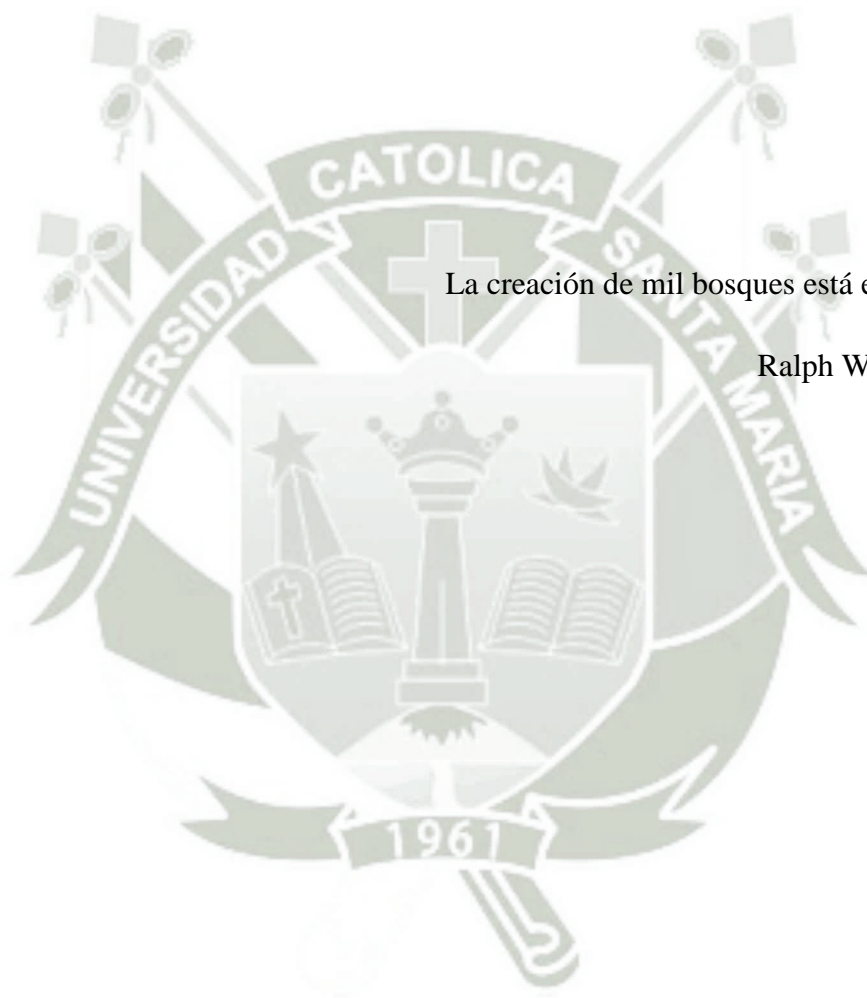
GERARDO LEGARRA FLOREZ
Jurado Dictaminador



Solo a ti, mujer que me llena de orgullo, por amarme antes de que naciera,
antes de concebir juicio alguno, antes aún de tener nombre.

Sin lugar a dudas esta investigación fue un dolor de cabeza para ti, quien
contaba los segundos para llamarme “Doctor”. Gracias por la compañía y el
amor sin medida.

No solo te dedico este trabajo, pues no le haría justicia a tu amor, te dedico
mi vida entera madre mía.



La creación de mil bosques está en una bellota.

Ralph Waldo Emerson

AGRADECIMIENTOS

Esta investigación no fue personal, pues el investigador dependió crucialmente de la alimentación emocional de sus seres cercanos, sin esto terminar el presente trabajo no hubiera sido más que una ilusión. En ese sentido y con licencia para expresar en medida justa mis emociones, permitan estas escuetas líneas, agradecer a las siguientes personas:

A Bernardino y Gloria, mis padres, a quienes les debo nada más que la vida, es decir les debo todo. Al primero la dirección de mi vida hasta tener conciencia propia, por formarme con la convicción jurídica familiar que tanto atenazamos en casa, hombre de grandes interpretaciones y conversaciones profundas, soñador y entusiasta además de filósofo y escoliasta, con aires de mecánico, vidriero, fontanero y carpintero, todo y mucho más. No tienes límites para el ejercicio de la mente, soy parte de ti papá o más bien una extensión tuya. Y a mi madre, a quien dedique mi investigación.

Agradezco a Oliver, mi hermano mayor, hombre de negocios, líder por defecto y convencedor audaz, con plazos inaplazables, ni siquiera por un segundo, quien hizo de la puntualidad una forma perfecta de producirse rabietas gratuitamente. Mi primer amigo, y el mejor por cierto, desde que camine te seguí a todo lado con la inconciencia propia de un niño, pues si estabas tú, no había peligro, o más bien, no había miedo, como superhéroe me protegiste, eres la silueta perfecta de hermano mayor, futbolista apasionado, pero en goles frecuentemente desacertado, humildemente, solo en eso te superé.

A José Adolfo y Mariana, mis hermanos menores. José, el único en casa sin apego a las leyes, el desentendido en la familia, hombre de informática pura que vive en medio de números y procesos computables, entre códigos binarios y algoritmos, los que, razonablemente, son incompresibles para una familia con simpatía al Derecho, noble y comprensivo, calmo y con la cosas demasiado destructivo. A Mariana, de carácter en exceso dominante, con toques tiernos ¿y por qué no? A veces infantiles, a ratos madura y a otros berrinchuda, agresiva en los juegos y paciente en los consejos.

A todos ustedes que en casa me animaban e impulsaban a continuar con mi investigación, toda vez que hacían lo posible por no desconcentrar a una mente tan ligera como la mía, con acciones desde privarse de escuchar la música de sus gustos a todo volumen, o suplirme en algunas obligaciones cuando ni siquiera era necesario,

solo porque imaginaban que eso podía distraerme, ¿distraerme de qué? Ni yo lo entendía. Fueron y son mis mejores asesores, dictaminadores, jurados y colegas. Agradezco por haber nacido entre ustedes.

Asimismo, quiero agradecer a Victoria, mi abuelita, a quien prometí mucho y cumplí de a pocos, pues entendía que como todo joven entusiasta, tiene el alma risueña. También deseo agradecerle profundamente a Kira, mi asistente personal, *ad honorem* y a tiempo completo, quien decretaba rudamente los plazos para los avances de mi investigación, estos plazos no eran de cumplimiento obligatorio, eran de cumplimiento compulsivo, bajo apercibimiento de recibir severa amonestación, gracias por la ayuda y presión eficaz, gracias por ser como eres conmigo.

Por último, hago mención a Ángel, mi bisabuelo, a quien nunca vi, pero del que conozco demasiado, te admiro, los testimonios de quienes pudieron conocerte, demuestran tu grandeza, los relatos de propios y extraños siempre están a tu favor, me quedo perplejo con tu legado que es palpable, cuanto hubiera querido conocerte, no obstante, seguro lo haré.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	
RESUMEN	
ABSTRAC	
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	
MARCO TEÓRICO	

CAPITULO I

ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

1.1. ANTROPOLOGÍA COMO CIENCIA.....	1
1.2. ANTECEDENTES Y FUNDADORES DE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA.....	4
1.3. ANTROPOLOGÍA JURÍDICA.....	9

CAPITULO II

HOMOSEXUALIDAD Y DERECHO

2.1. BREVE SÍNTESIS HISTÓRICA.....	15
2.1.1. De la prehistoria.....	16
2.1.2. De la edad antigua.....	16
2.1.3. De la edad media.....	20
2.1.4. De la etapa de la modernidad.....	22
2.1.5. De la edad contemporánea.....	23
2.2. HOMOSEXUALIDAD EN LA CIENCIA.....	27
2.2.1. LOBBY HOMOSEXUAL EN LA ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA (APA).....	28
2.2.2. ESTUDIOS CIENTÍFICOS EN TORNO A LA HOMOSEXUALIDAD.....	33
2.3. TRATO JURÍDICO DE LA HOMOSEXUALIDAD EN LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.....	39
2.3.1. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.....	40
2.3.2. PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA.....	45
2.3.3. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS.....	48
2.3.3.1. CORTE INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS.....	51
2.3.3.1.1. APORTES DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO A LA HOMOSEXUALIDAD.....	57

CAPITULO III

EL FENÓMENO MATRIMONIO

3.1.	NATURALEZA Y CULTURA.....	65
3.2.	MATRIMONIO Y SU ANTROPOLOGÍA.....	67
3.2.1.	MATRIMONIO EN SU ESPECTRO SOCIAL	67
3.2.1.1.	MATRIMONIO EN SU ORIGEN NATURAL	68
3.2.1.2.	MATRIMONIO EN SU CONSTRUCCIÓN CULTURAL	71
3.2.1.2.1.	La Monogamia.....	71
3.2.1.2.2.	El incesto	78
3.2.1.2.3.	De las demás construcciones humanas	84
3.2.2.	MATRIMONIO EN SU ESPECTRO JURÍDICO	88
3.2.2.1.	PRIMERAS CONSTRUCCIONES CULTURAL-LEGALES Y POSITIVIZACIÓN DEL MATRIMONIO	90
3.2.2.2.	MATRIMONIO Y HOMOSEXUALIDAD: ACTUAL CONSTRUCCIÓN CULTURAL-LEGAL Y LA RECIENTE POSITIVIZACIÓN DEL MATRIMONIO	94
3.2.2.3.	NOCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL ESPECTRO JURÍDICO, CONCORDANTE CON SU ANTROPOLOGÍA	100
3.2.2.3.1.	Matrimonio y Derechos Humanos	101
3.2.2.3.2.	Matrimonio vs. el Principio de libertad, igualdad y no discriminación.	104
3.2.2.4.	MATRIMONIO EN NUESTRA CULTURA JURÍDICA PERUANA	109
3.3.	DE LA FUNCIONALIDAD: EL MATRIMONIO VS. EL FENÓMENO DE LA HOMOSEXUALIDAD	114
3.4.	NUESTRA VALORACIÓN JURÍDICA RESPECTO A LA HOMOSEXUALIDAD	127
	CONCLUSIONES.....	136
	BIBLIOGRAFÍA.....	141
	ANEXO: (Proyecto de tesis)	153

INTRODUCCIÓN

La investigación que presentan estas líneas analizan la problemática del denominado Matrimonio Homosexual, estudiando y llevándolo al campo de la antropología jurídica, problemática que versa en la discusión jurídica de ¿Es correcta la denominación de “Matrimonio” para la Unión Homosexual? O ¿Debe otorgarse el estatus matrimonial a las parejas homosexuales?, asunto que ya ha sido resuelto en algunos países de manera favorable a la unión homosexual, producto de las desmedidas interpretaciones evolutivas amparadas en los Derechos Humanos, estas medidas afectan de manera concomitante a nuestra concepción peruana de Matrimonio, pues ejerce influencia razonable en nuestra noción jurídica y social matrimonial, toda vez que la interpretación jurídica en los casos referentes a Derechos Humanos se nutre de la interpretación de las cortes y organismos internacionales y de la interpretación comparada, condicionando de tal manera – desde propuestas legislativas, fundamentaciones en sentencias, civiles o constitucionales, o hasta en la discusión jurídica cotidiana – a seguir al cambio efectuado en los ordenamientos jurídicos que referimos, los que son cercanos al nuestro.

Es así que analizamos este asunto de la siguiente manera: estudiamos al fenómeno Matrimonio, entendiendo por este a los conceptos que le son propios, no matrimonio en su significado etimológico, pues este se quedaría corto al describirlo, más bien su significado como fenómeno humano en la sociedad actual y pasada, el estudio de matrimonio en su antropología jurídica, esto pues es sustancial en la investigación, dado que el problema se centra sobre el “Matrimonio” y por tanto para hablar de este, se debe antes entender toda la expresión humana que encierra esta denominación. Una vez desentrañado el significado del fenómeno denominado Matrimonio, lo contrastamos con el fenómeno de la Unión Homosexual, esto para entender si estos dos fenómenos humanos son susceptibles de significar lo mismo, y por tanto la denominación de “Matrimonio”, otorgada también a las parejas homosexuales en algunos países, es justa y corresponde al significado de Matrimonio en la vida del hombre. Asimismo, yéndonos más allá de conceptos y significados analizamos en esta investigación si las funcionalidades de matrimonio y unión homosexual son homologables y por tanto justifican de ser denominados de la misma manera, es decir si el matrimonio como institución puede acoger y amparar dentro suyo a la unión homosexual.

En el primer capítulo, estudiamos y tratamos de describir lo que es antropología y el porqué de la necesidad de esta disciplina la cual consideramos inseparable del derecho, de esto viene la “antropología jurídica”, el estudio jurídico con la óptica antropológica, sostenemos a esta disciplina como indispensable en todo estudio en torno a los fenómenos sociales y jurídicos, como bien lo es el Matrimonio, pues se centra – comentándolo *a priori* – en el análisis de lo natural y lo cultural, elementos que son expresados en la normativa jurídica, sostenemos que toda norma solo puede provenir de aportes del elemento natural o cultural, y de ningún otro elemento más, pues las cosas – y con esto incluimos a la norma – o bien son creación del hombre o de la naturaleza o del ensamble de estas.

En nuestro segundo capítulo abordamos exclusivamente al fenómeno homosexual. En el primer apartado de este capítulo nos centramos en el recorrido histórico de la homosexualidad y sus roces con el derecho, es decir la tratativa jurídica que se le ha dado a lo largo de la historia a este fenómeno humano, esto nos sirva para entender los fines de este fenómeno social, exento de valoraciones morales. Asimismo analizamos en este capítulo el enfoque científico de la conducta homosexual, para entender el posible origen de esta condición. Revisamos además el enfoque jurídico actual, respecto a homosexualidad, la tratativa vigente de esta conducta, la forma como es percibida en los organismos internacionales de Derechos Humanos, y de los pronunciamientos de los distintos órganos de estos.

En nuestro último capítulo, el tercero, abordamos el tema central de nuestra tesis, tocamos al fenómeno Matrimonio, de esta manera retomando y usando los conceptos iniciales expuestos sobre antropología jurídica, en nuestro primer capítulo, emprendemos la búsqueda de algo llamado antropología jurídica del Matrimonio, es así que nos topamos inesperadamente con realidades completamente opuestas a nuestra concepción occidentalizada del Matrimonio, realidades pasadas y actuales, pues también se usa el carácter histórico del hoy y el ayer, pero no se reduce solo a eso, el enfoque antropológico compila además el estudio del aquí y el allá, es decir la comparativa pasada sumada a la comparativa actual, esta comparativa actual se da en sociedades civilizadas como en las no civilizadas, es pues sobre estas últimas, las no civilizadas, en las que se encarna aún más el enfoque antropológico, pues entiende a estos como aguas claras poco ensuciadas por el desmedido crecimiento cultural, sea este económico, político, tecnológico, entre otros, que se da en sociedades globalizadas,

aguas útiles que al ser claras permiten dilucidar de manera nítida el fondo de las instituciones sociales como bien lo es el Matrimonio, las sociedades con estructuras simples sirven para entender a las sociedades con estructuras complejas, pues en las primeras se ve de forma cristalina a las instituciones sociales, nos advierte de la forma embrionaria de la institución bajo análisis, si no viéramos a las primeras no entenderíamos la razón de las segundas. Como lo mencionábamos, nos topamos con diversas realidades, lo que conlleva a encontrarnos también sorpresivamente con la existencia de algo denominado modelo antropológico del matrimonio, ya que en esta investigación más allá de apuntar al sustento de una idea o postura anticipada y preestablecida, postura que además podía cambiar, se dirigía más bien a la búsqueda de respuestas, pero repuestas ¿a qué? Respuestas a la incógnita ¿se puede?, o mejor dicho, ¿Se debe denominar matrimonio, la unión de la pareja homosexual? En este capítulo analizamos además, la noción de matrimonio contenida en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y consecuente a esto analizamos la noción de matrimonio contenida en nuestro sistema jurídico peruano. Asimismo en este capítulo nos encauzamos en el estudio de la funcionalidad del Matrimonio, para determinar si esta institución es útil o no, si adorna el escenario de la sociedad y está en una vitrina o por el contrario está gobernando la vida de los hombres. Hacemos esto ya que el análisis antropológico más allá de ser ciertamente una suerte de turismo intelectual, es además una disciplina funcional y real, abocada al estudio de lo percible exento de valoraciones morales o sentimentales. Mencionamos esto ya que consideramos que buena parte de la acción protectora del Derecho a favor del fenómeno homosexualidad, la cual es ampliamente justa pues la protección es una de las finalidades del Derecho, tal acción está siendo manipulada sin revisión a la realidad, véase, la acción de “protección” está yendo más allá de lo que es verdadera protección o netamente protección, convirtiéndose en “promoción”, cuestión que consideramos ilegítima y no corresponde a ninguna facultad legislativa, ya que homosexualidad responde una ambición personalísima, consideramos que estas acciones, se han tomado en base a juicios sentimentalistas, sin revisión a la realidad y por ende a la verdadera finalidad de las instituciones trasgredidas. Ya para finalizar este capítulo aportamos una valoración jurídica personal del fenómeno homosexualidad, atendiendo además, pues es inseparable de este en la discusión, al fenómeno de la transexualidad.

RESUMEN

En palabras simples, con esta investigación pretendemos analizar la problemática del Matrimonio Homosexual, ¿En qué sentido? Pues en el de determinar si corresponde o no denominar “Matrimonio” a la unión de pareja homosexual. Por tanto se estudia al Matrimonio como protagonista de esta investigación, para desentrañar su significado, en base a la realidad y exenta de toda valoración axiológica, mencionamos esto pues posturas tanto a favor como en contra del llamado Matrimonio Homosexual, en muchos casos basan lo argumentado en lo supuestamente correcto o incorrecto, moral e inmoral, moralidad que es cambiante de lugar en lugar, así como cambiante es la cultura.

Nos remitimos y estudiamos a los hechos, este es el campo de la antropología jurídica, con esto tratamos de efectuar una suerte de radiografía aguda del proceso evolutivo del fenómeno humano llamado “Matrimonio”, y así determinar su esencia, caracteres principales y fines, es decir, con esto lograremos saber que significa realmente “Matrimonio”.

Todo esto conlleva a sostener que “Unión Homosexual” y “Matrimonio”, son fenómenos diferentes, los cuales no se encuentran pues responder a su vez a intereses diferentes, cada uno con una debida finalidad que le es propia.

Palabras Clave: Matrimonio, homosexualidad, homosexual, matrimonio homosexual, unión civil, antropología jurídica.

ABSTRAC

In simple words, with this research we intend to analyze the problem of Homosexual Marriage, in what sense? Well in the determination of whether or not to correspond to "marriage" to the union of a homosexual couple. Therefore Marriage is studied as the protagonist of this research, to unravel its meaning, based on reality and free of any axiological assessment, we mention this as positions both for and against the so-called Homosexual Marriage, in many cases based on the argument in what is supposedly right or wrong, moral and immoral, morality that is changing from place to place, just as culture is changing.

We refer and study the facts, this is the field of legal anthropology, with this we try to make a sort of acute radiography of the evolutionary process of the human phenomenon called "Marriage", and thus determine its essence, main characters and purposes, is To say, with this we will be able to know what "Marriage" really means.

All this leads to argue that "Homosexual Union" and "Marriage", are different phenomena, which are not found in turn respond to different interests, each with a proper purpose that is proper.

Keywords: Marriage, homosexuality, homosexual, gay marriage, civil union, legal anthropology.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación realizada, se constituye como un análisis profundo del fenómeno social y humano denominado “Matrimonio”, la óptica usada para su estudio es la antropología jurídica, disciplina poco explorada pero de trascendental importancia para desentrañar el significado e importancia de los fenómenos sociales que son llevados a la norma jurídica. Esta disciplina expresa una visión natural y cultural del hombre, pues el hombre es producto tanto de su naturaleza humana como también producto de la cultura en la que vive, la naturaleza es universal y refleja lo que innato, la cultura no es universal pues es cambiante en el tiempo y el espacio, por tanto refleja lo construido. Pero el estudio de la presente investigación no es un estudio antropológico jurídico del hombre, no aunque sería interesante, es más bien un estudio antropológico jurídico sobre lo que se conoce como “Matrimonio”.

El estudio antropológico jurídico se puede resumir por tanto en el estudio de los dotes naturales y culturales de un determinado fenómeno humano, este fenómeno humano que sea el matrimonio, con esto nos fuimos a su origen y evolución.

De este estudio nos hemos dado cuenta, y podemos sostener que las características principales del matrimonio, en su mayoría y otras secundarias, son construcciones culturales, es decir características que el hombre creó y desarrolló con la costumbre, tales como como la monogamia, la prohibición del incesto, la estabilidad, y otras de forma como la expresión de voluntad en un solo acto, con un contrato y la formalidad que se le da a este, características que pueden variar pues al fin y al cabo son culturales, sin embargo la única característica en el matrimonio que no fue constructo del hombre, la cual solo brotó natural e instintivamente, antes aun de la existencia del derecho como lo conocemos ahora, es la heterosexualidad, esta es la condición necesaria e ineludible para que la unión sea considerada matrimonio, pues a la unión del hombre y de la mujer se le otorga esa denominación, “MATRIMONIO”, a partir de allí, de su origen natural se fue edificando culturalmente en este instituto, y se le añadieron todas las características descritas líneas arriba.

Por tanto, ese es el concepto antropológico jurídico de matrimonio “unión heterosexual con algunas construcciones culturales”, en este punto se confrontó a tal fenómeno “matrimonio”, frente a otro fenómeno humano que es el de la “unión homosexual”, y pues este último es incompatible de denominarse de la misma forma, toda vez que no

solo no encaja con la forma antropológica de matrimonio, pues más allá de eso, más allá de conceptos o formas, unión homosexual y matrimonio responden a finalidades diferentes, pues cada una de estas conlleva a sus propios fines, por tanto una y otra son distintas, ambas por supuesto igualmente valorables, solo que distintas, por tanto unión homosexual más que constituirse como un impedimento para contraer matrimonio, se constituye como una causal de inexistencia de este, todo esto se desprende de lo investigado.



MARCO TEÓRICO:

CAPITULO I

ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

1.1. ANTROPOLOGÍA COMO CIENCIA

La Antropología es el estudio científico y humanístico de las especies humanas; la exploración de la diversidad humana en el tiempo y el espacio. Aborda cuestiones básicas de la existencia humana: dónde y cuándo se produjo nuestro origen, cómo hemos cambiado y cómo seguimos cambiando. Esta disciplina tiene un carácter holístico, es decir, concibe y estudia la condición humana como un todo, pasado, presente y futuro; biología, sociedad, lenguaje y cultura. Resulta especialmente interesante para esta disciplina la capacidad de adaptación del ser humano. Esta viene a ser una ciencia holística y comparativa en grado único, debido a su amplitud de visión.¹

Adamson y Weaver (1985), refieren a la antropología como el estudio de la humanidad en todos los lugares y en todas las épocas, otras disciplinas como la historia, la sociología, la filosofía y la psicología, han pretendido también estudiar la humanidad en su más amplio aspecto, sin embargo la antropología es el único campo que ofrece una

¹ Anónimo. Antropología cultural [En línea]. [Última Consulta: 01 diciembre 2016]. Disponible en: <http://assets.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448146344.pdf>

perspectiva humanista, científica, biológica, histórica, psicológica y sociológica.² Es el campo que entrega el foco idóneo para el estudio real de la esencia del ser humano.

Los mismos autores comentan que se suele decir que la antropología comparte campos con otras disciplinas, como la arqueología, con este comparte la aventura, el sentido de descubrimiento, la antropología pues, es un tipo de turismo intelectual. La importancia de la antropología ante la amplia búsqueda de conocimiento más profundo acerca de la naturaleza y el comportamiento humano, queda demostrada por el rápido crecimiento de la antropología como disciplina académica.³

A diferencia de la mayoría de los animales, el hombre no está ligado a un entorno específico: el planeta entero está a su disposición y mediante su cultura se adapta a los distintos medios. Por sus determinaciones biológicas es capaz de un amplio abanico de comportamientos distintos, ya que no se desarrolla únicamente en un entorno natural, sino también, durante un prolongado período de aprendizaje, en un medio social y cultural concreto. La antropología ha demostrado la íntima solidaridad existente entre el cuerpo individual y la relación social, la imposibilidad de pensar la enfermedad y la muerte en términos puramente individuales.⁴

Marc y Colleyn (2006) “Esta imposibilidad es también la de pensar al hombre en solitario; el hombre sólo se piensa en plural. Toda reflexión sobre el hombre es social y, por lo tanto, toda antropología es también sociología”.⁵ A nivel de la práctica del desarrollo, se trata de no olvidar de que el sentido de la realidad no es individual, sino que se va adquiriendo sentido a partir de la comunidad interpretativa en la que estamos insertos, siendo necesario hacer simultaneo el análisis micro con el macro. Este enfoque implica abarcar igualmente las dimensiones políticas, culturales, ideológicas, sociales o psicológicas, reconociendo que todo acto humano opera dentro de un marco de relaciones sociales que constituyen a los conjuntos sociales.⁶

En la antropología se pueden encontrar respuestas a preguntas como:

² ADAMSON, E., WEAVER, T. Antropología y experiencia humana. Barcelona: Editorial Omega, 1985, p. 2.

³ *Ibidem*, pp. 2-4

⁴ AUGÉ, Marc; COLLEYN, Jean Paul. Que es antropología. Buenos Aires: Paidós, 2006, p. 17.

⁵ *Ibid.*, pp. 17,18.

⁶ Anónimo. La mirada de la antropología [en línea]. [Última consulta: 01 diciembre 2016] Disponible en: http://www.bantaba.ehu.es/ext/SES_2 CONTENIDOS 2.2 La mirada de la Antropologia.pdf

“¿Es necesaria la familia? ¿Existen modos ‘mejores’, es decir más felices, de educar a los niños contemporáneos de la familia nuclear? ¿Existe un modo mejor de utilizar nuestro medio ambiente y los recursos naturales? ¿Es sabio promover una agricultura más eficaz, una mejor salud, una sanidad, una tecnología avanzada, una planificación familiar y una educación más elevada allí donde nunca ha existido? ¿Existen algunos preceptos o valores procedentes de millones de años de experiencia humana que el hombre deba llevar con él al colonizar nuevos mundos en el espacio?”⁷

Una mejor comprensión de nosotros mismos puede acrecentar nuestras capacidades fundamentales para dirigir nuestro futuro con mejores conocimientos. De este modo, la antropología como cualquier otro estudio razonado, no tan solo satisface el intelecto humano, sino sirve para otras finalidades superiores. Al conocer las experiencias humanas anteriores, podemos comprender más eficazmente nuestros problemas y como hacerles frente.⁸

La lengua, el parentesco y las alianzas matrimoniales, las jerarquías sociales y políticas, los mitos, los rituales y la representación del cuerpo, expresan el trabajo incesante de todas las sociedades por definir lo mismo y lo otro. ¿De qué modo, en un lugar determinado, conciben unos y otros la relación entre unos y otros? Independientemente de las preferencias teóricas de los investigadores, la especificidad del punto de vista antropológico reside en este interés central por el estudio de la relación con el otro tal como ésta se construye en su contexto social.⁹

Sin duda los antropólogos de las primeras generaciones exageraron la coherencia interna de culturas que concebían como más homogéneas de lo que eran en realidad; lo cual no quiere decir, sin embargo, que las configuraciones correspondientes a una cultura o sociedad concreta sean puramente arbitrarias. El investigador debe cuestionarse sin cesar sus propios *a priori* y colocarse en situación de aprendizaje. De

⁷ ADAMSON, E.; WEAVER, T. Antropología y experiencia humana. op. cit., pp. 2-4

⁸ *Ibíd.*, p. 4.

⁹ AUGÉ, Marc; COLLEYN, Jean-Paul. Que es antropología. op. cit., p. 19.

todos modos se verá obligado a hacerlo, aun estando a dos pasos de su casa, si se encuentra en un medio poco familiar.¹⁰

1.2. ANTECEDENTES Y FUNDADORES DE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

No es interés de la presente investigación hacer un recuento exhaustivo y minucioso de la historia y el recorrido de la antropología jurídica desde su nacimiento hasta nuestros tiempos, empero es necesario sentar las bases históricas y construcciones intelectuales esenciales que dieron luz a esta disciplina.

El período seminal para la institucionalización de la Antropología como ciencia termina en la segunda mitad del siglo XIX. Es copiosa la literatura que, de forma creciente, versa sobre el análisis de los vínculos entre el derecho y la antropología, cuya raíz se encuentra en el siglo XIX, cuando connotados intelectuales y científicos optaron por la búsqueda de una visión humanística y cultural del derecho, empujando a estas disciplinas a cruzar sus fronteras (Kuppe y Potz, 1995). Hay consenso entre los especialistas de esta área en que los practicantes de la antropología en sus primeros años fueron juristas de formación.¹¹

Más atrás en el tiempo, se ha reconocido como el primer precursor de la antropología jurídica a Charles-Louis de Secondat, barón de la Brède et de Montesquieu (1689-1755), jurista y filósofo, para quien la ley era un componente del sistema sociopolítico, el cual estaba ligado a su funcionamiento, estableciendo de esta manera una estrecha relación entre ley y sociedad. Montesquieu por su reconocimiento de diversidad en el derecho, puede ser considerado como el primer antropólogo, por ende como el primer *antropólogo legal* del periodo moderno.¹²

A finales del siglo XVIII, nació el romanticismo, movimiento cultural que se extiende por Alemania y Francia como una reacción al racionalismo ilustrado y el clasismo y se propaga por toda Europa. Con su elogio de la historia y la tradición, y la valoración de lo diferente, de los sentimientos y de la cultura de cada pueblo, este movimiento penetró en el Derecho considerado entonces como parte de la cultura y por tanto

¹⁰ *Ibíd.*, p. 20.

¹¹ CASTRO LUCIC, Milka. Los Puentes entre el derecho y la antropología. Santiago de Chile: Fondo editorial de la Universidad de Chile, 2014, pp. 20-21

¹² *Ibíd.*, p. 21

sometido a todas las fuerzas del cambio que intervienen en la evolución cultural. Otra idea clave para el Romanticismo, fue *El espíritu del pueblo*, esta tendría influencia en la construcción teórica de los primeros antropólogos que asignaron valor a la alteridad y en la idea de cultura como materialización del espíritu de los pueblos. Estos dos aspectos de la escuela romántica – la valoración de la historia y la existencia del espíritu del pueblo – se incorporaron al campo de lo jurídico con la corriente del Historicismo Jurídico, más comúnmente conocida con el nombre de Escuela Histórica del Derecho, surgida como reacción a los intentos de universalizar el Derecho Civil abstracto del Código Napoleónico que colisionaba con el derecho que practicaban los pueblos colonizados, con sus costumbres largamente establecidas y con disposiciones particulares sobre la propiedad, la herencia, la organización, la autoridad familiar, la solución de conflictos, las sanciones sociales, etcétera, y chocaba tanto más brutalmente cuanto más tradicional y menos burguesa, es decir más campesina, era la sociedad a colonizar" ¹³.

Este movimiento que fue conocido como Romanticismo Jurídico, tuvo como precursor al jurista alemán Gustav von Hugo, el cual consideraba que el Derecho se concebía unido indisolublemente con el lenguaje, las costumbres y las cultura, las cuales son base de la Nación. Entre los pensadores evolucionistas y románticos que se proponían explicar la trayectoria histórica de la humanidad fue clave la figura de Friedrich Karl von Savigny.

Savigny (1779-1861), sostenía que el derecho era un componente de la cultura como lo era el arte y el lenguaje, y era también parte de una época, por tanto, para conocer el derecho vigente se requería necesariamente conocer su historia y sus transformaciones a través del tiempo. El derecho, al nacer del pueblo mismo, no puede ser impuesto desde el exterior: causó controversias esta idea de que la creación del derecho proviene de fuerzas inmanentes al pueblo, del *espíritu del pueblo* y de que su legitimación se encuentra en la historia y no en la arbitrariedad de un legislador. Pese a que se atribuye a Herder (1744-1803), el haber acuñado la idea de *espíritu del pueblo*, Savigny hizo suyo este concepto que estaba en boga en la atmósfera intelectual de la época, adaptándolo a su propia especulación acerca del origen y la naturaleza del Derecho. Su obra iba en el sentido de la construcción del pensamiento antropológico evolucionista

¹³ *Ibíd.*, p. 21.

que propondría la valoración de las instituciones, consideradas estas como producto de experiencias anteriores y conocimientos heredados, según este "Cada individuo es al mismo tiempo (...) miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado. Cada período e historia de un pueblo es como la continuación y desarrollo de las edades pasadas."¹⁴ A Savigny se le atribuye una postura relativista al sostener que las pautas jurídicas proceden de la forma de vida de un pueblo, de su contexto histórico, social y cultural.¹⁵ La antropología heredará del Romanticismo alemán la palabra cultura *Kultur*, que en su uso más habitual designaba precisamente el espíritu de un pueblo determinado, bajo la convicción de que las naciones estaban dotadas de un alma colectiva, consecuencia de su historia.

Otro estudioso y jurista de formación fue Lewis Henry Morgan (1818-1881), quien fue reconocido como el fundador de la antropología norteamericana, inicio estudios comparativos sobre la institución del parentesco, en sus obras *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family* (1871), y *Ancient Society* (1877), introdujo el concepto de sistema de parentesco, plasmando aquí la teoría de la evolución de las sociedades el cual fue su mayor aporte a la antropología, esta fue clave para para comprender la organización de la familia y la estructura de la sociedad. Morgan concibió el progreso como el resultado del desarrollo de inventos y descubrimientos, pero también del desarrollo de las instituciones divididas en gobierno, familia, religión y propiedad.¹⁶ Henry Maine (1822-1888), tuvo igual incidencia en el desarrollo del sistema de parentesco, según él, era básico para el grado más primitivo del derecho la circunstancia de que la sociedad en sus orígenes no fue vista por sus integrantes como una "colección de individuos", sino por como un agregado de familias.¹⁷

Jakob Bachofen (1815-1887), contemporáneo de Morgan, abogado suizo, profesor de derecho romano y magistrado, considerado precursor de los análisis de parentesco, creador de los términos endogamia y exogamia. En su obra *Derecho Materno* aborda la historia de la familia en especial sobre el matriarcado, desde la perspectiva evolucionista. Propuso que en el origen de la humanidad se sitúa un orden de relaciones políticas bajo el control de las mujeres. Engels, en su obra *El Origen de la Familia, la*

¹⁴ *Ibíd.*, p. 22

¹⁵ *Ibíd.*, pp. 22, 23.

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 27, 28

¹⁷ KUPPE, Rene; POTZ, Richard. *La antropología del Derecho: Perspectivas de su pasado, presente y futuro*. México: Ed. Ordoñez Cifuentes, 1995, p. 11.

Propiedad Privada y el Estado (2006 [1884]), especificaría la importancia del Derecho Materno y las cuatro tesis que allí se plantean y que dan origen al estudio de la historia de la institución de la familia.¹⁸

Otra de las figuras destacadas de la antropología jurídica es John Ferguson McLennan, (1827-1881), abogado escocés, publicó su teoría sobre la historia del matrimonio, versó sus estudios sobre el matrimonio primitivo, para él algunos grupos primitivos que vivían en la promiscuidad y en constante guerra con sus vecinos, consideraban a la mujer fuente de debilidad, es por esto que se dedicaron al infanticidio femenino, todo esto conllevó a una escases de mujeres, a esto aconteció que la mujer fue considerada propiedad valiosa, la promiscuidad se convirtió en una forma arcaica de matrimonio poliándrico¹⁹, que se transformó en poliandria fraternal, de ahí en adelante el parentesco no podía ser contado más que por línea femenina. En otras palabras la ascendencia patrilineal aparece como resultado de la poliandria fraternal combinada con la patrilocalidad.

Se debe mencionar también a Albert Herman Post (1839-1895), quien se consideró a sí mismo como fundador de la *jurisprudencia etnológica*, Post se abocó a investigar el trato del derecho sancionatorio, en las sociedades primitivas, describió como fueron manejadas las infracciones del derecho, comenta que un derecho como el que es conocido hoy en día, compuesto por reglas fijadas por la ley o el derecho consuetudinario, el cual sirve como sustento para las sentencias judiciales, no habría existido en ninguna parte. Se esforzó por la posibilidad científica de realizar una historia universal de las instituciones jurídicas, basada en el método comparativo.²⁰

Como resultado de numerosos estudios etnológicos realizados por juristas, en el siglo XIX hubo una gran efervescencia en los debates terminológicos, síntoma de lo que sería la Antropología Jurídica, se habló de: *Jurisprudencia Comparativa, Paleontología Jurídica, Arqueología Jurídica, Etnología Jurídica y Jurisprudencia Etnológica*. Todas

¹⁸ CASTRO LUCIC, Milka. Los Puentes entre el derecho y la antropología. Op. cit., p. 29

¹⁹ La poliandria es un término cuya etimología refiere a “muchos varones”. El concepto, frecuente en el ámbito de la antropología, se utiliza para nombrar a la condición de aquella mujer que mantiene matrimonios simultáneos con varios hombres. Aunque la poliandria no es muy habitual, los antropólogos han registrado casos en diversos pueblos a lo largo de la historia. Algunas etnias de China y el Tíbet permiten la poliandria, que también aparece entre los esquimales. Una de las formas más frecuentes de poliandria consiste en el casamiento de una misma mujer con varios hermanos. Eso permite que una familia de sangre mantenga la propiedad de grandes extensiones de tierra, sin divisiones.

²⁰ KUPPE, Rene; POTZ, Richard. La antropología del Derecho: Perspectivas de su pasado, presente y futuro. Op. cit., p. 12.

estas son válidas ya que como veremos seguidamente, describen parte de lo que es esta disciplina de la Antropología Jurídica.

Pues bien, para evitar caer en confusiones terminológicas entre etnografía, etnología y antropología, lo cual arribaría a una confusión en la investigación, diremos que la etnografía designaba en un principio (finales del siglo XIX-inicios del XX) la descripción de los usos y costumbres de los llamados pueblos «primitivos» y la etnología los conocimientos enciclopédicos que podían obtenerse de ellos. La etnología, en suma, aparecía como la rama de la sociología consagrada al estudio de las sociedades primitivas. La antropología desde finales del siglo XIX, la expresión cultural *anthropology*, designa las enseñanzas comparativas que pueden extraerse de la etnografía y de la etnología, concebidas como la recolección de datos y su análisis sistemático. Por su parte, los autores británicos prefieren la expresión «antropología social» a la de «antropología cultural», porque privilegian el estudio de los hechos sociales y de las instituciones, el cual no solo se limita a los fenómenos de la cultura.²¹

Son muchas las variantes que ha tenido la antropología jurídica en el tiempo y el espacio y estas se ven reflejadas en los matices de cada tradición: la germánica, la aglosajona, la francesa y la latinoamericana. En Latinoamérica recién se vislumbraron especialistas en esta disciplina a finales del siglo XX, en los años 80 se abocaron con mayor fuerza a temas que se vinculaban con las demandas del movimiento indígena por derechos propios y con las denuncias de los impactos que les ocasionaba la globalización en sus territorios. Se investigó en esto con mayor interés en México. En nuestro país, podría considerarse al profesor Fernando Silva Santisteban –historiador, antropólogo y reconocido catedrático peruano – como la figura más notable de esta disciplina en el Perú, su dedicación por los pueblos indígenas lo llevo a publicar celebres libros como “Introducción a la antropología jurídica”, en el cual este autor reflexiona acerca del surgimiento del derecho frente al vacío del poder del Estado moderno en los pueblos indígenas y nativos. Podemos citar otras valiosas contribuciones contemporáneas sobre antropología jurídica, como los estudios del profesor Esteban Krotz con sus obras “Aproximaciones a la antropología jurídica de los mayas peninsulares” y “Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho”, en este último el profesor Krotz hace un análisis de las

²¹ AUGÉ, Marc; COLLEYN, Jean Paul. Que es antropología. op. cit., p. 16.

construcciones culturales y su influencia en el derecho, para éste la antropología jurídica "...es una perspectiva específica elaborada para la captación de la realidad social que da cuenta de la vida y las características de determinada sociedad"²². También mencionamos la obra "Elementos y técnicas de pluralismo jurídico" de los profesores Rosember Ariza, Juan Carlos Martínez Guillermo Padilla, José Regalado y Aresio Valiente, en esta obra los autores haciendo uso de la antropología jurídica estudian el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en América Latina. Asimismo mencionaremos a los profesores Pedro García Hierro y Alexandre Surrallés, y su libro "Antropología de un derecho", en el cual también estudian el derecho a la autodeterminación de los derechos indígenas como derecho humano. También citamos a Milka Castro Lucic y su obra "Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica" investigación que fue de gran importancia para nosotros, en esta la autora explica la vital importancia de la antropología jurídica en el entendimiento del derecho, expone que la antropología moderna nació dentro del derecho y esta era usada para poder entender a las instituciones que reconoce el Derecho, como la familia, el matrimonio, el parentesco y demás.

1.3. ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

De lo anterior mencionado se puede afirmar, sin faltar a la verdad, que el origen de la antropología se dio más cerca de lo que hoy se conoce como antropología jurídica, la antropología jurídica nace del desarrollo singular del derecho comparado. La antropología social al distanciarse del derecho y desarrollarse de manera independiente, se encuentra con una vasta cantidad de áreas ricas en contenido y de interés de estudio, ocasionando así una proliferación de denominaciones, ya sea como una antropología adjetivada a medida que se iba especializando, es el caso de la antropología política, antropología económica, antropología rural, entre otras; o como una antropología "acerca de", tal es el caso de la antropología de las religiones, antropología del desarrollo, antropología de la educación. Por su parte la antropología jurídica también se especializó, no obstante, tal especialización alude a una parcialidad (área, campo, rama, subcampo, herramienta, disciplina, subdisciplina temática), conllevando a una difuminación del enfoque global e integral necesario y característico de la antropología.

²² KROTZ, Esteban. Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho. México: Anthropos Editorial, 2002, p. 27.

La condición y característica de la antropología jurídica es el enfoque integral, en palabras de Auge y Colleyn “se ha corrido el riesgo de condenar el análisis a una especie de cirugía salvaje en dominios concretos -político, sagrado, religioso, artístico- cuando todos ellos son necesariamente interdependientes”²³.

Para Milka Castro, “el conocimiento que ha sido legado por los juristas del siglo XIX, en términos generales, corresponde a estudios comparativos que buscaban comprender la naturaleza, origen y evolución de la sociedad humana, bajo el prisma de las características de la civilización y del pensamiento moderno”²⁴. Malinowski, creador del funcionalismo²⁵ consideraba que el derecho no se limita únicamente a los principios abstractos plasmados en los diversos códigos, sino que se manifiesta igualmente en fenómenos más concretos y sobre todo, susceptibles de ser estudiados a través de la observación directa.²⁶ Este pensamiento parte de la idea de que el Derecho debe implicar además del estudio de los textos jurídicos, el estudio de los discursos, representaciones y esencia de estos. Se debe recalcar la tendencia, casi general, de los juristas a concentrarse únicamente en el análisis de los textos jurídicos al analizar un fenómeno, abstrayéndose del análisis pluridisciplinario, de esta manera se deja de lado lo que representa el Derecho, esto es perjudicial para la ciencia jurídica, ya que aumenta la distancia entre la teoría y la práctica del Derecho.

La investigación de los primeros antropólogos jurídicos, estaba orientado a la búsqueda de las escalas evolutivas en la historia del derecho, para explicar a las instituciones jurídicas a partir de los contextos socioculturales y no a partir de las conciencias individuales. El estudio de las sociedades antiguas, no solo enriquecen nuestro conocimiento, sino, nos da explicaciones para entender a las sociedades modernas. El abogado y sociólogo evolucionista Henri Lévy-Bruhl concebía que el estudio de las sociedades primitivas permitiría comprender las sociedades en la actualidad, es decir comprender a nuestra sociedad. Consecuente con lo dicho, el profesor Norbert Rouland

²³ CASTRO LUCIC, Milka. Los Puentes entre el derecho y la antropología. Op. cit., p. 34

²⁴ *Ibid.*, p. 33.

²⁵ Este es de corte bio-psicológico porque se basa y funda en que el hombre tiene una serie de necesidades (el nutrirse, la seguridad, el crecimiento), que son satisfechas por las instituciones. A cada función le atribuye una institución. Para él, el individuo es la parte mental, emocional y las necesidades elementales que formarían una parte de esa naturaleza del hombre (no de la parte cultural del hombre), las necesidades elementales son propias del organismo humano (biológicas) que van a ser universales o preculturales. Para Malinowski no es solo el individuo el que dependen del grupo, sino que también el grupo y sus miembros dependen del desarrollo del conjunto material.

²⁶ AVALOS MAGAÑA, Sergio Arturo; MADRIGAL MARTÍNEZ, Cesar. Hacia una antropología jurídica de la modernidad. México: Episteme N° 6, 2005, pp. 1-3.

comenta que la antropología jurídica es un instrumento de diálogo que permite conocer la alteridad del pasado y el presente, de las sociedades tradicionales y modernas, y tener así un mejor conocimiento, un conocimiento real, de la propia sociedad.²⁷

Antonino Colajanni, menciona que al hablar de un estudio antropológico jurídico, el jurista no se limita al análisis de las normas de acuerdo a la lógica jurídica, a la historia y a la sistemática del derecho, sino que se ocupa de estudiar a fondo los contenidos de las normas, los referentes sociales y culturales, los intereses vitales a los cuales las normas se refieren, y el pensamiento social que en ellas se manifiestan, es decir el por qué y para que de la norma, su esencia.²⁸

Ahora bien, para continuar describiendo a la antropología jurídica de manera correcta, debemos dar a conocer sus dos principales características. Una es su naturaleza comparativa, por eso se puede decir que es una ciencia comparativa, pero no es una como cualquier otra, es una ciencia comparativa en grado único a la cual se le denomina “alteridad”.²⁹ La alteridad, podría ser definida como el conocimiento o el estudio del “otro” en el tiempo y el espacio. **Del tiempo**, la antropología jurídica compara el “uno” con el “otro” de otro tiempo, por ejemplo, la comparativa entre el hombre actual y contemporáneo y el hombre que vivía en la época prehistórica o en la edad antigua, **Del espacio** la comparativa entre el “uno” y el “otro” de otro espacio o el otro en otra sociedad, por ejemplo la comparativa entre el hombre civilizado u occidentalizado peruano y el hombre nativo al margen de la civilización también peruano, como los de las tribus y comunidades nativas, prueba de esto es que hay innumerables estudios antropológico jurídicos que se hacen respecto a los derechos de comunidades nativas e indígenas, respecto a su cultura y costumbres.

Asimismo hay muchos más estudios antropológicos del hombre antiguo, antropología jurídica en el tiempo, como los estudios realizados por los ya mencionados Lewis Henry Morgan, sobre el parentesco, la familia y la sociedad – *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family* (1871), y *Ancient Society* (1877) – y Jakob Bachofen y sus obras sobre el derecho materno, el matriarcado, y la historia de la

²⁷ CASTRO LUCIC, Milka. Los Puentes entre el derecho y la antropología. Op. cit. p. 36,37.

²⁸ *Ibíd.*, p. 78.

²⁹ QUINONEZ ORÉ, Daniel. Sobre la importancia de una antropología del derecho. Works Bepress [En línea]. Lima: 2013. [Última consulta: 02 diciembre2016]. Disponible en: http://works.bepress.com/daniel_quinonez/3/

institución de la familia. Al hacer este estudio comparativo agudo, podemos desentrañar el verdadero significado del fenómeno bajo estudio, el cual es el Matrimonio.

La segunda característica que consideramos significativa de la antropología jurídica, es su carácter holístico, por lo tanto tiene ventaja sobre cualquier otra ciencia social, esto hace que al hablar de la antropología jurídica, no solo se haga referencia a estudios de lo estrictamente cultural, rebasando su interés de estudio a otras áreas. Entonces se puede decir que “entender a la antropología como una disciplina que se aboca a temas estrictamente culturales es tener una concepción reducida del estudio antropológico, el cual es consciente de la interdisciplinariedad que requiere el análisis de la realidad social a efectos de establecer diagnósticos verdaderamente emancipatorios.”³⁰

Las características mencionadas, nos conlleva a decir que antropología jurídica ocupa la idea evolucionista que subyace a la modernidad, es por esto que para los profesores Rene Kuppe y Richard Potz, el dedicarse a la antropología del derecho tiene como finalidad última hacerlo transparente – al derecho – toda vez que la organización de un sistema jurídico se fundamenta en la concepción básica que tal sistema tiene del ser humano, comentan asimismo que la imagen del ser humano es el secreto regulador de cada sistema jurídico. Por esto, conciben ambos profesores que “la antropología jurídica no es solamente una ciencia jurídica comparativa, sino también una visión humanística y cultural del derecho es decir el estudio de lo natural y lo cultural”.³¹ Es precisamente este el objeto de la presente investigación, por tanto si tuviéramos que dar un único concepto de lo que es la antropología jurídica, sería este – el estudio de lo natural y lo cultural – consiguientemente pretendemos con esto entender a la institución del matrimonio tanto en su faceta natural como en su faceta cultural, dado que hay “la necesidad de antropologizar el derecho con la finalidad de que las instituciones jurídicas puedan ser entendidas en su real dimensión,”³² toda vez que La antropología pone en crisis a la sociedad y el derecho, pues exige que sea justificado explícitamente el orden vigente, el cual en mayor o menor medida es desenmascarado como posible de ser de otra forma, dicho de otra manera debe justificarse el por qué algo es de tal manera y no es de otra, ¿Por qué el matrimonio es de tal manera y no puede ser además de otra?

³⁰ QUIÑONEZ ORÉ, Daniel. Sobre la importancia de una antropología del derecho. [En línea]. Op. cit.

³¹ KUPPE, Rene; POTZ, Richard. La antropología del Derecho: Perspectivas de su pasado, presente y futuro. Op. cit. p. 9.

³² Quiñonez Oré, Daniel. Sobre la importancia de una antropología del derecho. [En línea]. Op. cit.

Sentado lo anterior, y para hacer didáctico el entendimiento del concepto e importancia de la antropología jurídica, deseamos alcanzar un ejemplo expuesto por el profesor peruano Antonio Peña Jumpa, referente a la experiencia de la antropología jurídica en el trabajo de investigación, propone un caso especial a estudio, nos plantea un caso de conflicto de maltratos físicos entre los miembros de un matrimonio. Explica que:

“El Derecho se aproxima a este fenómeno desde una concepción lógica compuesta por normas que regulan los hechos. Para empezar, se pregunta si el matrimonio es formal o de hecho, y, si lo fuere, inmediatamente relaciona las normas que regulan los derechos y obligaciones de la pareja, y establece las posibilidades de una causal de separación o divorcio, más allá de las responsabilidades civiles y penales que corresponden por las lesiones que se hubieren producido”³³

Asimismo, continúa exponiendo,

“el Derecho puede incluir la aplicación de procedimientos flexibles para resolver el conflicto: si las lesiones no fueron graves y se puede recomponer la relación de pareja, se puede optar por una separación temporal y el tratamiento terapéutico del miembro del matrimonio que causó el maltrato. En ambas situaciones, el análisis de las normas vigentes y aplicables al caso constituye la técnica más importante que aporta el Derecho”³⁴

El derecho aplica la norma, no importa conocer el origen del problema, este solo aporta una solución desde la concepción jurídica. Por su parte la antropología se acerca a este problema desde otra concepción, para la obtención de otros fines, comenta el profesor Peña que la antropología, en el ejemplo mencionado:

“Ve el conflicto de los miembros del matrimonio bajo el conjunto de relaciones culturales y sociales que giran alrededor de este”³⁵ a esta disciplina, interesa más conocer a los actores del conflicto, sus respectivas familias, y, de ser posible, el grupo social al que pertenecen, “con herramientas como la observación, las entrevistas y los testimonios, se preguntará por las causas del conflicto más que por sus efectos, como lo

³³ PEÑA JUMPA, Antonio. La antropología y la sociología del Derecho como formación interdisciplinaria. Lima: Revista de Derecho PUCP N° 65, 2010, p. 276

³⁴ *Ibíd.*, p. 276

³⁵ *Ibíd.*, p. 276

haría el Derecho. Antes que buscar la solución del conflicto en los miembros del matrimonio, la antropología busca comprender el origen del problema, y recién importa la solución en segundo o tercer nivel”³⁶. Dicho esto, es que creemos necesaria la integración de esta visión a nuestro universo jurídico, para conseguir con esto investigar tal fenómeno, estudiando sus causas antropológicas y efectos jurídicos, esto hará que podamos comprender el fenómeno del matrimonio en su real significado.



³⁶ *Ibíd.*, p. 276

CAPITULO II

HOMOSEXUALIDAD Y DERECHO

HOMOSEXUALIDAD Y DERECHO

2.1. BREVE SÍNTESIS HISTÓRICA

En la presente investigación también se hará uso de la historia de la homosexualidad en el derecho, pero en este extremo se tomará como un relato cronológico de los sucesos de mayor relevancia del fenómeno de la homosexualidad en el ámbito jurídico, no entrando a detalles pormenorizados puesto que la historia es inmensa para ser contenida en un solo trabajo y menos aún en solo un apartado.

El centro de nuestra investigación es la antropología jurídica del matrimonio, pero no se estudia al fenómeno del matrimonio en vacío, sino frente a otro fenómeno que es el de la homosexualidad, por esto consideramos de gran importancia tratar de conocer a tal fenómeno, cuál fue su trato a través de la historia, ya que, si bien es cierto algunos consideran que la práctica homosexual ha sido un tema de reciente discusión en todo el mundo, no obstante la historia demuestra lo contrario, tal práctica existió en épocas pasadas y es milenaria, por tanto no es un asunto que hemos de abordar desde cero, del que no se conozca nada.

Las etapas de la historia comprenden periodos que se encuentran separados por circunstancias distintivas, cambios sociales o por eventos considerados trascendentales.

Estos periodos son los siguientes: Prehistoria³⁷, Edad Antigua³⁸, Edad Media³⁹, Edad Moderna⁴⁰ y Edad Contemporánea⁴¹. Son cinco etapas de la historia plenamente reconocidas. Analizaremos la situación y el trato homosexual que se tuvo en las culturas más importantes e imponentes de cada etapa de la historia humana, culturas que influyeron de tal manera en el sistema jurídico occidental, que a la fecha de hoy son analizadas y estudiadas como puntos de partida del saber en el Derecho.

2.1.1. De la prehistoria

Aproximadamente de los 12,000 años a.c. se tienen algunas pinturas rupestres del homoherotismo, asimismo hay algunos otros objetos de esa data como lo es el llamado doble falo de Gorge d'Enfer⁴², la placa de Gonnersdorf conocida como 'Las bailarinas'⁴³ y otras esculturas o representaciones del arte prehistórico occidental, sin embargo no hay registro alguno que pueda darnos algún acercamiento o alcance respecto al trato que se tuvo frente a estos actos, es decir, solo se sabe que si existió la conducta homosexual en esta época, mas no cuál fue su trato.

2.1.2. De la edad antigua

En la Edad Antigua, en su etapa inicial el trato que tuvo la práctica homosexual era diverso. En parte de Mesopotamia era cotidiana, prueba de esto es que cuando Babilonia se convirtió en potencia dominante y unificadora de Mesopotamia, y por ende en la primera metrópoli del mundo, en torno al año 1752 a.C., fue proclamado un

³⁷ Etapa de la historia humana que va desde la existencia del hombre en la tierra hasta el año 3300 A.C. (año en el que se estima se inventó la escritura).

³⁸ Etapa de la historia humana que va desde el año 3300 A.C. hasta el año 476 D.C. (caída del imperio Romano Occidente).

³⁹ Etapa de la historia humana que va desde el año 476 hasta el año 1453 (caída del imperio Romano de Oriente).

⁴⁰ Etapa de la historia humana que va desde el año 1453 hasta el año 1789 (comienzo de la revolución francesa).

⁴¹ Etapa de la historia humana que va desde el año 1789 hasta el nuestros días.

⁴² Como su nombre bien indica son dos penes en forma de "L" y fue encontrado en la cueva Gorge d'Enfer situada en Francia. Este mide 9.5 cm de ancho, 11.5 cm de alto y tiene aproximadamente 13.000 años. Los estudios revelan que fue creado para la utilización simultánea de dos mujeres, por lo que desvela el primer juguete sexual lésbico. [En línea]. [Última consulta: 12 noviembre 2016] <http://ociopareja.com/curiosidades/el-consolador-mas-antiguo-de-la-historia/>

⁴³ En Gonnersdorf, un yacimiento alemán en la orilla del Rin, decenas de placas muestran parejas de mujeres. Una de ellas, de 12.000 años y bautizada las bailarinas, muestra dos hembras frotando sus pechos en actitud cariñosa. Y también hay un coito anal entre dos hombres en La Marche. [En Línea]. [Última consulta: 12 noviembre 2016]. Disponible en: <http://mujeresconciencia.com/2017/03/28/la-riqueza-del-comportamiento-sexual-humano-paleolitico/>

estatuto al que se le llamaría hoy en día “El Código de Hamurabi⁴⁴ ” por el Rey Hamurabi, este código no refirió en ninguna parte de su articulado a la situación o el acto homosexual⁴⁵, pese a la existencia de esta práctica, es el caso de los sacerdotes-cantores, también llamados *assinu*, que significaba “hombre útero”, asimismo esta práctica llegaba a aparecer en obras como “La epopeya de Gilgamesh”, cincelada en una tablilla de arcilla entre los siglos XIII y XI a. C., en donde el héroe mantiene una relación homoerótica con su compañero Enkidu⁴⁶. No obstante para los asirios, la práctica homosexual era intolerable, llegando a ser castigada con la castración según su ley – colección legal que los monarcas asirios ordenaron cincelar con cañas sobre tablillas de arcilla húmeda⁴⁷ – Tablilla A, Ley 20: “Si un hombre se acuesta con un compañero, y se lo prueban y constatan su culpabilidad, que se acuesten con él y lo conviertan en un eunuco⁴⁸”, esta disposición, es probablemente – hasta donde se conoce ahora – el precedente legislativo más antiguo de un supuesto de sodomía activa, se consideraba que tal conducta constituía un delito unilateral, y no de pareja, es decir solo se sancionaba al fornicador, mas no al fornicado, debía penetrársele analmente y posteriormente ser castrado.⁴⁹

A su vez en la misma Tablilla A, en su Ley 19, se encontró cincelado un supuesto de difamación – lo que hoy en día sería considerado *outing*⁵⁰ – esta preceptuaba: “Si un

⁴⁴ Una colección de 282 sentencias o decretos, los cuales fueron esculpidos en piedra, este se convierte en el primer cuerpo de leyes escritas en la historia de la humanidad, estas leyes se regían por la proporcionalidad entre la agresión o el daño causado y el castigo o sanción a recibir, el llamado “ojo por ojo y diente por diente”. El rey ordenó que se pusieran copias de este Código en las plazas de cada ciudad para que todo el pueblo conociera la ley y sus castigos, para que cada ciudadano pueda ir y consultar su caso por sí mismo. [En línea]. [Última consulta: 07 diciembre 2016]. Disponible en:

<http://www.laguia2000.com/edad-antigua/el-codigo-de-hammurabi>

⁴⁵ ANONIMO. Código de Hammurabi. [en línea]. [Última consulta: 07 diciembre 2016] Disponible en: <http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/CI%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>

⁴⁶ “Algunos exegetas consideran verídica esta versión, no obstante no hay ningún texto claro e indiscutible sobre esa interpretación”. En: PÉREZ VAQUERO, Carlos. Homosexualidad y religiones: Consideraciones divinas y humanas. Op. cit., p 5. BOTTÉRO, J. La epopeya de Gilgamesh: el gran hombre que no quería morir. Madrid: Akal, 3ª ed., 2007, p. 38.

⁴⁷ En el siglo XIV a.C., la ciudad de Asur recopiló una “serie considerable de leyes casuísticas” relacionadas con los delitos sexuales que se encontraban vigentes en la sociedad asiria de finales del II milenio a. C. Las trece tablillas que contienen las Leyes Asirias Medias se descubrieron en las ruinas de Asur (actual Irak), durante las excavaciones arqueológicas que se realizaron en las dos primeras décadas del siglo XX. .En: PÉREZ VAQUERO, Carlos. Homosexualidad y religiones: Consideraciones divinas y humanas. Derecho y cambio social. p, 3

⁴⁸ Un eunuco es un varón humano castrado.

⁴⁹ PÉREZ VAQUERO, Carlos. Homosexualidad y religiones: Consideraciones divinas y humanas. Op. cit., p. 4

⁵⁰ Es un término de origen anglosajón que normalmente significa “excursión”. A finales del siglo XX, el término adquirió un nuevo significado a nivel mundial como “sacar a alguien del armario” en el sentido

hombre, a escondidas, le pone mala fama a un compañero suyo, diciendo ‘Todos se acuestan con él’, o, durante una riña, le dice delante de la gente: ‘Todos se acuestan contigo’, y añade: ‘Yo puedo probarlo’, pero es incapaz de aportar prueba alguna, o no lo prueba, que le den a ese hombre 50 bastonazos; durante un mes entero, realizará trabajos forzados al servicio del rey; lo repararán, y abonará 1 talento de plomo”⁵¹. Se puede decir sin faltar a la verdad que no crearon un ordenamiento jurídico *ex novo*, es decir no emanaban o se promulgaban nuevas leyes, más bien hacían positivas las normas de conducta que eran parte del Derecho Consuetudinario ya que “con estos textos los reyes no habrían pretendido legislar, sino demostrar que en su reinado las leyes se cumplían porque, entre otras cosas, ellos eran capaces de hacer que se cumplieran”⁵².

En la época de oro de la edad antigua, en Grecia y Roma el acto homosexual era común, más en Grecia que en Roma. Se consideraba normal que un muchacho, entre la pubertad y el crecimiento de la barba, denominado *erómeno*⁵³, fuera el amante de un hombre mayor, denominado *erastés*⁵⁴, el cual se ocupaba de la educación política, social, científica y moral del amado, se tenía la idea firme de que las relaciones homosexuales eran para el placer, un placer exclusivo de la gente importante y las relaciones heterosexuales eran destinadas para la reproducción, al ser esto algo necesario, lo curioso es que no era normal que dos hombres adultos – de la misma edad – mantuviesen una relación amorosa, existían algunos prejuicios contra los hombres que desempeñaban el papel pasivo en la relación homosexual, ya que se consideraba que sólo el activo disfrutaba de la relación sexual, el papel pasivo se identificaba con lo femenino y casi siempre desempeñada por los jóvenes. Asimismo había prostíbulos donde ejercían y ofrecían la actividad homosexual pasiva y activa, tanto a pobladores,

de hacer pública la homosexualidad de otra persona. El término suele hacer referencia a hacer pública la homosexualidad de alguien sin su consentimiento. [En línea]. [Última consulta: 07 de diciembre 2016].

Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Outing>

⁵¹ PÉREZ VAQUERO, Carlos. Homosexualidad y religiones: Consideraciones divinas y humanas. Op. cit., p. 5

⁵² MOLINA, Manuel. La ley más antigua. Textos legales sumerios. Barcelona: Universidad de Barcelona y Trotta, 2000, p. 23.

⁵³ Del griego “erómenos”. Es un adolescente comprometido en una relación pederástica con un hombre adulto. Este muchacho era susceptible de convertirse en erómeno desde el momento en que salía de la estancia de las mujeres, el gineceo, para frecuentar la palestra.

⁵⁴ Del griego “amante”. Un erastés era generalmente un ciudadano influyente de la clase alta, comprometido en la vida social y política de su polis, que gozaba de cierta fortuna. Aunque algunas veces estaba casado y era padre de familia, generalmente esta relación pederástica que tenía con el erómeno, tenía lugar antes del matrimonio, que en el caso de la sociedad griega era tardío, ya entrada la treintena.

como a extranjeros, quienes además podían, por un salario mensual alquilar tales servicios de amante.⁵⁵

Las campañas militares de Grecia eran largas, piénsese en los 10 años que duró en Troya, este era un fomento a la práctica homosexual masculina, ya que el soldado se sentía más cómodo satisfaciendo sus deseos sexuales con un amigo y camarada de armas que con una prostituta, dado que esta podía portar enfermedades y no eran de fiar, sobre todo si eran de tierras enemigas.⁵⁶ Estos no solo eran compañeros de placer, sino además hermanos de combate “¿Quién mejor para confiarle la defensa de la propia vida, que a la persona que en la noche tendía sus cálidos brazos, y ofrecía el cobijo de su cuerpo?”⁵⁷. Asimismo el caso de la mujer de Grecia, “las amazonas practicaban el amor entre ellas, no en vano este tipo de cariño tomó su nombre de la isla de Lesbos, donde vivían. De allí viene el nombre de lesbianas, con que se conoce a las mujeres que practican entre sí el amor lésbico, propio del reino de las amazonas”⁵⁸, no obstante esto no era de tanta importancia para las autoridades ya que sencillamente estas no podían penetrarse. En general las prácticas homosexuales eran normales y solo se abocaban al coito, en la antigua Grecia no se concebía la orientación sexual como identificador social.

En la antigua Roma esta práctica era conocida y aceptada debido a la fuerte influencia de la cultura Griega por el siglo II a.C., pero se mantenía en privado, aun así no constituía insulto sacarlo a la luz, es el caso 11 emperadores romanos, hasta el mismo Julio Cesar, quien en su juventud mantuvo amores con Nicómedes, monarca de Bitinia. La homosexualidad en Roma no era de modo desbordado como lo era en Grecia. Ahora bien, esta situación en Roma empezó a cambiar a raíz de la práctica del *mancipium* – institución por la cual los padres cedían a sus hijos jóvenes, a pesar de que el entregado era técnicamente libre y ciudadano, quien lo recibía lo tenía como su esclavo a todos sus efectos, y al decir todos sus efectos también incluye el comercio carnal, consentido o no – por esto se dictó la *ley Scatinia* o *Scantinia*, la cual data del año 149 a. C. –

⁵⁵ Historia de la homosexualidad contada para fundamentalistas. La ciencia y sus demonios. [En línea]. [Última consulta: 07 de diciembre del 2016]. Disponible en: <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/11/14/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-1a-parte/>

⁵⁶ GHIRARDI, Juan Carlos. Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el Derecho Romano. Revista General de Derecho Romano IUSTEL, N° 5, diciembre 2005, p. 124

⁵⁷ *Ibid.*, p. 124

⁵⁸ *Ibid.*, p. 124

algunas otras versiones consideran que esta data del año 126 a. C. – esta norma castigaba la relación homosexual, pero solo en jóvenes, es decir la pederastia. Comenzó a cambiar la percepción de la sociedad sobre la homosexualidad masculina, empezó a ser vista como una mala costumbre, como un vicio o perversión propia de los griegos que atentaba contra los valores tradicionales.⁵⁹ “Algunos escritores, Juvenal por caso, comienzan a hacer público el temor que si parejas de ese tipo seguían proliferando, no sería raro que alguna vez llegaran a solicitar que se les permitiese la unión matrimonial, lo que atacaría los cimientos mismos de la sociedad, tal como hasta entonces se la conocía.”⁶⁰

Ya por finalizar la edad antigua, por el año 342, en Roma los emperadores Constancio y Constante, dictan una ley, esta:

“aparece en el Código Teodosiano⁶¹ datada 27 de febrero de 380, en la cual y por primera vez se dispone pena de muerte para el homosexual pasivo. La *Collatio Legum Mosaicarum et Romanorum*⁶² (5.3.1) menciona esa constitución, que puede encontrarse en C. Th. 9.7.6: ‘...No toleramos que la ciudad de Roma, madre de todas las virtudes, sea manchada por la contaminación de un afeminado pudor en el varón...’ Continúa en 5.3.2: ‘Por lo tanto, a todos aquellos que tengan la vergonzosa práctica de condenar su cuerpo varonil, colocado al modo de las mujeres, a la tolerancia del sexo de otro, y no tener nada distinto de las féminas... los entregará al castigo de las llamas, en presencia del pueblo...’.”⁶³

2.1.3. De la edad media

Se continuó siguiendo el pensamiento de la última parte de la edad antigua, a instaurar y establecer leyes que sancionaban la Sodomía. En el Imperio Romano de Oriente, el

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 124, 125

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 125

⁶¹ El Código Teodosiano es una compilación de las leyes vigentes en el Derecho Romano durante el Bajo Imperio

⁶² O también denominada “La Collatio”, nombre habitual que los romanistas han adoptado para referirse a la “Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio”, esta forma parte de un elenco de Colecciones de IURAS y LEGES de textos altomedievales. [En línea]. [Última consulta: 08 de diciembre de 2016]. Disponible en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=401196

⁶³ GHIRARDI, Juan Carlos. Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el Derecho Romano. *Op. cit.*, p. 126

emperador del Imperio Bizantino, Justiniano⁶⁴, condenaba con pena de muerte la homosexualidad, tal y como recoge el *Corpus Iuris Civilis* – también llamado código de Justiniano – del año 538, declarando que estas relaciones eran contrarias a la naturaleza y de origen diabólico y castigándola con la pena de muerte. No se evidencia regulación o referencia alguna a la situación homosexual fuera de la península ibérica, en esta primera parte de la edad media. En el reinado de Carlomagno (768-814), tampoco se legisló sobre el acto homosexual, en esta parte si bien la homosexualidad no era tan censurada, tampoco era promovida, se vivió un periodo de aceptación a la homosexualidad.⁶⁵ Se inició una subcultura gay por esta etapa.

El panorama anterior cambió, siendo que la práctica homosexual fue muy duramente perseguida y castigada por la Santa Inquisición, este organismo se creó en el año 1184, su principal función era perseguir la herejía y la homosexualidad, la tortura y la pena capital, generalmente en la hoguera, eran los suplicios a los que se condenaba en la mayor parte de Europa a los homosexuales, en este asunto los nobles y privilegiados eran raramente acusados, las penas recaían casi siempre sobre los pobres y las personas de baja importancia.⁶⁶ En las actas del tribunal de la Inquisición, se acusa a los herejes de sodomía y de pecar contra-natura, esta analogía se debía a que los grupos o movimientos herejes eran más comprensibles con los homosexuales. El rey de Castilla, Alfonso X, escribe en las Siete Partidas⁶⁷, sobre la homosexualidad: “Sodomítico dicen al pecado en que caen los homes yaciendo unos con otros contra bondat et costumbre natural. Et porque tal pecado como este nascen muchos males á la tierra do se face, et es cosa que pesa mucho á Dios con ella, et sale ende mala fama non tan solamente á

⁶⁴ Justiniano fue emperador romano de Oriente y emprendió una nueva codificación de las constituciones imperiales, cuya novedad consistió en el hecho de compilar tanto el código teodosiano, las novelas y el código gregoriano y el hermogeniano, y formar un solo código, Codex Iustinianus, por lo que mantenía la unidad formal de su contenido. [En línea]. [Última consulta: 08 de diciembre del 2016]. Disponible en: <https://derechoromanounivia.wordpress.com/2014/08/26/la-codificacion-de-justiniano/>

⁶⁵ JULIA, Roger Benito. La homosexualidad en la edad media. Revista Medieval, Barcelona, 2006, p. 5

⁶⁶ Historia de la homosexualidad contada para fundamentalistas. La ciencia y sus demonios. [En línea]. [Última consulta: 08 de diciembre del 2016]. Disponible en: <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/11/17/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-2a-parte/>

⁶⁷ Este manuscrito iluminado de las Siete partidas escrito sobre pergamino en letra gótica, data de los siglos XIII a XV. El códice es de singular importancia bibliográfica por varios motivos. Se realizó en un solo escritorio (excepto la I partida, añadida en el siglo XV), contiene la totalidad de las partidas y lleva incorporados en su ornamentación datos de su historia bibliográfica que manifiestan su procedencia. La elaboración de este corpus legislativo, encargado y comenzado por Alfonso X y complementado por reformas posteriores, constituye el mayor y más difundido ordenamiento jurídico que ha regido en España desde la Edad Media hasta la Moderna e influyó en el Derecho de algunas de sus antiguas colonias. [En línea]. [Última consulta: 08 de diciembre del 2016]. Disponible en: <https://www.wdl.org/es/item/10642/>

los facedores, mas aun á la tierra do es consentido”⁶⁸. A su vez en Italia y Francia empezaron a instaurarse normas en contra de la homosexualidad, tomándolo como herejía. El derecho noruego y el código islandés siguieron esta corriente.⁶⁹

2.1.4. De la etapa de la modernidad

El panorama a inicios de este periodo no cambio demasiado, puesto que se seguía persiguiendo a la homosexualidad para su posterior castigo a quien la cometiera, las penas iban desde la castración hasta la muerte, así pues en Inglaterra se adoptó la *Buggery Act*, que fue la primera ley gubernamental contra la sodomía en ese país, esto durante el reinado de Enrique VIII en el año 1533, siendo que hasta entonces los encargados de perseguir el acto homosexual como delito eran los tribunales eclesiásticos, a su vez, el Sacro Imperio Romano Germánico en manos de Carlos V , creo *la Constitutio Criminalis Carolina*⁷⁰ – primer cuerpo de derecho penal alemán – aprobado en el año 1532, en el cual estaba contemplado la Sodomía como delito, en su art. 116 estipulaba “Castigad así al impúdico, cuando actúe contra natura. En el caso de que una persona actúe de forma impúdica con un animal, un hombre con un hombre, una mujer con una mujer, entonces han perdido el derecho a la vida. Y se deberá, según la costumbre, llevarlos a la muerte con el fuego”. A finales de esta época empezaron a evidenciarse los primeros focos de subcultura homosexual, en los suburbios de grandes ciudades como Paris, Londres y otros, por supuesto que esto causo la ira de los estados, que empezaron a tratar de disuadir tal accionar a base de terror, es así que se empezaron a cometer ejecuciones solo como “escarmiento”.⁷¹

⁶⁸ JULIA, Roger Benito. La homosexualidad en la edad media. Op. cit., p 7, 8.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 9

⁷⁰ Por aquel entonces, el territorio de la actual República Federal se encontraba fragmentado en numerosos y pequeños estados bajo una pluralidad de leyes que los jueces aplicaban discrecionalmente de acuerdo con su propio criterio. Para evitar esa falta de imparcialidad, el nuevo monarca recopiló toda aquella normativa bajo un único cuerpo legal al que se conoce como *Constitutio Criminalis Carolin*. [En línea]. [Última consulta: 08 de diciembre del 2016]. Disponible en: <http://www.esacademic.com/dic.nsf/eswiki/1284623>

⁷¹ Historia de la homosexualidad contada para fundamentalistas. La ciencia y sus demonios. [En línea]. [Última consulta: 12 de diciembre del 2016]. Disponible en: <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/11/25/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-3a-parte/>

2.1.5. De la edad contemporánea

Y así, se llegó a la edad Contemporánea, la cual vivimos en estos tiempos. La revolución francesa abolió la idea de que la homosexualidad debía ser considerada delito, esto amparado en el espíritu de la libertad. En agosto de 1789, se proclamó la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa. Un año después, en 1790, circulaba una carta anónima: “Los hijos de Sodoma en la Asamblea Nacional”. Pedían estar todos unidos en nombre de la libertad. El grupo gay fue apodado “la orden de la manchette”, bajo el liderazgo del duque de Noailles, se presentó en la Asamblea a reclamar por los derechos homosexuales. Por tanto, La Asamblea Constituyente de 1791 eliminó la pena de muerte para el delito de sodomía,⁷² el mismo Condorcet agregó en el código que la sodomía no era una ley criminal, ya que no violaba el derecho de ningún hombre. Esta despenalización de la homosexualidad produjo un cambio radical, del que acaso proviene toda la posterior lucha de los homosexuales.⁷³ El Código Penal francés de Napoleón de 1810 – El también llamado código Penal Napoleónico – conservó tal despenalización, al entender como delito sólo las conductas que perjudicaran a un tercero.⁷⁴ Las conquistas de Napoleón y la influencia cultural de Francia extendieron esta forma legislativa por gran parte de Europa y América, no obstante aun habían países de Europa en donde la homosexualidad masculina aún se consideraba delito, como en Alemania y toda Europa Central.⁷⁵ En 1930 se dio el primer caso de reasignación de sexo en la historia, el pintor danés Einar Mogens Wegener se sometió a 5 operaciones en Alemania, tomando así el nombre de Lili Elbe.⁷⁶

En Alemania, surgió la figura de Adolfo Hitler, en su visión de futuro dejaba ver su ideal por una sociedad sustentada en la familia aria tradicional, dentro este modelo de sociedad no había cabida para la homosexualidad. En 1933 Hitler se convirtió en canciller de Alemania, en menos de veinticinco días se prohibieron todo tipo de organización que abogada por la defensa de los homosexuales, el triunfo de Hitler se

⁷² MEDINA, Graciela. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2001, p. 33.

⁷³ [En Línea]. [Última consulta: 12 de diciembre del 2016]. Disponible en: <http://www.cubaencuentro.com/cultura/articulos/y-la-revolucion-francesa-emancipo-a-los-judios-284196>

⁷⁴ MEDINA, Graciela. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio, op. cit., p. 33.

⁷⁵ *Ibíd.*, pp. 33, 34.

⁷⁶ En homenaje a esto, recientemente, a inicios del 2016 se estrenó una película titulada “La chica Danesa” la cual relata la vida de tal pintor y los sucesos que experimento en su camino hacia el pretendido cambio de sexo de hombre a mujer, la película tuvo muy buenas críticas.

debió en gran parte al apoyo de grupos paramilitares, como el SA o Camisetas marrones, los cuales con actos terroristas intimidaban a la oposición, el 28 de junio de 1934, en la noche conocida como “la noche de los cuchillazos largos”, los miembros de la SA fueron arrestados y acusados de conspirar contra Hitler, miles de ellos fueron ejecutados al ser acusados de “cerdos homosexuales”.⁷⁷

Con Hitler en el poder, la situación se tornaba difícil para los homosexuales en Alemania, la homosexualidad era considerada como rasgo de inferioridad y defecto genético, y quienes la padecieran eran arrestados, encarcelados o internados en los campos de concentración, al igual que los homosexuales de los países ocupados. Se creó el servicio de policía “Centro del Reich” dedicado exclusivamente a combatir la homosexualidad. Los alemanes nazis estaban convencidos de la existencia de una organización homosexual y judía, cuyo único fin era destruir Alemania. En 1935, el apartado 175 del Código Jurídico Alemán, el cual solo prohibía las relaciones anales entre hombres, fue modificado para incluir como ilícito a cualquier acto indecente entre hombres, se entendía por esto el hecho de besarse, agarrarse las manos, o cualquier otro que los tribunales así interpreten. No se hacía referencia en este texto a la homosexualidad femenina. Los homosexuales enviados a campos de concentración, eran identificados a través de un triángulo rosa invertido colocado en la ropa. Luego, en los años 70 este triángulo invertido fue usado como símbolo de la lucha por la igualdad de los homosexuales.⁷⁸ Por su lado, el comunismo estalinista, en la Unión Soviética, también persiguió a la homosexualidad para su posterior condena en la cárcel o con la deportación, la pena en la cárcel era de 5 años.⁷⁹

Por esa época, en España, la dictadura de Francisco Franco, si bien no consideraba la homosexualidad un delito, la consideraba un acto peligroso y era castigada indirectamente, fue incluida en la Ley de Vagos y Maleantes, esta ley no tipificaba delitos ni faltas, más bien conductas peligrosas, a las cuales no se imponía una pena, si no medidas de seguridad, se agrupaba a los homosexuales, rufianes, proxenetas y mendigos, esta estipulaba lo siguiente; Artículo 6, numeral 20, Ley de Vagos y Maleantes: “A los homosexuales, rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y

⁷⁷ MEDINA, Graciela. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio, op. cit., p. 34.

⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 34, 35, 36.

⁷⁹ OYARZÚN VALENZUELA, Jorge. Las uniones de hecho entre homosexuales en Chile y el Derecho Comparado. Santiago: Universidad de Chile, 2004, p. 45.

a los que vivan de la mendacidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán para que las cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes: a) internación en un establecimiento de trabajo o Colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a estas medidas de seguridad deberán ser internados en instituciones especiales y en todo caso con absoluta separación de los demás; b) prohibición de residir en determinado territorio y obligación de declarar su domicilio; c) sumisión a la vigilancia de los delegados.”⁸⁰ En esta sociedad, la homosexualidad era considerada tan ofensiva y peyorativa que si alguien mataba a otro por solo haberlo llamado “maricón”, se consideraba que había actuado en legítima defensa, porque se había tratado con el epíteto que más denigra a un varón.⁸¹

En 1942, Alfred Kinsey, biólogo y sociólogo norteamericano, realizó lo que fue considerado como el primer estudio sociológico de envergadura sobre la homosexualidad, con un total de mil doscientos encuestados. Dentro de las principales conclusiones a las que arribó éste sociólogo, está el llamado “continuo hétero-homosexual”, de acuerdo a tal teoría, consideraba que en todo ser humano existía cierto grado de homosexualidad y de heterosexualidad es decir, existe un continuo hétero-homosexual, y que la inclinación de libido en uno u otro sentido no es necesariamente constante a lo largo de toda la vida, pudiendo variar la opción según los distintos momentos de la vida.⁸² La homosexualidad era algo que uno hacía y no algo que uno era, la estadística más controvertida contenida en el trabajo de Kinsey es la famosa cifra del "10%". Esta estadística informaba que el 10% de los hombres era "más o menos exclusivamente homosexual durante por lo menos tres años entre los 16 y los 55 años de edad".⁸³

Este siglo estuvo cubierto por la sombra de lo que se llamó el “cáncer gay” la epidemia del SIDA, que era atribuida o ligada socialmente a los homosexuales y por el psicoanálisis que hizo cambiar la percepción de la homosexualidad de una conducta viciosa o pecadora para pasar a ser tratada como una enfermedad mental, los

⁸⁰ MEDINA, Graciela. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio, op. cit., p. 37, 38.

⁸¹ *Ibid.*, 38.

⁸² OYARZÚN VALENZUELA, Jorge. Las uniones de hecho entre homosexuales en Chile y el Derecho Comparado, op. cit., pp. 55, 55, 57.

⁸³ MEDINA, Graciela. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio, op. cit., p. 44.

homosexuales corrían el riesgo incluso en los lugares en los que no era considerado delito de que se les intentara “curar”.⁸⁴

En EEUU, la madrugada del 28 de junio de 1969, en el “Stonewall Inn”, un bar del barrio neoyorquino de Greenwich Village, de referencia para gays, lesbianas, travestis, transexuales, enlazado a la marginalidad económica y racial, aconteció un hecho conocido como “los disturbios de Stonewall”, como sucedía regularmente, la policía llegaba al lugar en busca de recibir un soborno, puesto que el local no tenía permiso para la venta de alcohol, generalmente la policía anticipaba estas visitas, y se realizaban temprano para permitir el funcionamiento del bar toda la noche, pero esta noche no fue así, el operativo se efectuó más tarde de lo habitual y sin previo aviso, bajo pretexto de detener indocumentados y travestidos. Se supo después que el objetivo de tal operativo era que Stonewall Inn fuera desmantelado y cerrado definitivamente. El local era un blanco a limpiar, ya que era un espacio sexualmente escandaloso, sin las licencias correspondientes y con conexiones con la mafia, según las autoridades de la localidad. Se efectuó el operativo policial y por primera vez se dio un levantamiento y enfrentamiento violento de los homosexuales contra los policías, este levantamiento duro 3 días, este suceso tuvo un gran impacto en la comunidad gay, y se convirtió en el punto de partida del “Movimiento de Liberación LGTB” en EEUU y el resto del mundo. Pese a que algunas otras organizaciones precedieron la lucha, este suceso de Stonewall, cobró mayor relevancia ya que el levantamiento fue de manera contundente y repentino, cansados de los abusos y persecuciones de las fuerzas policiales, esto causó gran conmoción. Una circunstancia particular es que el 27 de junio, un día antes del suceso en Stonewall Inn, llegó a New York el cadáver de Judy Garland, ícono gay que se había suicidado en un hotel londinense días antes, esto pudo haber influido aún más en los ánimos de los clientes que se enfrentaron en Stonewall Inn.⁸⁵

En 1952 La Asociación Americana de Psiquiatría (APA), incluyó a la homosexualidad en la primera calificación de enfermedades mentales, y la mantuvo hasta 1973, año en

⁸⁴ Historia de la homosexualidad contada para fundamentalistas. La ciencia y sus demonios. [En línea]. [Última consulta: 12 de diciembre del 2016]. Disponible en: <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/12/15/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-4a-parte/>

⁸⁵ NOIR, Raúl Andrés. Sobre el movimiento LGHBT. Revista Electrónica de Psicología Política, Año 8 N° 22. Abril 2010, pp. 128, 129, 130. [En línea]. [última consulta: 13 de diciembre de 2016]. Disponible en: http://www.psicopol.unsl.edu.ar/abril2010_Nota8.pdf. Véase también: http://www.puds.unr.edu.ar/wp-content/uploads/2014/07/UNIDIV-Stonewall_Inn.pdf

el que sometió a un referéndum democrático la clasificación de la homosexualidad como enfermedad y el 58% de los psiquiatras determinó que no lo consideraba una enfermedad. El 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS), que consideraba a la homosexualidad como inclinación o comportamiento sexual anormal, la retiró de la “Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Otros Problemas de Salud”.⁸⁶

Una vez que en toda Europa y casi toda América se consiguiera la despenalización del acto homosexualidad, se creyó que era un avance significativo en cuanto a derechos y libertades y que se estaba en vísperas de un nuevo mundo, y en efecto lo fue. No obstante ya no bastaba con solo una “aceptación”, ahora se pedía la “integración”, esto dio paso a que en gran parte de los países europeos se empezara a instaurar formas jurídicas para protección de los intereses de las personas homosexuales, tales como los pactos de solidaridad, uniones civiles, uniones registradas y demás figuras, apareció por primera vez en Dinamarca, por la ley del 07 de junio de 1989, se extendería después por otras legislaciones. Esto a su vez para el posterior matrimonio homosexual anhelado, ya que después de haberse aprobado algún estatuto para la protección especial de las parejas homosexuales, en los países que se ha hecho esto, se empieza a instar a que esta unión sea equiparable a la unión matrimonial y por lo tanto se exige sea reconocida como tal, el primer caso de esto se dio en Holanda que en Abril del 2001, se convirtió en el primer país en aprobar el llamado “matrimonio homosexual”.

2.2. HOMOSEXUALIDAD EN LA CIENCIA

Puede tomarse como no coherente el hecho de primero haber narrado desde la perspectiva jurídica parte de la historia homosexual sin antes haberla definido, pues bien, esto se debe a que en esta investigación se presente tomar a la homosexualidad como un fenómeno real y existente, es decir, sabemos de su existencia porque es percibirle por medio de los sentidos, y por ende merece un estudio por parte del derecho.

⁸⁶ MEDINA, Graciela. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio, op. cit., p. 48. Véase también http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10964%3A2015-lgbt-health-sees-progress-and-challenges&Itemid=1926&lang=es

Antes bien, debemos tener una definición de lo que es homosexualidad para nuestra investigación, entonces consideraremos a la homosexualidad “como la atracción que tiene como objeto de enamoramiento/sexualidad, predominante o exclusiva, a una persona del mismo sexo; suele conocerse también con el nombre de “homoerotismo”. En esta situación no hay necesariamente una actividad o comportamiento homosexual”⁸⁷.

Otro concepto, este según Marmor en 1980, “la persona homosexual puede ser definida como aquella que está motivada en la vida adulta por una atracción erótica preferencial definitiva a miembros del mismo sexo y quien usualmente – pero no necesariamente – se involucra en relaciones sexuales abiertas con ellos”⁸⁸.

Con un último concepto podemos definirla “la persona homosexual es aquella que está motivada en la vida adulta por una atracción erótica preferencial a miembros del mismo sexo”⁸⁹.

La definición es en casi todos los casos homogénea, la definen como el sentimiento de afecto hacia otra persona del mismo sexo, es decir solo basta con que haya este sentimiento, no es necesario que se lleve a la práctica o se ejecute tal sentimiento, el solo afecto o deseo homoerótico puede hacer considerar a una persona tener conducta homosexual, sin embargo debemos mencionar que para efectos jurídicos solo son importantes los actos, es decir la práctica homosexual, ya que como vimos en el capítulo de la homosexualidad en la historia, el acto homosexual anteriormente fue regulado de manera punitiva, se sancionaba a quienes la cometieran, en nuestro país la práctica homosexual ya no está penada.

2.2.1. LOBBY HOMOSEXUAL EN LA ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA (APA)

Uno de los aspectos más discutidos en la actualidad científica, acerca de la homosexualidad, es el peso genético que este puede tener, también lo es el estigma de

⁸⁷ DE IRALA, Jokin. Comprendiendo la homosexualidad. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 2005, p. 6.

⁸⁸ GARCÍA SARDUY, Gustavo Adolfo; CARDOSO NÚÑEZ, Oscarlyns y otros. Los enigmas de la homosexualidad. Policlínico Comunitario Docente Previsora, Ciudad de Camagüey, p. 3.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 2,3.

enfermedad que ha cargado, de ser algo curable o no, se recurre a la ciencia para saber si es algo normal o anormal, el principal sustento para acreditar que la actividad homosexual es algo normal y natural, es mencionar la decisión tomada por parte de la American Psychiatric Association – APA, en español, Asociación Americana de Psiquiatría – de eliminar de su Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales – a la homosexualidad, dejando de considerarla una enfermedad mental en el año 1973.⁹⁰

Cuando uno tiene una postura avaladora hacia el comportamiento homosexual, lo primero que viene a la mente para sustentar esta posición, es ampararse en lo hecho por la APA, sin considerar el contexto y el procedimiento por el cual se arribó a tal decisión. La psiquiatría americana desde sus inicios había considerado que la homosexualidad representa una conducta desviada, catalogándola así como un trastorno mental. El DMS-I, la describía como un trastorno psicopático de la personalidad, en el DMS-II, situaba a la homosexualidad en el primer lugar entre las “desviaciones sexuales”, describiendo que esta categoría corresponde a los individuos cuyos intereses sexuales se orientan principalmente hacia otros objetos que no son las personas del sexo opuesto, hacia actos sexuales que sean asociadas al coito o hacia la práctica del coito en situaciones extrañas. Aunque a veces encuentren desagradables estas prácticas, son incapaces de sustituirlas por la conducta sexual que puede llamarse normal.⁹¹

El profesor César Vidal Manzanares, doctor en historia, relata estos sucesos en el libro Cuestiones Bioéticas sobre la homosexualidad, comenta que la decisión tomada por la APA, se realizó en medio de una situación de mucha presión ejercida por los activistas homosexuales, describiendo tal suceso, el congresista norteamericano William E. Dannemeyer, consideró a este acontecimiento como “una de las narraciones más deprimentes en los anales de la medicina moderna”.⁹²

Asimismo el Dr. Ronald Bayer, psiquiatra quien fuera conocido simpatizante de la causa gay, describió lo que realmente ocurrió en esta época, en su libro Homosexuality and American psychiatry (1981), esto constituyó un ejemplo de como la militancia

⁹⁰ ALONSO, Carlos Javier. 10 mitos sobre la homosexualidad, en: Cuestiones bioéticas sobre la homosexualidad. Ediciones Digitales, 2009, p. 8.

⁹¹ LIEBERMAN, Jeffrey. Historia de la Psiquiatría. Barcelona; Ediciones B, 2016, n. p.

⁹² VIDAL MANZANARES, Cesar. 10 mitos sobre la homosexualidad, en: Cuestiones bioéticas sobre la homosexualidad. Ediciones Digitales, 2009, pp. 41.

política puede influir en el discurso científico al punto de alterar su esencia y verdadera finalidad. Bayer describió todo el activismo homosexual desplegado a fin de llevar a cabo el cometido de este grupo de presión – influir en la decisión de la APA para que se deja de considerar a la homosexualidad como una enfermedad mental – el cual fue cumplido, pese a tener una postura pro-homosexual, el profesor Bayer reconoce que no se dio el debate y análisis científico serio y sereno que se requería. Comenta en su libro que, dado que la convención de la APA de 1970, iba a celebrarse en San Francisco, distintos dirigentes homosexuales acordaron realizar el primer ataque concertado contra esta entidad, los activistas gais formaron una cadena humana en torno al centro de convenciones e impidieron a los psiquiatras el ingreso al recinto.⁹³

De esta manera, se iba a llevar a cabo el primer esfuerzo sistemático para trastornar las reuniones anuales de la APA, cuando Irving Bieber, quien era una famosa autoridad en transexualismo y homosexualidad, estaba realizando un seminario sobre el tema, un grupo de activistas homosexuales irrumpió en el recinto para oponerse a la exposición, comenzaron a reírse y burlarse mientras este ponente expresaba sus argumentos, un activista gay interrumpió la ponencia para gritar “He leído tu libro, Dr. Bieber, y si ese libro hablara de los negros de la manera que habla de los homosexuales, te arrastrarían y te machacarían y te lo merecerías”, el obstruccionismo gay era contundente, asimismo cuando el psiquiatra australiano Nathaniel McConaghy iniciaba su ponencia, las interrupciones e insultos eran incesantes, todo esto conllevó a que la mayoría de médicos abandonaran la sala, en suma el ambiente en el que se querían dar estos estudios era tenso y difícil de sobrellevar.⁹⁴

No obstante, no todos los médicos pensaban igual, el Dr. Kent Robinson, por ejemplo, se entrevistó con Larry Littlejohn, uno de los dirigentes gais, le confesó que a su criterio este tipo de prácticas eran necesarias, puesto que la APA se negaba de manera sistemática a que los militantes homosexuales aparecieran en los programas oficiales, John Edwing, presidente del comité de programación, cedió a estas demandas, comenta el profesor Bayer notando los términos coercitivos de la petición, Edwing aceptó estipulando solo que de acuerdo con las reglas de la convención de la APA, un

⁹³ *Ibíd.*, p. 41

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 41.

psiquiatra debía presidir la sesión propuesta, se contrató de esta manera a un cuerpo de seguridad para evitar las manifestaciones violentas.⁹⁵

El 03 de mayo de 1971, un grupo de activistas irrumpió la reunión anual de psiquiatras, y un dirigente de este activismo tomó el micrófono y exclamó que no tienen derecho a discutir sobre el tema de la homosexualidad, añadiendo “podéis tomar esto como una declaración de guerra contra vosotros”, comenta Bayer que los homosexuales se valieron de credenciales falsas para infiltrarse en el recinto y amenazar a los que estaban a cargo de la exposición sobre homosexualidad, cinco activistas gays defendieron a la homosexualidad como un estilo de vida precisando que la psiquiatría es “el enemigo más peligroso de los homosexuales en la sociedad contemporánea”, los psiquiatras no estaban acostumbrados a que sus pacientes les dijeran lo que tenían que hacer, y tampoco estaban acostumbrados al tipo de tácticas de presión violenta que se estaba utilizando, se consideró que la victoria por parte del activismo homosexual fue fulminante.⁹⁶

Uno de los principales colaboradores de esta decisión tomada por la APA, fue Robert Spitzer, quien era miembro de la cúpula directiva de la APA, Por invitación de Spitzer, Ronald Gold, miembro de la *Gay Alliance* e influyente activista gay, tuvo la oportunidad de expresarse ante la APA sobre la validez de catalogar a la Homosexualidad como un diagnóstico psiquiátrico. Spitzer tenía cierta amistad y contacto con la comunidad homosexual, es así que Gold meses después llevó a Spitzer a una reunión secreta de psiquiatras gays, Spitzer se quedó sorprendido al descubrir que varios de los asistentes eran catedráticos de destacados departamentos de Psiquiatría y uno era ex-presidente de la APA, todos llevando una doble vida por supuesto, estos al ver a Spitzer reaccionaron con sorpresa e indignación pues creían que él revelaría la condición homosexual de estos, arruinando sus carreras y vidas familiares, no obstante Gold les aseguró que Spitzer era de fiar y que él encarnaba las esperanzas de revisar el tema de la homosexualidad.⁹⁷

En suma, el activismo gay, además de ejercer presión desde afuera, con protestas y actos de disturbio, también estaba enraizado dentro de la APA, las victorias que el

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 41.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 42.

⁹⁷ LIEBERMAN, Jeffrey. Historia de la Psiquiatría. Op. cit, n. p.

activismo homosexual fue teniendo año tras año, actividad tras actividad, se fue imponiendo dentro de las reuniones de la APA, puesto que para el año siguiente, en 1972, ya era casi obligatoria la presencia de este grupo de presión en conversatorios de psiquiatría de esta entidad, se les permitió la creación de un stand de exhibición, titulada “Gay, orgulloso y saludable”, en este también, un psiquiatra y activista de los derechos homosexuales, llamado John Fryer, pronunció un discurso en la convención anual de la APA , bajo el nombre de “Dr. H. Anonimo”, Fryer llevaba esmoquin, peluca y una máscara que te tapaba el rostro, con todo eso pretendía no revelar su identidad, mientras hablaba a través de un micrófono especial que le distorsionaba la voz para que no lo reconozcan, decía “Soy Homosexual, Soy Psiquiatra”, describía la vida opresiva que Vivian los psiquiatras homosexuales, al tener que ocultar su orientación ante sus colegas por miedo a la discriminación y al mismo tiempo ocultar su profesión ante los gais a causa del desprecio que generaba la psiquiatría en la comunidad gay.⁹⁸

En el año 1973 los esfuerzos del *lobby gay* estaban encaminados a que la APA borrara de su DMS, la mención que se hacía a la homosexualidad. Las exposiciones de los psiquiatras que se habían especializado en el tema fueron reducidas, dándoles poco tiempo para expresar sus estudios. Finalmente, se sometió a votación el hecho de que debía eliminarse la mención de la homosexualidad del DMS, la aprobación de esta medida tuvo el 58% de respaldo.⁹⁹ Es decir la mayoría estaba de acuerdo en que la homosexualidad no era una enfermedad mental, se trataba entonces de una mayoría suficiente para una decisión política, pero no así para un problema médico-científico.

¿Cómo así, podrían catalogar tal o cual situación personal como una enfermedad mental con el solo hecho de someter a votación o voluntad de una mayoría?, en otras palabras, lo que se hizo fue decidir sobre una enfermedad mental por medio de una votación democrática, algo desatinado e incorrecto, el procedimiento que usó la APA para tomar esta decisión tuvo repercusiones y generó un cúmulo de burlas y desprestigios a la institución, los críticos se burlaban diciendo “nunca veréis a los neurólogos decidiendo por votación si un vaso sanguíneo obturado en el cerebro constituía una apoplejía ¿no?”¹⁰⁰, pues en el campo de la ciencia, los aportes y

⁹⁸ *Ibíd.*, N.p.

⁹⁹ VIDAL MANZANARES, Cesar. 10 mitos sobre la homosexualidad. Op. cit., pp. 42, 43.

¹⁰⁰ LIEBERMAN, Jeffrey. Historia de la Psiquiatría. Op. cit., n. p.

decisiones se toman en base a investigaciones y hallazgos científicos, y en este caso no fue así.

2.2.2. ESTUDIOS CIENTÍFICOS EN TORNO A LA HOMOSEXUALIDAD

Numerosos psiquiatras y de prestigio como lo son los Doctores Samuel B. Hadden, Lionel Ovesey, Charles Socarides, Harold Lief, Irving Bieber, entre otros, han llegado a considerar que la homosexualidad es curable, reportando sus éxitos terapéuticos de homosexuales tratados, desde luego esto en las personas que sienten angustia por su condición homosexual y voluntariamente desean cambiarla¹⁰¹, y el mismo Robert Spitzer, quien tuvo gran incidencia en ayudar al colectivo homosexual en lograr su cometido ante la APA, después de tener una postura avaladora hacia el comportamiento homosexual, sostuvo que la homosexualidad era curable, no obstante 11 años después volvió a cambiar tal parecer.

Queremos mencionar las contribuciones del doctor Aquilino Polaino, quien fue el profesional invitado a participar el día 20 de junio del 2005, en el senado español, a raíz del debate sobre el proyecto de ley por el cual se modificó el código civil español en materia de derecho a contraer matrimonio y sobre los efectos que tiene en el desarrollo de los menores la convivencia con parejas homosexuales. Este profesional quien fuese catedrático de Psicopatología de la Universidad Complutense de Madrid con sus – como él indicó hasta ese entonces – 38 años de profesor universitario, investigador y psiquiatra con ejercicio clínico, y licenciatura en filosofía, explicó en dicha intervención ante el senado español – citando una vasta cantidad de estudios psiquiátricos que llama la atención, por lo que no podría considerarse un pronunciamiento prejuicioso de los que hay muchos – que la homosexualidad es una patología por estos motivos:

“[Es] una verdad obvia [que] la persona humana, hombre y mujer, está modalizada sexualmente. Eso tiene una raíz genética que después se abrirá paso a lo largo de toda la vida intrauterina, condicionando la producción de hormonas en la placenta de la madre, actualmente se considera la placenta

¹⁰¹ GARCÍA SARDUY, Gustavo Adolfo; CARDOSO NÚÑEZ, Oscarlyns y otros. Los enigmas de la homosexualidad. Policlínico Comunitario Docente Previsora, Ciudad de Camaguay, p. 9.

un órgano endocrino [de secreción de hormonas] y no sólo de protección del embrión. Esas hormonas se producen por la placenta de una manera diferente según el embrión sea masculino o femenino, [...] a la producción hormonal de la placenta le cabe la importantísima y trascendental competencia de dirigir la diferenciación sexual y cerebral del embrión que está en el claustro materno [...] desde 1976 este hecho no ha sido más que probado una y otra vez, [...] esto significa que el cerebro del embrión se estructura, autoconstituye y configura de modo diverso, según sea varón o hembra, en función del influjo de las hormonas que produce la placenta. Una vez producido el parto las hormonas ya no dirigirán el comportamiento ni la mayoría de las facultades y funciones de la persona, sino que lo hará el sistema nervioso central, previamente diferenciado. [...] Hay otras funciones cuyo desarrollo psicoevolutivo es mucho más lento. Me refiero al caso del desarrollo de la afectividad o no digamos sexualidad, donde la persona humana tiene una amplitud enorme con grados de libertad diversos, pero sin olvidar [algo importante] – y esta es la segunda cuestión en la que quiero entrar – que tiene que darse un ensamblaje [entre la primera, identidad sexual y la segunda, identidad afectiva]. Si no se diese ese ensamblaje, como acontece en algunas personas, infortunadamente, tendríamos, en vez de una unicidad de la persona, una fragmentación de la misma, con consecuencias [...] en muchos casos patológicas...»¹⁰²

Continúa exponiendo el Dr. Polaino, e incide en que en el desarrollo afectivo, depende mucho la crianza, es decir, este es en parte, solo en parte construcción social.

Me importa mucho hacer la consideración de que el desarrollo emocional y psicoafectivo está abierto al mundo entorno, al mundo de las relaciones interpersonales; no es una consecuencia ciega y directa que esté determinada por la pura biología. Esto significa que los modelos de exposición social a los que esté expuesto el niño o la niña a lo largo de su

¹⁰² POLAINO LORENTE, Aquilino. Intervención en el senado Español de fecha 20 de Junio de 2005. Con relación al proyecto de ley por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en particular, sobre los efectos que tiene en el desarrollo de los menores la convivencia con parejas homosexuales, [En Línea]. [Última Consulta: 25 marzo de 2016]. <http://familiaqueesyqueno.es/Colaboraciones/INDICE/HOMOSEXUALIDAD-prostituci%C3%B3n/SOBRE%20HOMOSEXUALIDAD%20INTERVENCION%20DE%20AQUILINO%20POLAINO%20EN%20EL%20SENADO.doc>

desarrollo psicoemotivo van a determinar en algunos casos y a condicionar en todos los casos el desarrollo emocional de la persona. Ese desarrollo emotivo es tanto más denso, más profundo, más radical, más intenso, tiene más carga personalizante en la medida en que estamos en los primeros estadios del desarrollo. Por tanto, en lo que acontece en los ocho o nueve primeros años de la vida va marcando y configurando lo que será después nuestro talante afectivo. Para ese desarrollo psicoemocional es preciso - hoy se reconoce así- la comparecencia de hombre y mujer como figuras de padre y madre respectivamente. Es decir, que aquel primer hecho diferencial que arrancaba y hundía sus raíces en la carga genética después se amplifica y consolida con más grado de libertad en esa expansión de la emergencia de la afectividad en relación con los contactos, con las interacciones, con la exposición a esos modelos”¹⁰³

Continuo explicando el Dr. Polaino el desarrollo del comportamiento en un niño, de sus diferentes etapas, las cuales son tres: 1) la de espectador, 2) la de imitador y finalmente 3) de actor de su propio comportamiento, explicó además el perfil psicopatológico de las personas con conducta homosexual, señalando que los datos que iba a proporcionar procedían de muchas otras investigaciones de numerosos autores y a su vez de su propia investigación fruto de su práctica clínica, mencionando que por tal motivo está completamente seguro de lo que ahí expresa. Y así fue, pues el Dr. Polaino fue citando uno a uno los autores que respaldaban sus argumentos, las explicaciones a las posibles causas sociales o factores traumáticos que condicionan a la homosexualidad, mencionando que no se debe solo a una, sino a la comorbilidad, es decir dos trastornos patológicos diversos coinciden sincrónicamente en una misma persona.

Asimismo, explicó el profesor Polaino en una entrevista que la sexualidad humana depende de distintos factores, depende de los deseos, la apetencia, la cultura, y demás, por tanto es diversa y diferente entre una persona u otra, y sobre todo depende de la libertad y acción humana, en suma, el desarrollo de la sexualidad en cada persona depende de una constelación de factores muy amplia.¹⁰⁴

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ Aquilino Polaino, 2012. [Archivo de video en línea]. [Última consulta 25 de marzo de 2017]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ZUVcUmO9RJ8>

Continúa incidiendo en esto, en la misma entrevista, mencionando que la sexualidad nada tiene que ver con el código genético, no hay prueba fehaciente que corrobore esto, a lo cual el entrevistador pregunta “¿Me está usted diciendo que el homosexual no nace, más bien se hace?”, atinadamente responde el profesor Polaino “casi, y digo casi para salvar las posibilidades futuras a las que la investigación nos conduzcan, las cuales tendremos que aceptarlas tal y como son, pero en la actualidad no se ha podido demostrar eso”, continúa argumentando que lo que si se ha demostrado es que hay factores ambientales, educativos, de interacción humana de relaciones interpersonales, las cuales graban, modelan, esculpen, configuran, aquello constitutivo de la sexualidad humana.¹⁰⁵

Las investigaciones sobre las raíces biológicas de la orientación homosexual, han seguido dos caminos claros, el primero fundamentado en la búsqueda de diferencias neuroanatómicas y neurohistológicas – estudios a nivel cerebral – entre el varón y la mujer, para después compararlo con el cerebro del varón homosexual. El segundo enfoque de corte genético el cual se basa en exámenes de carácter hereditario, es decir a nivel ADN.¹⁰⁶

El neurólogo Simon Levay por ejemplo, cuyos trabajos en 1991 demostraban que habían diferencias cerebrales entre hombres homosexuales y hombres heterosexuales, explicaba años después respecto a su estudio que es importante poner énfasis en lo que él encontró, comentaba “Yo no demostré que la homosexualidad fuera genética, ni encontré la causa genética de ser gay. Yo no probé que los gays hubieran ‘nacido así’, ese es el error más común que la gente comete al interpretar mi trabajo. Y tampoco localicé un centro gay en el cerebro.”¹⁰⁷ Además, debe tomarse en cuenta que estudios que han hallado diferencias menores en la estructura y la actividad cerebral, de homosexuales y heterosexuales, no aclaran si son innatas o fruto de factores ambientales, sociales, culturales y psicológicos, o si son causa o efecto de conductas humanas.¹⁰⁸

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ GARCÍA SARDUY, Gustavo Adolfo; CARDOSO NÚÑEZ, Oscarlyns y otros. Los enigmas de la homosexualidad. Op. cit., p. 4.

¹⁰⁷ MAYER, Lawrence S.; MCHUGH Paul R. Sexualidad y Género. The New Atlantis, N° 50, Otoño 2016, p. 10

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 4

Se ha intentado probar la base genética de la conducta homosexual para poder apelar a las cortes en busca de protección, esto sustentado en la inmutabilidad. Numerosos autores han revisado los estudios más difundidos sobre la supuesta genética homosexual, y encontraron que tales estudios – por ejemplo – *Hamer D. A linkage between DNA markers on the X chromosome and male sexual orientation (1993)* y *LeVay S. A difference in hypothalamic structure between heterosexual and homosexual men (1991)* – no solo no demuestran una base genética para la atracción homosexual, si no que ni siquiera pretenden tener evidencia científica para tal afirmación.¹⁰⁹

Se podría aquí hacer un recuento de las investigaciones más relevantes, pero entendemos sería innecesario, no obstante al lector interesado podríamos recomendar que revise a *Simón LeVay (1991)*; *Goldberg S. (1992)*; *Hamer (1993)*; *Byne W. y Parsons B. (1993)*; *McGuire T. (1995)*; *Cáceres Le Breton A. (1997)*; *Rice G., Anderson C., Risch N., Ebers G., (1999)*.¹¹⁰

Si la atracción sexual fuera genética, se podría esperar que los mellizos idénticos¹¹¹ tuvieran la misma orientación sexual, no obstante, en la realidad no se da en todos los casos, hay mellizos idénticos que no son idénticos en su orientación sexual. Por tanto el desarrollo de la identidad homosexual se desarrolla a nivel personalísimo, es decir no puede hablarse del homosexualismo genético o congénito.¹¹²

Ahora bien, como se puede apreciar, los estudios que hemos citado tienen cierto tipo de antigüedad, lo cual podría hacer que se cuestione la veracidad de lo aquí expresado, puesto que la ciencia está en constante actualización producto de las nuevas investigaciones, se podría argumentar, con total potestad, que hemos analizado información que puede estar desfasada, por tal motivo nos remitimos al informe publicado por la revista “The New Atlantis” que lleva el título de “Sexualidad y

¹⁰⁹ GARCÍA SARDUY, Gustavo Adolfo; CARDOSO NÚÑEZ, Oscarlyns y otros. Los enigmas de la homosexualidad. Op. cit., p. 6.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 6

¹¹¹ Los mellizos idénticos son producto de un solo embrión, que se divide en dos. Cada embrión es monocigótico, genéticamente idéntico. Pueden tener el mismo saco gestacional y placenta, o uno cada uno. [En línea]. [Última consulta: 12 de enero de 2017]. Disponible en <http://www.ifer.com.ar/mellizos.php>

¹¹² GARCÍA SARDUY, Gustavo Adolfo; CARDOSO NÚÑEZ, Oscarlyns y otros. Los enigmas de la homosexualidad. Op. cit., p. 3, 6.

género”¹¹³, en esta, como se indica en su prefacio, llevada a cabo por el Dr. Lawrence S. Mayer y el Dr. Paul R. McHugh, profesionales de la salud mental, se ha hecho análisis de un sinnúmero de estudios sobre la materia, se constituye como un meta análisis, es decir la revisión, contrastación y análisis de diferentes estudios, véase, tal informe es una revisión de la literatura científica a la actualidad, es decir explica lo que la ciencia ha dicho hasta ahora, otoño del 2016, como el informe menciona, pretende poner fin a algunas falsas afirmaciones acerca de lo que supuestamente se conoce sobre el tema. Asimismo señala el informe que presenta una explicación minuciosa, resumida y actualizada de los resultados de investigaciones en el ámbito de las ciencias biológicas, psicológicas y sociales acerca de la orientación sexual y la llamada identidad de género.¹¹⁴

Así pues, en este informe se determina que las pruebas científicas no respaldan la tesis de que la orientación sexual sea una propiedad o condición innata del ser humano, en referencia a la idea de que los homosexuales “nacieron así - *born that way*”.¹¹⁵ “Las interpretaciones populares de los hallazgos científicos presuponen a menudo una causalidad determinista, cuando en realidad dichos hallazgos no justifican esa presunción.”¹¹⁶ Aunque, de hecho, si existen libros de autores que reivindican el carácter innato de la conducta homosexual, Leonard Sax, es uno de estos casos, psicólogo y escritor científico, quien respondía a la pregunta de una madre angustiada respecto al comportamiento homosexual de su hijo:

“Biológicamente, la diferencia entre un gay y un heterosexual es semejante a la diferencia entre un zurdo y un diestro. Ser zurdo no es una mera fase. Un zurdo no se convertirá un buen día en diestro por arte de magia. Algunos niños están destinados a ser zurdos cuando nacen y otros están destinados a ser gais”.¹¹⁷

Sin embargo, como sosteníamos, hay pocas pruebas científicas que corroboren tal afirmación.

¹¹³ MAYER, Lawrence S.; MCHUGH Paul R. Sexualidad y Género. The New Atlantis, N° 50, Otoño 2016

¹¹⁴ *Ibíd.*, p.6.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p.6

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 6

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 10

El concepto de orientación sexual es ambiguo en comparación con otros rasgos psicológicos, este hace referencia al menos a uno de estos tres aspectos: atracción, conducta o identidad, no obstante, también puede hacer referencia a otros aspectos como, deseos, anhelos, afanes, necesidades percibidas de ciertas formas de compañía, etc. Los deseos, anhelos y atracciones sexuales, no revelan una característica innata y determinada de nuestra construcción biológica y psicológica.¹¹⁸

Dentro de las principales conclusiones del informe en mención esta que “la literatura en ese campo describe efectivamente un pequeño conjunto de diferencias biológicas entre no heterosexuales y heterosexuales, pero estas no bastan para predecir la orientación sexual, que sería la prueba de fuego para cualquier hallazgo científico”¹¹⁹.

2.3. TRATO JURÍDICO DE LA HOMOSEXUALIDAD EN LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Para estos efectos, se tomara a la orientación sexual como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”¹²⁰, definición que es expresada en Los Principios de Yogyakarta.¹²¹

Asimismo, se considerara a la identidad de género, como aquella que “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”¹²², concepto también aportado por Los Principios de Yogyakarta.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 44

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 111

¹²⁰ Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género, 2007, pág. 6, nota al pie 1.

¹²¹ Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, la cual fue elaborada por la Comisión Internacional de Juristas en el año 2007.

¹²² Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género, 2007, pág. 6, nota al pie 2.

2.3.1. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Una de las primeras iniciativas formales en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a favor de los derechos del colectivo LGBT fue La Declaración A/63/635 Sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, del 18 de diciembre del 2008, esta fue de iniciativa francesa, respaldada por la Unión Europea, presentada ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, esta declaración condena la violencia, el acoso, la discriminación, la exclusión, la estigmatización, el prejuicio y demás tratos injustos basados en la orientación sexual y la identidad de género, esta fue posterior a la resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) emitida por Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, los que de la misma manera, tomaban nota con preocupación de la los actos de violencia y discriminación que sufrían las personas por su orientación sexual e identidad de género.

Los organismos de La ONU en posteriores oportunidades se han pronunciado respecto a lo que denominan “orientación sexual e identidad de género”, dentro de los documentos formales está la Resolución Aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, del 14 de julio del 2011, A/HRC/RES/17/19, en esta resolución el Consejo de DDHH expresa su preocupación por los actos de violencia y discriminación que se cometen en todas las regiones del mundo contra personas debido a su orientación sexual e identidad de género, asimismo pidió al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que se encargue de la realización de un estudio a fin de documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, en todas las partes del mundo, y la forma en que la normativa internacional puede ayudar a mejorar esta situación, poniendo fin a los tratos injustos en contra del colectivo LGBT.

Consecuentemente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), emitió el informe solicitado, el 17 de noviembre del 2011, A/HRC/19/41, así, evidenció que las vulneraciones a las que se refiere, consisten, entre otras, en asesinatos, violaciones, agresiones físicas, torturas, detenciones arbitrarias, denegaciones a derechos de reunión, expresión e información y discriminación en el empleo, la salud y la educación.¹²³

¹²³ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011, párr. 1.

Expresa que “en caso de conflicto entre las actitudes culturales y los derechos humanos universales, deben primar estos. Juntos, tratamos de lograr la derogación de las leyes que tipifican como delito la homosexualidad, que permiten la discriminación por razón de la orientación sexual o la identidad de género, que alientan a la violencia”¹²⁴.

Conforme a este informe, son obligaciones de los Estados de acuerdo a las normas internacionales de Derechos Humanos:

Dar protección del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, independientemente de la orientación sexual o la identidad de género, en virtud del artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

"todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona", en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se afirma que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".¹²⁵

El prevenir la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, conforme al artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos disponen que "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".¹²⁶

Garantizar la protección del derecho a la intimidad y contra la detención arbitraria, el derecho a la intimidad está consagrado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este dispone que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia. “Desde el caso *Toonen*, en 1994, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que las leyes utilizadas para penalizar las relaciones homosexuales íntimas y consentidas entre adultos vulneran los derechos a la intimidad y a la no discriminación”¹²⁷. Se rechaza el argumento de que la penalización puede ser justificada como razonable por motivos de salud o moral

¹²⁴ *Ibíd.*, párr. 2.

¹²⁵ *Ibíd.*, párr. 9.

¹²⁶ *Ibíd.*, párr. 11, 12.

¹²⁷ *Ibíd.*, párr. 14.

públicas, pues el uso del derecho penal en esas circunstancias no es necesario ni proporcionado.¹²⁸

Protección de las personas de la discriminación, este se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 2 y en Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también en el artículo 2. Y la protección del derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión de forma no discriminatoria, el cual figura en la Declaración Universal de Derechos Humanos en los artículos 19 y 20, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los artículos 19, 21 y 22.¹²⁹

Se registró violencia tanto física – sea esta palizas, secuestros o violaciones sexuales en caso de lesbianas o hasta asesinatos – como psicológica – sea esta amenazas, coacciones o privaciones arbitrarias de la libertad – sufridas por las personas a las que se considera lesbiana, gay, bisexual o transexual, en las calles y en otros lugares públicos, a su vez, pueden ser objeto de abusos con mayor organización, es decir por parte de grupos religiosos, grupos paramilitares, neonazis, nacionalistas extremistas y demás. Según la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), los delitos y los incidentes homofóbicos se suelen caracterizar por un alto grado de crueldad y brutalidad y comprenden palizas, torturas, mutilaciones, castraciones y agresiones sexuales, en muchas regiones se reciben denuncias de violaciones, embarazos forzados y otros tipos de castigos contra lesbianas por su orientación sexual.¹³⁰

Para el año 2011, según el informe del ACNUDH, se registró a un total de 76 países que utilizaban su legislación para criminalizar a las personas por su orientación sexual e identidad de género, están incluidas las denominadas “leyes de sodomía”, con esto se trata de prohibir o persuadir la actividad sexual entre personas del mismo sexo, se usa expresiones como “delitos contra la naturaleza”, “contra la moralidad” o “libertinaje”. Las sanciones que estipulan son diversas, van desde la pena privativa de la libertad breve, hasta la cadena perpetua o incluso la pena de muerte. A criterio de ONU, la penalización de la práctica homosexual íntima, constituye una conculcación de los derechos humanos, puesto que en el *caso Toonen vs Australia*, el Comité de Derechos Humanos afirmó que las relaciones sexuales consentidas e íntimas entre adultos, están

¹²⁸ *Ibíd.*, párr. 14

¹²⁹ *Ibíd.*, párr. 15, 18.

¹³⁰ *Ibíd.*, párr. 21, 22, 29.

comprendidas en el concepto de "vida privada" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ahora bien estas leyes – las que criminalizan el acto homosexual – se apliquen o no, no es relevante, para el comité el solo hecho de su existencia, constituye una injerencia en la vida privada y por tanto un atropello a sus derechos.¹³¹

Dentro de las prácticas discriminatorias que evidenció el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, están la discriminación en el empleo; discriminación en la atención de salud; discriminación en la educación; restricciones a la libertad de expresión, asociación y reunión; prácticas discriminatorias en la familia y la comunidad; denegación del reconocimiento de relaciones y del acceso conexo a las prestaciones del estado, además de la falta de reconocimiento de género.¹³²

Con estas primigenias resoluciones, tanto el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, han expresado su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación por razón de la orientación sexual o identidad de género, en consecuencia el Alto Comisionado recomienda a los estados miembros, se adopten medidas para prevenir estos abusos, se vele por los derechos de estas personas, deroguen las leyes que criminalizan tal actuar e implementen otras políticas relacionadas.¹³³

A partir de estas resoluciones los distintos órganos de la ONU empezaron a emitir diversas resoluciones, informes, materiales de información pública y demás documentos oficiales en el mismo sentido, proteger a las personas por su orientación sexual e identidad de género de las violaciones y tratos discriminatorios que se les pueda perpetrar. Se emitió el reciente Informe del ACNUDH A/HRC/29/23, de fecha 04 de mayo de 2015, el cual es la respuesta al pedido del Consejo de Derechos Humanos, de actualizar la información contenida en el informe A/HRC/19/41, del 17 de noviembre de 2011, sobre Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, el cual hemos analizado líneas antes. Este informe menciona que se han dado avances en cuanto al trato de las personas por su orientación sexual e identidad de género, es decir aún hay violencia, se

¹³¹ *Ibíd.*, párr. 40, 41.

¹³² *Ibíd.*, párr. 40-73.

¹³³ *Ibíd.*, párr. 26, 27.

han cometido actos de discriminación en perjuicio de las personas homosexuales y transexuales, actos que son condenables, empero estas cifras han disminuido.

Ahora bien, y sin embargo, hay un pronunciamiento del ACNUDH que importa en crucial medida a nuestra investigación, pues una vez que en sus informes se detalla todos los actos discriminatorios por motivos de orientación sexual – centrémonos solo en orientación sexual pues esto refiere a la homosexualidad, al tema que nos incumbe – una vez hecho esto, el ACNUDH, deja firme constancia respecto al MATRIMONIO que no es obligación de los Estados miembros, en virtud del derecho internacional y de los derechos humanos, instaurar EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL, y lo hace de la siguiente manera.

En su primer informe de fecha 17 de noviembre de 2011, expresa en su párrafo número 68 **“El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que los Estados no tienen la obligación, en virtud del derecho internacional, de permitir el matrimonio homosexual”**¹³⁴, esto derivado de *Joslin v. New Zealand* (CCPR/C/75/D/902/1999), 10 IHRR 40 (2003), y también fundamentado en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Y en su último informe de fecha 4 de mayo de 2015, expresa en su párrafo número 67 **“Si bien el derecho internacional no obliga a los Estados a reconocer el matrimonio homosexual, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha exhortado a los Estados a posibilitar el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo”**¹³⁵

Por tanto el ACNUDH, de esta manera reconoce que no se puede exigir a los Estados miembros, el instaurar el matrimonio homosexual, pues se entiende que no se estaría vulnerando ningún derecho fundamental, de lo contrario compelería a su cumplimiento y exigiría que se instaure este, no obstante si se debería velar por algún tipo de reconocimiento que conceda prestaciones a las parejas homosexuales, como uniones civiles y demás, pues a criterio de este órgano de la ONU la falta de estas puede coadyuvar a que las parejas homosexuales sean discriminadas por entidades del sector

¹³⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011, párr. 69

¹³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/29/23. 04 de mayo de 2015, párr. 67.

privado, sea esta en el ámbito de prestación de servicios de la salud o en las compañías de seguros.¹³⁶

2.3.2. PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

Otro de los pronunciamientos internacionales importantes, fue el efectuado por la Comisión Internacional de Juristas, (CIJ) y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, de “Los principios de Yogyakarta”, en este desarrollaron una serie de principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos, esto a efectos de brindar mayor claridad y coherencia a las obligaciones estatales en referencia especial a la orientación sexual e identidad de género, este fue culminado en marzo del año 2007, es decir fue emitido antes de los informes expedidos por los organismos de la ONU, los cuales hemos mencionado antes, por tanto se constituyó como instrumento jurídico pionero en materia de Derechos Humanos a favor del colectivo LGBT, este instrumento no tiene la calidad de vinculante, no obstante tiene cierto tipo de relevancia y puede ser tomado de consulta. La Comisión Internacional de Juristas, es una organización no gubernamental, dedicada a promover la comprensión y observancia del imperio del Derecho.

Definen a la orientación sexual como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”¹³⁷, definición ya aportada.

Si bien el trabajo de esta organización – Comisión Internacional de Juristas – está direccionado a establecer los principios básicos en materia de Derechos Humanos sobre la orientación sexual e identidad de género, es un órgano diferente al órgano de mayor relevancia en materia de Derechos Humanos, es decir La ONU, estos actúan en cooperación, no obstante como argumentaremos en los siguientes párrafos, emiten pronunciamientos diferentes.

La ONU puede tomar en cuenta el pronunciamiento de la CIJ, y en efecto lo que la CIJ hizo con los “principios Yogyakarta” es dar una recomendación a los demás

¹³⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011, párr. 69.

¹³⁷ Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género, 2007, p. 8.

organismos de Derechos Humanos, pues este goza de estatus consultivo¹³⁸ ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas.¹³⁹

Dentro de la serie de principios básicos que desarrollan, en total 29, hacen referencia al derecho al disfrute universal de los derechos humanos, el derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la vida, a la seguridad personal, a la privacidad, a un juicio justo, al trabajo, a la educación, a los diferentes tipos de libertades – como los de opinión, reunión, pensamiento, movimiento – derecho al disfrute del más alto nivel de salud, protección contra abusos médicos y demás derechos conexos.¹⁴⁰

Se hace mención, asimismo, al Derecho de formar una familia, este punto es importante para nuestro trabajo y sobre este deseamos poner nuestro análisis momentáneo. Pues al definir o describir al mencionado derecho de formar una familia, la CIJ postula en su principio número 24, lo siguiente: “Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”¹⁴¹, en el desarrollo de este principio la CIJ precisa – dentro de los puntos que consideramos relevantes – que los Estados deben “adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”¹⁴², asimismo, continua incidiendo en que los estados “garantizarán que el matrimonio y otras uniones reconocidas por la ley se

¹³⁸ “Tener “estatus consultivo” significa que una ONG ha obtenido el derecho de participar en un proceso de consulta con una organización internacional. Se distingue “consulta” de “participación”: Los estados tienen el derecho de participar (como miembros con derecho de voto o como observadores), mientras que las ONG pueden obtener el derecho a la consulta. Ser parte de un proceso de consulta permite a las ONG expresar sus opiniones sobre las cuestiones que se discuten en conferencias y reuniones, pero sin atribuirles un derecho de voto, ni una importancia tal como la tienen los estados observadores o las instituciones especializadas de las Naciones Unidas. Eso puede, por ejemplo, resultar en que el tiempo para declaraciones por oral de las ONG sea más corto, o el espacio para declaraciones por escrito de las ONG sea más limitado de lo que es para los Estados o las organizaciones internacionales. Sin embargo, el “estatus consultivo” permite a las ONG presentar sus argumentos en una reunión. Diferentes organizaciones internacionales tienen diferentes arreglos para estatus consultivo.” Disponible en: http://www.mandint.org/es/faq/themes_id=203

¹³⁹ Memorial en derecho *amicus curiae* presentado por la comisión internacional de juristas ante la corte constitucional de la república de Colombia sobre la ley 975 de 2005, llamada ley de justicia y paz. p. 1, 2.

¹⁴⁰ Principios de Yogyakarta, op. cit. p. 5.

¹⁴¹ *Ibíd.* p. 29.

¹⁴² *Ibíd.* P. 29

contraigan únicamente mediante el libre y pleno consentimiento de ambas personas que conformarán el matrimonio o la unión”¹⁴³.

Es decir a criterio de la CIJ, es una obligación de cada Estado implementar o instaurar dentro de su regulación nacional, el matrimonio homosexual, la adopción por parte de parejas homosexuales y en su caso la reproducción asistida.¹⁴⁴ Recomienda a los organismos de la ONU, adhiera los principios que delimita y promueva su implementación a nivel mundial.¹⁴⁵

Como se puede evidenciar, este pronunciamiento es incompatible con lo expresado por la ONU, pues en el primer informe emitido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) – el cual ya habíamos mencionado y que es posterior a los principios de Yogyakarta – al hacer el desarrollo de los derechos vulnerados por razón de la orientación sexual e identidad de género, expresa de manera clara en el párrafo número 68, que: “El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que los Estados no tienen la obligación, en virtud del derecho internacional, de permitir el matrimonio homosexual”¹⁴⁶

La CIJ hizo la recomendación de manera directa al ACNUDH, en la página 35, ítem a – también a los demás organismos de la ONU y a otros organismos internacionales, en los demás ítems – de adherir y promover a nivel mundial la implementación de los principios de Yogyakarta, en el 2007. Sin embargo El ACNUDH, respecto a lo expresado sobre matrimonio homosexual en los Principios de Yogyakarta, en su informe del 2011 y el 2015, no incluyó como una violación a los derechos humanos el hecho de no instaurar el mencionado matrimonio homosexual por parte de los Estados. Respecto a las demás vulneraciones el informe del ACNUDH es concordante con los

¹⁴³ *Ibíd.* p. 30.

¹⁴⁴ Se conoce como reproducción asistida a los conocimientos y las técnicas que permiten reemplazar o facilitar los diferentes procesos naturales que tienen lugar en la reproducción de los seres humanos o animales. La reproducción natural se desarrolla a partir de una relación sexual entre un hombre y una mujer. Cuando el hombre eyacula en la vagina de la mujer y un espermatozoide consigue fecundar un óvulo, la mujer queda embarazada y, nueve meses más tarde, dará a luz a su hijo. Existen diversos trastornos que pueden dificultar o impedir la reproducción natural. Para superar estas trabas, la ciencia ha desarrollado diferentes técnicas que forman parte de lo que conocemos como reproducción asistida. La inseminación artificial y la fecundación in vitro son ejemplos de técnicas de reproducción asistida.

Disponible en: <http://definicion.de/reproduccion-asistida/>

¹⁴⁵ Principios de Yogyakarta, *op. cit.* p 35.

¹⁴⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011, párr. 68.

principios de Yogyakarta. Es decir la CIJ, hizo la recomendación y el ACNUDH no la tomo en cuenta, pues discordaba de esto.

Por tanto, a nivel internacional y desde los derechos humanos, no puede ser considerado un derecho el “matrimonio homosexual”, en consecuencia, como expresa el ACNUDH, no es exigible y no constituye obligación de los estados miembros el incorporarlo o regularlo.

En el voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi en el caso *Duque vs. Colombia* de la Corte IDH, en referencia a la invocación de los Principios de Yogyakarta en la sentencia, menciona el magistrado en mención que estos fueron adoptados por un grupo conformado por 29 personas naturales, “de modo que a lo más, tal documento podría ser considerado bien como una, no la única ni la más relevante, de las expresiones de la doctrina bien como una pretensión, proposición o sugerencia y, por tanto, no como norma de Derecho Internacional y ni siquiera como interpretativa de la Convención Americana de Derechos Humanos”¹⁴⁷ pues en la sentencia del caso *Duque vs Colombia* se hizo referencia a Principios de Yogyakarta, interpretándolos con cierta autoridad conforme a la Convención Americana.

2.3.3. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

En la Organización de los Estados Americanos (OEA), el 03 de junio del 2008, la Asamblea General aprobó la Resolución N° 2435 (XXXVIII-O/08), bajo la denominación de “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, esto motivado por la preocupación del aumento de violencia contra personas a causa de su orientación sexual o identidad de género. A fin de incentivar su lucha interna en cada Estado, la OEA incluyó tal temática en la agenda de sus órganos importantes, como lo son la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y el propio Consejo Permanente.

Desde entonces, la Asamblea General ha ido aprobando año tras año sendas de resoluciones con relación al tema derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, tal es el caso de la Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), en la que se solicita a los estados que adopten medidas para responsabilizar internamente a aquellos que perpetren actos de violencia contra otras personas por razón de su orientación

¹⁴⁷ Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. CASO DUQUE VS. COLOMBIA. Sentencia de 26 de enero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 310, p. 8.

sexual o identidad de género.¹⁴⁸ A esta otra le siguió la Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10), consecuentemente, la Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Resolución AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Resolución AG/RES.2807 XLIII-0/13), Resolución AG/RES. 2863 (XLIV-O/14) y la última La Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), las primeras bajo el nombre de “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género” y las ultimas, desde el 2012 “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género y Expresión de Género”.¹⁴⁹ En todas estas, el fin es el mismo, condenar los actos de violencia y todas las formas de discriminación a causa de la orientación e identidad de género o expresión de género, instando a los estados a que se tomen las medidas necesarias para asegurar la protección efectiva de los derechos vulnerados.

El reciente informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH), del 12 de noviembre del 2015, se titula “Violencia Contra personas LBGTI”, en este la Comisión establece una novedad, pues incluye a la persona considerada “intersex” comenta que se utiliza las siglas LGBTI cuando se refiere a las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e “intersex”, y se utiliza las siglas LGBT, sin la letra “I” al final, cuando se hace referencia únicamente a la violencia experimentada por lesbianas, gay, bisexuales y personas trans.¹⁵⁰ Explica la Comisión IDH, que:

“La violencia contra personas LGBT se basa en la percepción de las orientaciones sexuales e identidades de género que transgreden las normas socialmente aceptadas del género. Las formas comunes de violencia contra las personas LGBT incluyen, pero no se limitan a las agresiones físicas o sexuales y la violencia y acoso policial basados en la orientación sexual o identidad de género. Por otra parte, la violencia contra las personas intersex se deriva de la falta de reconocimiento y aceptación hacia las personas cuyos cuerpos difieren del estándar corporal masculino y femenino, y frecuentemente consiste en tratamiento o cirugías médicas innecesarias

¹⁴⁸ FIGUEIREDO TEREZO, Cristina. Derechos Humanos y Diversidad Sexual en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, en: RED DE DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN SUPERIOR (comp.). Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. 2014, p. 379, 380.

¹⁴⁹ Organización de los Estados Americanos. [En Línea]. [Última Consulta: 01 diciembre 2016]. Resoluciones Disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/enlaces/>

¹⁵⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia contra personas LGBTI. Doc. 36 del 12 de noviembre del 2015, p. 24, nota al pie 2.

realizadas en ausencia del consentimiento informado de las personas intersex.”¹⁵¹

Algunas organizaciones de la sociedad civil critican la utilización del acrónimo “LGBTI”, ya que agrupa a un colectivo de personas que pueden enfrentar violaciones de derechos humanos significativamente diferentes. Esto es evidente en el caso de las personas intersexuales, siendo que las violaciones a derechos humanos que enfrentan las personas intersexuales no están representadas en los términos de orientación sexual o identidad de género, por estos motivos algunos defensores y activistas por los derechos humanos de las personas intersexuales, se oponen a la asociación de los intersexuales con el colectivo LGBT.¹⁵²

La Comisión IDH, aporta una definición de orientación sexual, identidad de género y expresión de género. Al definir a la orientación sexual e identidad de género, la CIDH se adhiere a los conceptos utilizados en los Principios de Yogyakarta.

Consideran por último a la expresión de género como:

“la manifestación externa del género de una persona (...), la noción de aquello que constituyen las normas masculinas o femeninas correctas ha sido fuente de abusos contra los derechos humanos de las personas que no encajan o no se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. Las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales (...), la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género. Asimismo, se ha afirmado que la expresión de género es visible y puede ser una fuente de identificación, especialmente cuando a través de características como la vestimenta, los manierismos y las modificaciones corporales, se subvierten expectativas tradicionales de expresión de género”¹⁵³,

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 24, nota al pie 2.

¹⁵² *Ibíd.*, p. 28.

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 32.

Es decir, no siguen ideas o estereotipos sociales acerca de cómo deben actuar o expresarse, el denominado “Genero Queer”¹⁵⁴.

En suma, si bien se hace referencia a un cumulo de actos de violencia y discriminación en contra del colectivo LGBTI, no hace referencia alguna a la ausencia de regulación matrimonial entre personas homosexuales como forma alguna de discriminación.

2.3.3.1. CORTE INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS

La Corte IDH, emitió tres sentencias, que se han pronunciado sobre asuntos referentes al tema de la homosexualidad.

1. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile
2. Caso Duque vs. Colombia
3. Caso Flor Freire vs. Ecuador

CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE	
Numero de sentencia:	Serie C No. 239. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012
Partes	Víctimas: Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. Estado Demandado: Chile
Sumilla	El caso está referido a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. ¹⁵⁵

¹⁵⁴ Existen diferentes aproximaciones al término queer como categoría identitaria. Por un lado, es utilizado como “término paraguas” por la gama de orientaciones sexuales e identidades que van mucho más allá de “LGBT”. Ver por ejemplo, Eli R. Green, Eric N. Peterson, LGBTQI Terminology, LGBT Resource Center, UC Riverside, 2003- 2004. (Disponible en inglés). Asimismo, el concepto “género queer” es un término general para las personas cuya identidad de género no está incluida o trasciende el binario hombre/mujer. Ver Heartland Trans* Wellness Group, Trans and Queer/LGBTQPIA Terminology, pág. 5 (disponible sólo en inglés). Pie N° 51 CIDH, 33.

¹⁵⁵ Corte IDH. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239, párr. 3.

<p>Derechos Vulnerados</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Artículo 1.1 (Obligación de respetar los derechos) ▪ Artículo 8 (Garantías Judiciales) ▪ Artículo 11 (Protección de la honra y de la dignidad) ▪ Artículo 17.1 y 17.4 (Protección a la familia) ▪ Artículo 19 (Derechos del niño) ▪ Artículo 24 (Igualdad ante la ley) ▪ Artículo 25.1 y 25.2 (Protección judicial)
<p>Hechos</p>	<p>En el año 2002, Karen Atala Riffo, decide finalizar el matrimonio que había contraído con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres menores hijas, M., V. y R., establecieron de mutuo acuerdo que la Sra. Karen Atala mantendría la tuición y el cuidado de las tres menores. En noviembre del 2002, la Sra. Emma de Ramon, empieza a convivir en la misma casa con Karen Atala, pues era su pareja Sentimental. Esto motivo a que el padre de las menores interpusiera una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarica, este juzgado rechazo la demanda en octubre del 2003. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva.</p>
<p>Fallo de la Sentencia</p>	<p>Por unanimidad. En relación al artículo 1.1 y 19 de la CADH:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrada en el artículo 24 de la CADH, en perjuicio de Karen Atala Riffo y las niñas M., V. y R. ▪ Responsable de la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2, en perjuicio de Karen Atala. ▪ Responsable por la violación de la garantía de imparcialidad y el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en perjuicio de Karen Atala y las niñas

	<p>M., V. y R.</p> <p>Por tres votos a favor y tres en contra, se declara que:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ El Estado es responsable de la violación de los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH, en perjuicio de Karen Atala y las niñas M., V. y R.
Obligación del Estado	<p>Dispone que el estado debe: Brindar atención psicológica, medica o psiquiátrica a las víctimas, si así lo solicitaran; debe realizar publicaciones de la sentencia; realizar un acto de reconocimiento público de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; implementar programas o cursos de capacitación para los funcionarios públicos y funcionarios judiciales y pagar la indemnización señalada.</p>

CASO DUQUE VS. COLOMBIA	
Numero de sentencia:	<p>Serie C No. 310.</p> <p>Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.</p> <p>Sentencia de 26 de Febrero de 2016.</p>
Partes	<p>Víctimas: Ángel Alberto Duque</p> <p>Estado Demandado: República de Colombia</p>
Sumilla	<p>El caso se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional de Colombia por la alegada exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una “pensión de sobrevivencia” tras la muerte de su pareja, supuestamente con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo.¹⁵⁶</p>
Derechos Vulnerados	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 5.1 (Derecho a la integridad personal) ▪ 8.1 y 25 (Derechos a las garantías judiciales) ▪ 24 (Principio de igualdad y no discriminación)

¹⁵⁶ Corte IDH. CASO DUQUE VS. COLOMBIA. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 310, párr. 1.

<p>Hechos</p>	<p>El 4 de agosto de 1997 el señor Duque ingresó al Programa ETS-VIH/SIDA diagnosticado con infección por VIH C3, comenzó su tratamiento antirretroviral. El señor Ángel Alberto Duque y el señor J.O.J.G convivieron como pareja hasta el 15 de septiembre de 2001, fecha en la que falleció este último, a consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). El señor J.O.J.G estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS S.A.), ante la muerte del señor J.O.J.G, el señor Ángel Alberto Duque, solicitó mediante un escrito que se le indicaran los requisitos que debía gestionar para obtener la pensión de sobrevivencia de su compañero, COLOFONDOS respondió al pedido del señor Duque indicándole que él no ostenta la calidad de beneficiario de conformidad con la ley aplicable para acceder a la pensión de sobrevivencia, pues la ley no contempla la unión entre dos hombres. El señor Duque interpuso un recurso de tutela, como mecanismo transitorio, El juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá denegó la tutela promovida en junio del 2002. El señor Duque impugno esta resolución, y fue confirmada en su integridad por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá en julio del 2002. . El 26 de agosto de 2002 el expediente de tutela fue radicado en la Corte Constitucional, pero no fue seleccionado para su estudio y revisión. Es preciso comentar que con posterioridad al año 2008 la Corte Constitucional de Colombia determinó que las parejas permanentes, del mismo sexo que acrediten dicha calidad, tienen derecho de pensión de sobrevivientes.</p>
<p>Fallo de la Sentencia</p>	<p>Por cuatro votos a favor y dos en contra, se declara que:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 24 de la CADH ▪ El estado no es responsable: por la violación al deber

	de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2 de la CADH; no es responsable por la violación a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, no es responsable por la violación a los derechos a la vida y a la integridad personal reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH.
Obligación del Estado	Dispone que el Estado debe: Realizar publicaciones de la sentencia; garantizar al señor Duque el trámite prioritario de su eventual solicitud a una pensión de sobrevivencia; pagar la indemnización señalada y reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del caso.

CASO FLOR FREIRE VS. ECUADOR	
Numero de sentencia:	Serie C No. 315. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016.
Partes	Víctimas: Homero Flor Freire Estado Demandado: República de Ecuador
Sumilla	El presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado como consecuencia de las decisiones que dieron lugar a la separación del señor Homero Flor Freire como funcionario militar de la Fuerza Terrestre ecuatoriana, con base en el entonces vigente Reglamento de Disciplina Militar, específicamente, la norma que sancionaba con la separación del servicio los actos sexuales entre personas del mismo sexo, ejecutados dentro de las instalaciones del fuerte militar. La Comisión encontró que el reglamento entonces vigente contemplaba una sanción menos lesiva para los “actos sexuales ilegítimos”, entendiéndose por esto actos heterosexuales,

	<p>en comparación con los “actos de homosexualidad”, por lo que alegó que dicha diferencia de trato era discriminatoria.¹⁵⁷</p>
<p>Derechos Vulnerados</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 24 (Principio de igualdad y no discriminación) ▪ 8.1 (Garantías Judiciales) ▪ 25.1 (Protección Judicial)
<p>Hechos</p>	<p>Los sucesos acontecieron el 19 de noviembre de 2000, en las instalaciones del Fuerte Militar Amazonas, pues varios funcionarios militares afirmaron que habrían visto al Teniente Homero Flor Freire y a un soldado teniendo relaciones homosexuales, en la habitación del Teniente en este Fuerte Militar. No obstante hay otra versión la cual es aportada por el Teniente Flor Freire, este niega totalmente los hechos que se le atribuyen.</p> <p>Se encontraba vigente el Reglamento de Disciplina Militar de 1998, el que sancionaba los “actos sexuales ilegítimos” en el interior de repartos militares, de manera menos severa que los “actos de homosexualidad”, para este ultimo la sanción era la baja y para el primero solo arresto de rigor o la suspensión de las funciones por un máximo de treinta días.</p> <p>El Comandante de la Cuarta Zona Militar, en su carácter de Juez de Derecho ordeno se le pusiera a disponibilidad al señor Flore Freyre, previo a su baja del servicio activo de la Fuerza Terrestre, esta resolución fue apelada y posteriormente el recurso fue declarado improcedente por el Comando General de la Fuerza Terrestre. Esta resolución también fue apelada, no obstante en instancia superior se confirmó la anterior.</p>
<p>Fallo de la Sentencia</p>	<p>Por unanimidad se declara que:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Estado es responsable: por la violación del derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación reconocidos en el artículo 24; responsable por la violación del derecho a la honra y a

¹⁵⁷ Corte IDH. CASO FLOR FREIRE VS. ECUADOR. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 315, párr. 1.

	<p>la dignidad, reconocido en el artículo 11.1 y responsable por la violación de la garantía de imparcialidad reconocida en el artículo 8.1 de la CADH.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ El estado no es responsable: por la violación del principio de legalidad, reconocido en el artículo 9, no es responsable por la violación de la garantía del deber de motivación reconocido en el artículo 8.1, no es responsable de la violación del derecho a un recurso efectivo reconocido en el artículo 25.1 de la CADH.
<p>Obligación del Estado</p>	<p>Dispone que el estado debe: Otorgar al señor Flor Freire el grado que corresponda a sus compañeros de promoción y colocarlo en la situación de un militar en situación de retiro o servicio pasivo que se hubiese retirado voluntariamente y concederle los beneficios que corresponda; reconocer y pagar a favor del señor Flor Freyre las cargas prestacionales de seguridad social, como si se hubiese retirado voluntariamente de la institución; eliminar la referencia al proceso declarado violatorio de derechos, de su hoja de vida; realizar publicaciones de la sentencia; poner en práctica capacitaciones a los miembros de las Fuerzas Armadas para evitar discriminaciones por orientación sexual; pagar la indemnización señalada y reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso.</p>

2.3.3.1.1. APORTES DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO A LA HOMOSEXUALIDAD

Al hacer el análisis del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, la Corte entiende que no hay un concepto de discriminación en la Convención Americana de Derechos Humanos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por tal motivo, toma como

base las definiciones contenidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, concepto que es aportado además por el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En consecuencia la discriminación se define como:

“Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”¹⁵⁸

Ahora bien, para fundamentar el amparo de los Derechos Humanos con el que cuentan las personas de condición homosexual, La Corte IDH, considera que la orientación sexual estaría presente en el art. 1.1 de la CADH, bajo la denominación de “otra condición social”¹⁵⁹:

Artículo 1.1 de la Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) dispone que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social.**

Por tanto todo trato diferenciado atribuido a la orientación sexual, se constituye como acto incompatible con la CADH, en cuyo caso el Estado debe probar que tal diferencia

¹⁵⁸ Corte IDH. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239, párr. 81.

¹⁵⁹ FIGUEIREDO TEREZO, Cristina. Derechos Humanos y Diversidad Sexual en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Op. cit., p, 391.

de trato es razonable, objetiva y proporcional, de no haber justificación por parte del Estado, convierte su acto en sospechoso de discriminación.

Para reforzar el argumento anteriormente indicado, la corte hace alusión a lo hecho por el tribunal Europeo de Derechos Humanos, este Tribunal indicó que la orientación sexual es y se entiende como “otra condición”, expresión que se encuentra mencionada en el art. 14¹⁶⁰ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual prohíbe tratos discriminatorios. En el *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal* y en el *Caso Clift Vs. Reino Unido*, el Tribunal europeo, ha reiterado este argumento, que la orientación sexual es considerada como una de las categorías que puede ser incluida bajo la denominación “otra condición”. Además indicó que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo, es meramente ilustrativo, por tanto no se constituye exhaustivo.¹⁶¹

Es así, que se aplicó el criterio de interpretación evolutiva, el cual emana del artículo 29¹⁶² de la CADH, pues según la Corte, los criterios establecidos en el art. 1.1 de la CADH, criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, no son un listado taxativo y limitativo, más bien este es uno enunciativo, siendo que la redacción de dicho artículo, deja abierto criterios con la inclusión del término “cualquier otra condición social”, para así amparar categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas, en consecuencia, la expresión “cualquier otra condición social”, debe ser interpretada en el sentido más favorable a la persona humana y en el

¹⁶⁰ Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”

¹⁶¹ Corte IDH. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239, párr. 87.

¹⁶² Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 29. Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

sentido de la evolución de los Derechos Humanos, por tanto se considera a la CADH un instrumento vivo.¹⁶³

En el marco del sistema universal de protección de derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado a la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1¹⁶⁴ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2¹⁶⁵ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El comité de Derechos Humanos en el *Caso Toonen Vs. Australia* indicó que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas.¹⁶⁶ Este criterio es diferente al usado por la Corte IDH y el Tribunal Europeo, puesto que estos, consideran que la orientación sexual se encuentra dentro de lo que se denomina “cualquier otra condición social” o “cualquier otra condición”, y el Comité de Derechos Humanos, pese a que en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también se encuentra la expresión “cualquier otra condición social”, no considera que la orientación sexual este dentro de esta, puesto que este Comité considera que la orientación sexual está dentro la denominación “sexo”. Al parecer, la interpretación respecto de donde se encuentra comprendida y protegida la “orientación sexual” no es universal, no obstante aunque debería serlo, el fin es el mismo, proteger la no discriminación en relación a la orientación sexual.

Ahora bien, es importante poner nuestra atención sobre el punto número 4 de la parte resolutive de la sentencia, pues en esta parte la Corte declara, por tres votos a favor y tres en contra, se dio un empate en votos¹⁶⁷, que el Estado es responsable de la

¹⁶³ Corte IDH. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239, párr. 85.

¹⁶⁴ Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁶⁵ Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁶⁶ Corte IDH. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239, párr. 88.

¹⁶⁷ Según el artículo 23, inciso 3 del estatuto de la Corte IDH: En caso de empate, el voto del Presidente decidirá

violación de los artículos 11.2¹⁶⁸ y 17.1¹⁶⁹, en relación al artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala y las menores, es pues sobre este extremo que el Juez Alberto Pérez Pérez, emite y sostiene su voto parcialmente disidente. Según el magistrado, era suficiente declarar solo la violación del artículo 11.2, y no era necesario ni prudente declarar conjuntamente a este, la violación del artículo 17.1, pues podía tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones que contempla este artículo 17.

El artículo 17 contiene una serie de disposiciones conexas entre sí, en su primer párrafo establece que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, seguido a este, en los subsecuentes párrafos, se establecen otras disposiciones, los cuales se pueden interpretar en el sentido de que la familia se basa en el matrimonio y la convivencia heterosexual (unión de hecho), la invocación del artículo 17.1 en la sentencia bajo análisis, puede hacer que se asocie a la relación homosexual con las interpretaciones matrimoniales que contienen y se extraigan de dicho texto en su conjunto, pues no se podría hacer una interpretación sesgada de una parte del artículo de manera fraccionada, más bien este es, en su conjunto, uno solo.¹⁷⁰

La declaración de este principio relativo a la familia el cual configura el artículo 17.1, es concordante con la legislación que sobre familia y matrimonio se tiene en las constituciones latinoamericanas. Era suficiente la invocación del art 11.2, pues según el magistrado:

“El derecho a no “ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada” ni “en la de su familia”, consagrado en el artículo 11.2, es un aspecto específico y autónomo del deber general de protección, de modo que no es necesario invocar al artículo 17.1 acumulativamente con el 11.2. La determinación de que unos mismos hechos violan un deber general y un

¹⁶⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad:

Inciso 2: Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

¹⁶⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 17. Protección a la Familia:

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

¹⁷⁰ Voto parcialmente disidente del Juez Alberto Pérez Pérez. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239, párr. 1, 18.

deber específico (o los derechos correspondientes) no cambia la naturaleza ni la gravedad de la violación, y tampoco lleva a que se dispongan reparaciones distintas que si sólo se invocara la disposición que consagra el derecho o el deber específico. En cambio, la invocación del artículo 17.1 comprende a la declaración de principio mencionada y, por implicancia, podría abarcar al resto del artículo 17.¹⁷¹

Si bien es cierto que la interpretación evolutiva considera a la CADH un instrumento viviente, para que este pueda avanzar en este terreno, el del presente caso, debe haber un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes, como es el caso del reconocimiento de que la discriminación por razón de la orientación sexual está prohibida, pues este existe no solo en los Estados parte de la Convención Americana, sino también en los Estados miembros de la OEA, conforme a las resoluciones de la Asamblea General. Pues no ocurre lo mismo en relación a la evolución del concepto de familia, ya que actualmente exista una pluralidad de conceptos de familia, como se recoge en la nota 191 de la sentencia, esto no quiere decir que todos y cada uno de estos conceptos vayan a corresponder con la Convención Americana. Tampoco quiere decir que los Estados partes tengan que reconocer a todos los conceptos o modelos de familia.¹⁷² Como menciona el magistrado, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 19 precisa que: “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”¹⁷³

Además destaca el Comité que:

“cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, ‘nuclear’ y ‘extendida’, debería precisarse la existencia de esos diversos

¹⁷¹ *Ibíd.*, párr. 18.

¹⁷² *Ibíd.*, párr. 20.

¹⁷³ *Ibíd.*, párr. 21.

conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”¹⁷⁴



¹⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 22.

CAPITULO III

EL FENOMENO MATRIMONIO

3. EL FENOMENO MATRIMONIO

El fenómeno jurídico no puede ser entendido de manera aislada respecto de los fenómenos culturales y naturales, es más se puede sostener que el espectro jurídico es un reflejo de estos. Pretender estudiar al derecho, tanto en sus características, transformaciones, límites, orígenes, condicionantes, o sus implicancias éticas y legítimas, su función como elemento de control y protección, o su esencia y deseo de justicia, exige ubicar al derecho en el terreno de lo natural y lo cultural, pues el derecho se construye a partir de estas, es decir es necesario el uso de la luz de la antropología jurídica. Esto para entender si el derecho es creación humana, o más bien reconocimiento de los dictámenes de la naturaleza, o en todo caso un ensamble de ambas, ¿Hasta dónde puede llegar el derecho como construcción del hombre? O ¿Dónde es necesaria la construcción del hombre en derecho? En resumidas cuentas se tiene que plantear el análisis entre lo “dado” y lo “construido”.

En concreto, en el presente capitulado pretendemos hacer un análisis profundo de la institución del matrimonio, no decimos “institución natural del matrimonio”, pues aun no respondemos a la pregunta de si esta es una construcción natural o una cultural, pues es de lo que nos ocuparemos en este apartado. De ser un instituto cultural, este puede ser maleable y moldeado al antojo o más bien a criterio del legislador, esto en virtud de

las nuevas necesidades sociales o del nuevo giro económico y tecnológico-global, de la modernidad. No obstante de comprobarse que es un instituto natural, no puede ser reestructurado a límites irreconocibles, utilizando supuestas interpretaciones para depredar o castigar su esencia, de ser un instituto natural, el legislador se encontraría en la obligación de respetar esta esencia, pues invadiría creaciones que no fueron por mano o voluntad del hombre.

Una vez determinado si es que el matrimonio es una construcción natural o cultural, necesitamos ir más allá de conceptos, véase, es necesario saber si el matrimonio es un mecanismo funcional, si es real, es decir si solo lo vemos como un cuadro o ideal de organización, o un modelo agraciado de agrupamiento de personas, ponemos el ejemplo de una pintura en medio de la sala, la cual solo adorna el escenario, teniendo por escenario a la sociedad y al matrimonio como la pintura, o más bien si este más allá de adornos y criterios abstractos, es además útil, real, funcional y servible, si tiene una finalidad importante en la sociedad y actúa como protagonista sobre ella. Entender si el matrimonio adorna el escenario de la sociedad y está en una vitrina o todo lo contrario si está gobernando la vida de los hombres.

Adolfo Bioy Casares, notable escritor argentino, quien dejó inconcluso sus estudios sobre el derecho, en referencia a su profesor de historia del derecho, citaba que su catedrático “enseñaba en clases todos los detalles de la organización del Tribunal del Consulado, incluyendo el número de porteros que cuidaban de aquel tribunal mercantil, integrado por comerciantes del gremio. No enseñaba, sin embargo, para que servía ni cómo funcionaba.”¹⁷⁵ La antropología jurídica, es pues además funcional, si el legislador irrumpe o destruye la parte natural de una institución, debemos saber si esta institución destruida es funcional o no, si es servible o no, pues de serlo, además del absurdo jurídico en el que se incurriría, este actuar generaría un menoscabo en la sociedad.

3.1. NATURALEZA Y CULTURA

La aparición del derecho mismo, es la reflexión primaria y fundadora de la antropología, pues la antropología se funda en el derecho y hecha sus raíces ahí, para entender desde el orden de las leyes, el porqué del orden de la sociedad y la

¹⁷⁵ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Como hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento. 2ª edición. Lima: Grijley, 2014, p. 107.

convivencia, como está estructurada esta.¹⁷⁶ El derecho al tomar esta visión, la visión antropológica del porqué del orden actual, funda la antropología jurídica. Y como decíamos, para entender el orden actual en la norma, la antropología jurídica se centra en el estudio del espectro natural y el espectro cultural, pues entiende que de ahí es de donde emerge la norma jurídica. En consecuencia como debidamente se ha argumentado en nuestro primer capítulo, la definición de la antropología jurídica, se resume en el estudio de la parte natural y cultural de un determinado fenómeno humano que es llevado a la norma jurídica.¹⁷⁷ En este caso el estudio de la parte natural y cultural del fenómeno denominado “Matrimonio”.

Así, como concluimos en la primera parte de nuestra investigación, con la antropología jurídica, pretendemos justificar el orden actual de las cosas, el orden actual de lo que esta expresado en la norma, si lo que está expresado en la norma es “construcción del hombre” o “reconocimiento de la naturaleza por parte del hombre”, pues la norma es construcción o reconocimiento, entendiendo por esto, es “naturaleza” o “cultura”.

Si quisiéramos definir y diferenciar *a priori* sobre lo que es cultura y lo que es naturaleza, entonces debemos mencionar que la cultura establece reglas sobre lo que no es necesario o sobre lo que puede ser de otra manera, por el contrario la naturaleza no impone reglas, pues actúa espontáneamente, la cultura es la irrupción del cauce de la naturaleza, se puede decir con total propiedad que la cultura empieza cuando acaba la naturaleza, a la acción cultural le es previa la acción arbitraria de la mente humana de separar y distinguir, la acción natural no discrimina, solo fluye por su cauce.¹⁷⁸

“Así, se dice que los campos, los pájaros y los seres humanos son naturales o que forman parte de la Naturaleza, mientras que un decorado, un avión o un ordenador son artificiales, aunque se hayan confeccionado con materiales de la propia Naturaleza [...] el término naturaleza hace referencia a aquello que es innato, frente a lo que es adquirido. Naturaleza, pues, como lo propio; lo adquirido, como lo ajeno. Como cualquier otro mamífero, el ser humano nace con unas pautas de conducta propias de su especie. Son lo que suelen llamarse “conductas innatas”: “taxias”, “reflejos”

¹⁷⁶ KROTZ, Esteban. Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho. Op. cit., p. 69.

¹⁷⁷ Véase nuestro capítulo de Antropología y Derecho.

¹⁷⁸ KROTZ, Esteban. Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho. Op. cit., p. 69, 70.

e “instintos”. Ningún ser humano nace sin saber cómo alimentarse de la madre, cómo llorar en respuesta al dolor o para recibir alimento. Sin embargo, es igualmente cierto que no todas las conductas son innatas, sino que, por el contrario, la mayoría de las acciones de los seres humanos son producto de ‘conductas adquiridas’, del aprendizaje.”¹⁷⁹

El término naturaleza es contrapuesto al de cultura, por tanto se entiende por natural a lo que es espontáneo y por cultural a aquello que existe por acuerdo entre humanos. “En este sentido, es natural en todos, la necesidad de comer, mientras que es cultural que se usen para ello ciertos instrumentos y no otros: tenedores y no palillos, por ejemplo, e, incluso que se coman unas cosas y no otras, gambas [una suerte de camarones], pero no hormigas.”¹⁸⁰ De tal manera, Naturaleza es todo aquello que es de una manera y no puede ser de otra, Cultura es todo aquello que es de una manera pero puede ser, además, de otra.

En la época del llamado de la Ilustración Griega, Los Sofistas¹⁸¹, plantearon la oposición entre *physis* (naturaleza) y *nomos* (cultura), lo que es por naturaleza frente a lo que es por determinación humana, pues por *physis* se entiende a todo aquello que no depende de los acontecimientos humanos, y por *nomos* a todo aquello que los seres humanos hemos añadido a la *physis*, *Nómos* se identifica con lo artificial y *physis* con lo natural. Desde la sofística, estos conceptos parecen enfrentados.¹⁸²

3.2. MATRIMONIO Y SU ANTROPOLOGÍA

3.2.1. MATRIMONIO EN SU ESPECTRO SOCIAL

El fenómeno matrimonio, precede al derecho positivo, pues es una realidad inherente a la naturaleza personal y social del ser humano, lo que significa que su esencia y caracteres no están determinados por la norma positiva, el legislador no creó el

¹⁷⁹ Anónimo. Naturaleza y Cultura [En línea]. [Última consulta: 01 abril 2017]. Disponible en: <https://www.acfilosofia.org/materialesmn/filosofia-y-ciudadania/el-ser-humano-persona-y-sociedad/609-naturaleza-y-cultura>

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ Se conoce como sofista al experto en retórica que, en la Antigua Grecia, se dedicaba a la enseñanza del sentido de las palabras. Muchas veces, el sofista era considerado un sabio que, gracias a sus conocimientos, podía educar a la gente. Contemporáneo de Sócrates (470-399 a. C.) en: <http://definicion.de/sofista/>

¹⁸² BARBIERI, Javier H.. Physis frente a Nómos: el eterno retorno. *Dikaion*, [S.l.], v. 20, n. 1, oct. 2011. [En línea]. [Última consulta: 10 abril 2017]. Disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1948/2502>

matrimonio, más bien es la norma la que reconoce lo que es matrimonio, tanto en sus propiedades y fines.¹⁸³

El matrimonio es necesariamente consecuencial a su modelo antropológico, existe una relación entre antropología y matrimonio, una relación entre persona y matrimonio, todas las culturas expresan a través de su concepción respecto del matrimonio una visión del hombre, así pues el matrimonio sigue a la persona humana. Por lo tanto lo que ignoramos respecto del hombre, lo que no entendemos respecto de la persona, se refleja en lo que ignoramos respecto del matrimonio. Si queremos entender una crisis respecto al matrimonio, debemos remitirnos a su modelo antropológico, por tanto se constituye como necesario desempolvar este.¹⁸⁴

Acorde con el antropólogo Claude Lévi Strauss, la mayor parte de las sociedades, reconocen una significativa relevancia a lo que podemos denominar “status matrimonial”¹⁸⁵, partiendo de esta premisa podemos dejar por sentado que el matrimonio es un fenómeno real y existente, no es un estado abstracto instalado en las conciencias de algunos pocos ciudadanos. El matrimonio proviene de una realidad humana primaria. Debajo de cualquier concepción de matrimonio, hay un modelo antropológico, sin un modelo antropológico, no sería posible articular una concepción real de lo que es matrimonio.¹⁸⁶

Para encontrar el modelo o molde antropológico del matrimonio, es necesario remitirnos a su origen, es decir su nacimiento, y no nacimiento como instituto jurídico, sino irnos más atrás aun, a su verdadero nacimiento, su nacimiento como fenómeno humano, como expresión social.

3.2.1.1. MATRIMONIO EN SU ORIGEN NATURAL

Se puede afirmar, desde el punto de vista antropológico-social, que el fenómeno matrimonio/familia, existe en las todas partes del mundo, incluso en las sociedades de

¹⁸³ UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Lima: Palestra Editores, 2014, p. 67.

¹⁸⁴ Anónimo. [Archivo de video en línea]. [Última consulta: 12 abril 2017]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=aWMVxGeW1-8>

¹⁸⁵ MOSQUERA MONELOS, Susana. La heterosexualidad como elemento esencial del concepto de matrimonio. En: MORAN, Gloria. Cuestiones actuales de derecho comparado, Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones, 2003, p. 182.

¹⁸⁶ VILADRICH, Pedro Juan. El modelo antropológico del matrimonio. Madrid: Ediciones Rialp, 2001, p. 9.

organización más primaria o primitiva, pues se trata de una unión trascendente, llevada a cabo por una serie de móviles o fines que persiguen quienes lo integran, en la mayoría de casos va acompañado de diversos ritos o actos ceremoniales que lo dota de cierto simbolismo y que atrae alguna protección especial. El matrimonio, es un hecho significativo y completo por excelencia, pues es además un acto político, diplomático, mítico, religioso, económico, dotado de simbolismo que permite organizar la sociedad.¹⁸⁷

Nuestra concepción antropológica, hace patente el interés por comprender, en primera instancia, la razón que condicionó a la existencia y permanencia de la unión hombre – mujer, como hasta ahora se conoce al matrimonio, del fundamento y origen de esta pareja humana. Es necesario mencionar que se hace difícil hablar de un único y claro curso histórico del matrimonio, es decir no se presenta unidad de criterios tanto en el estudio antropológico, sociológico e histórico sobre el matrimonio en su inicio, pues los orígenes de la familia están ocultos todavía por las brumas de la prehistoria y estos además corren el riesgo de permanecer para siempre allí.¹⁸⁸ Pese a esto pretendemos analizar y echar algunas luces sobre este afloramiento primigenio del matrimonio en la vida humana.

El origen del matrimonio se remonta a los inicios de la propia identidad social de la persona, en buena parte es complicado remontarse con veracidad en la noche de la historia del hombre – más aún en su etapa primitiva – sin datos que puedan ser comprobables a cabalidad, además es necesario mencionar que la evolución de las sociedades humanas se dieron con características diferentes en los diversos lugares del planeta y en las distintas etapas históricas, ahora bien para superar esta dificultad – obtener datos ciertos de organizaciones primitivas – los estudiosos en la materia, antropólogos, se valen de algunos mecanismos como del análisis de las formas actuales de grupos étnicos que han permanecido al margen de la civilización.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Anónimo. Matrimonio, p. 1 [En línea]. [Última consulta: 20 abril 2017]. Rescatado de: https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiWyJGgunUAhXCaT4KHRRoCzIQFggIcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.diocesisdeteruel.org%2Fpdf%2520y%2520otros%2FPastoral%2520de%2520la%2520Familia%2FMatrimonio%2FArticulos%2FMATRIMONIO%25201.doc&usg=AFQjCNE-Ncw-BZQCf95Clg7_9ucTv_55aA&cad=rja

¹⁸⁸ Anónimo. Antecedentes históricos del matrimonio, p. 45 [En línea,]. [Última consulta: 20 abril 2017]. Rescatado de: http://caterina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ldin/alvarez_e_r/capitulo2.pdf

¹⁸⁹ MARTÍNEZ COLLADO, Raquel; RAMÍREZ BERMÚDEZ, Flor Alejandrina y RIVERA MENJÍVAR Francis Elizabeth. La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la comunidad diferida y sus consecuencias. Tesis

Las pulsaciones biológicas del sexo y la reproducción, la aspiración o necesidad humana de una relación afectiva interpersonal profunda, factores de orden social y económico y la legitimación de la prole, fueron algunas de las razones que empujaron, desde el principio de la vida humana, a la unión hombre – mujer, a esa unión que se dio, espontánea e instintivamente, sin intervención – en el principio – de ninguna costumbre repetitiva, de ningún agente regulador o legislador, no dependió de alguna voluntad soberana a la cual se sometiera este acto, tal fenómeno social se presentó en la vida del hombre, sin remedo ni cosntrumbre, antes aún de la existencia del derecho como lo conocemos ahora y de la regulación positiva que se le da a esta institución¹⁹⁰. En el inicio, es de suponer que entendiendo por instintivo, esta unión no estaba sometida a reflexión, la naturaleza sexuada del hombre estimulaba a esto, el instinto sexual fue la alineación hacia la tendencia hombre y mujer, el instinto sexual fue condicionante a la unión heterosexual.¹⁹¹

A esta unión instintiva, en la – todavía – vida animal del hombre, se le llamó matrimonio, como lo señala Magallón Ibarra, “el matrimonio es un hecho social común en todos los pueblos, pues reside en la conciencia de todos los hombres, siendo por tanto anterior a las formas jurídicas que han tratado de regularlo y de ajustarse a su naturaleza misma”¹⁹².

Como bien lo decíamos en nuestro capítulo de Homosexualidad y Derecho, precisamente en el apartado de la “Síntesis histórica de la homosexualidad”, la historia humana está comprendida por etapas: Prehistoria, Edad Antigua, Edad Media, Etapa de la Modernidad y Edad Contemporánea, las cuatro últimas comprenden al periodo civilizado de la vida humana, pues es a partir de la edad antigua, en la que se estima, se da el surgimiento de la escritura, de las cuatro últimas etapas de la humanidad el estudio se hace más cómodo y factible, no obstante de la Prehistoria, como tal, de esa

presentada para obtener el grado y título de: Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Ciudad universitaria, San Salvador, 2009, p. 18. Disponible en: <http://ri.ues.edu.sv/4003/> [Última consulta: 22 abril 2017].

¹⁹⁰ Anónimo. Matrimonio. Op. cit. cita 185. [En línea]. [Última consulta: 20 abril 2017]. Véase además: GUIER, Jorge Enrique. Derecho en la prehistoria. En: Portal de Revistas Académicas, n° 8, 1966. Disponible en:

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16951/16397>

¹⁹¹ Dr. A. Willy. El amor sexual [En línea], [Última consulta: 26 abril 2017]. Disponible en: <http://www.fis.cinvestav.mx/~lmontano/sexoamor.html>

¹⁹² Anónimo. Antecedentes históricos del matrimonio, p. 42. [En línea]. [Última consulta: 20 abril 2017]. Rescatado de: http://caterina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ldin/alvarez_e_r/capitulo2.pdf

etapa temprana de la humanidad y del matrimonio, como veremos, el análisis se torna oscuro, pues no hay criterios uniformes en cuanto a su forma, sin embargo si es uniforme en su esencia pues esta es invariable, es decir en su condición natural.

3.2.1.2. MATRIMONIO EN SU CONSTRUCCIÓN CULTURAL

3.2.1.2.1. La Monogamia

Es a partir de allí, de su origen natural que empezó a edificarse culturalmente en el matrimonio, como mencionábamos, natural es lo innato y cultural es lo construido por el hombre, por las costumbres, el aprendizaje. Una de las primeras construcciones culturales es decir edificaciones del hombre sobre el matrimonio, fue el aspecto monógamo de este.

Para algunos autores, en la etapa primitiva del hombre, la que comprende la edad prehistórica, “los primeros grupos humanos, [...] se encontraban en una total promiscuidad sexual, en la que los hombres se guiaban únicamente por los instintos y la satisfacción personal con la pareja que encontraban a la mano”¹⁹³, un considerable número de antropólogos, como lo son Bachofen, McLennan, Lubbock, y Giraud-Teulon, abogaron por esta teoría de la promiscuidad primitiva, Lewis Henry Morgan, notable antropólogo “llega de acuerdo con la mayor parte de sus colegas [contemporáneos], a la conclusión de que existió un estadio primitivo en que en el seno de la tribu imperaba la promiscuidad sexual”¹⁹⁴ otros autores postulan lo contrario, como Letourneau y Edward Westermarck, este último mencionaba que “la hipótesis de promiscuidad, en lugar de la pertenencia, como piensa el profesor Giraud-Teulon, es la clase de hipótesis que son científicamente permisibles sin tener ningún fundamento

¹⁹³ Inicialmente las relaciones de promiscuidad sexual, suponen un solo sujeto que se satisface; esta situación implica el poder de un sujeto frente a otro, lo que ha tenido continuidad a lo largo de la historia ya que el hombre violaba, raptaba, compraba, disputaba, cambiaba, perseguía, repudiaba y se apropiaba de la mujer como una cosa. Esto trajo como consecuencia que existieran situaciones de desigualdad hacia la mujer de tipo económico social, cultural, ya que el hombre era quien manejaba todas las condiciones del quehacer cotidiano en la familia y era el único que participaba dentro de la sociedad y dejando relegada a la mujer únicamente para la procreación y la servidumbre.

Al no existir relaciones de igualdad dentro del matrimonio, sino una supremacía del hombre sobre la mujer, ésta era maltratada y abusada dentro del seno familiar y estas conductas abusivas eran reproducidas posteriormente por los hijos cuando éstos formaban su propio hogar. Al carecer además de una cultura de igualdad que se transmitiera de generación a generación, muy difícilmente se obtendrían en nuestra sociedad. En: MARTÍNEZ COLLADO, Raquel; RAMÍREZ BERMÚDEZ, Flor Alejandrina y RIVERA MENJÍVAR Francis Elizabeth. La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la comunidad diferida y sus consecuencias. Op. cit., p. 20.

¹⁹⁴ ENGELS, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Madrid: Fundación Federico Engels, 2006, p. 40.

real, y es esencialmente no científica”¹⁹⁵ criticaba la teoría, entonces en boga, de la promiscuidad primitiva, concibiendo que la monogamia era la forma de matrimonio primario, prefigurada en los antropoides superiores, por tanto el ser humano al ser un animal superior ejerció esta práctica, pues a partir de esta se desarrolló la sociedad humana¹⁹⁶. Letourneau, respaldaba esta última idea – negación de la promiscuidad sexual – pues consideraba que la promiscuidad sexual completa, era propia de las especies más inferiores.¹⁹⁷ A criterio de Friedrich Engels, el profesor Bachofen fue el primero que se tomó en serio el estudio del estadio social primitivo, buscando huellas en tradiciones históricas y religiosas, Friedrich Engels en referencia a los trabajos de Bachofen menciona:

“Sabemos hoy que las huellas por él descubiertas no conducen a ningún estadio social de promiscuidad sexual, sino a una forma muy posterior, concretamente al matrimonio por grupos. Aquel estadio social primitivo, admitiendo que haya existido, pertenece a una época tan remota que ni siquiera entre los fósiles sociales, entre los salvajes más atrasados, podemos esperar encontrar pruebas directas de su antigua existencia.”¹⁹⁸

Engels, no rechazó la existencia de tal estadio de promiscuidad primitiva, arguyendo en referencia a Letourneau y rechazando lo que este postuló, comentando:

“En estos últimos tiempos se ha puesto de moda negar ese período inicial de la vida sexual humana. Se le quiere ahorrar a la humanidad esa ‘vergüenza’. Y para ello se apoyan no sólo en la falta de pruebas directas, sino sobre todo en el ejemplo del resto del reino animal.”¹⁹⁹

El antropólogo Claude Levi Strauss, nos menciona que “se supone que el hombre conoció, en aquel primer estadio, las delicias de la familia monógama, pero luego

¹⁹⁵ Anónimo. La familia [En línea]. [Última consulta: 27 abril 2017]. Rescatado de: https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0ahUKEwjviM3B0y rTAhXEKyYKHSVnDLQQFghMMAY&url=http%3A%2F%2Fwww.diocesisdeteruel.org%2Fpdf%2520y%2520otros%2FPastoral%2520de%2520la%2520Familia%2FFamilia%2FArticulos%2FFAMILIA%25209.doc&usq=AFQjCNE-KyUFhljAf6fobmbbIOAj_oCnNO&sig2=uhY0usO4akuTb5TKaGf6TA&cad=rja

¹⁹⁶ LÓPEZ, Enrique Martín. Textos de sociología de la familia. Madrid: Ediciones Rialp, 1993, p. 20

¹⁹⁷ ENGELS, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Op. cit., p. 40

¹⁹⁸ *Ibíd.*, p. 40.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 40.

renunció a ellas y que no fueron descubiertas de nuevo hasta el advenimiento del cristianismo²⁰⁰

Como mencionábamos líneas arriba, no hay criterios uniformes en cuanto a la forma del matrimonio, si es que esta fue monógama en sus orígenes o más bien si se formó como su perfecto revés, es decir con la completa promiscuidad, la tendencia investigativa es que ese estadio de promiscuidad primitiva si haya existido en las épocas más remotas de la humanidad, y también que en su proceso de evolución o cambio hasta llegar a nuestra concepción monógama actual, esta – la monogamia – haya convivido simultáneamente con la poligamia²⁰¹, hasta consolidarse como modelo o forma dominante de matrimonio.

En nuestra actual concepción occidental el matrimonio es monógamo, se puede decir que el matrimonio monógamo es la regla general, no obstante no se puede negar ni desmerecer el modelo cultural edificado en otras sociedades, donde hay poligamia matrimonial, pues el hecho de ser monógamas o polígamas²⁰² es construcción humana, dependía y también actualmente depende – así como siempre dependió, pues siempre se ha dado y ha sido susceptible de cambio – de la voluntad humana, de las costumbres, de la religión, de la cultura en la que se vive, la moral instaurada en la sociedad, entre otros aspectos, se da ahora y se dio antes, este aspecto es cambiante, es el caso actual de algunos países orientales y muchas culturas aisladas de la civilización.

Para limitarnos a un solo ejemplo de poligamia en las culturas aisladas de la civilización – de los innumerables que hay –, es el caso estudiado por el profesor Claude Levi Strauss de los *Tupi-kawahih*, tribu que se encuentra en el centro de Brasil, el profesor en referencia a este caso menciona:

²⁰⁰ LEVI STRAUSS, Claude. La familia. En: Polémica sobre el Origen y la Universalidad de la Familia. Barcelona: Anagrama 1956, p. 2. [En línea]. [última consulta 01 julio 2017]. Disponible en:

<https://seminariolecturasfeministas.files.wordpress.com/2012/01/la-familia-claude-levi-strauss.pdf>

²⁰¹ Recordemos que la palabra poligamia se refiere tanto a la poliginia, es decir, al sistema en el que a un hombre se le autoriza tener varias esposas, como a la poliandria, sistema complementario en el que varios maridos comparten una esposa. En: LEVI STRAUSS, Claude. La familia. Op. cit., p. 4.

²⁰² “Dentro de las causas históricas de la poligamia, podemos encontrar que en esto tiene cierta relevancia la tiranía y el dominio del hombre y el esclavitud de la mujer. La posición dominante que el hombre tuvo sobre la mujer, moldeando así las costumbres y normas a su parecer. En: MURTADA Ayatollah. El islam y la poligamia. [En línea]. [última consulta 01 julio 2017]. Disponible en: http://islamorient.com/sites/default/files/ckcfilefield/Article_pdf_file/El%20Islam%20y%20la%20Poligamia%20II.pdf

“Entre los tupikawahih [...], un jefe puede casarse con varias hermanas o con una madre y sus hijas (de un matrimonio anterior). En este último caso, los hijos(as) son criados conjuntamente por las mujeres, que no parecen preocuparse demasiado por el hecho de si los hijos que están criando son suyos o no. Además, el jefe presta de buen grado sus esposas a sus hermanos menores, a los funcionarios de la corte y a los visitantes. Nos hallamos, pues, no sólo ante una combinación de poliginia y poliandria, sino que la confusión aumenta todavía más por el hecho de que las co-esposas pueden estar relacionadas por estrechos lazos consanguíneos previos al matrimonio con el mismo hombre. En un caso presenciado por el autor, una madre y su hija, casadas con el mismo hombre, estaban al cuidado de unos hijos(as) que eran, al mismo tiempo, hijastros(as) con respecto a una de las mujeres y, según el caso, nietos(as) o hermanastros(as) de la otra.”²⁰³

Este es un claro ejemplo de cómo, el matrimonio y consecuentemente la familia, como forma de organización pueden tomar formas extrañas, se dio pues en un solo caso la poligamia en sus dos formas, la poliginia (el caso del hombre con varias mujeres), y la poliandria (el caso de la mujer con varios hombres). Podemos mencionar algunos otros casos similares al de los *Tupi-kawahih* – el cual es uno de los más extraños – están también otros, igualmente estudiados por el profesor Claude Levi Strauss, como el de los nayar²⁰⁴, los massai y los chagga²⁰⁵, los boraro²⁰⁶, los muria²⁰⁷, y así muchas otras tribus de Brasil y la India, que permanecen al margen de la civilización. Y pues esto como explicábamos se debe a un cumulo de factores que en el caso de las sociedades al margen de la civilización, son diferentes al de las sociedades civilizadas. En las tribus se da por hechos circunstanciales y a veces necesarios, puede ser porque el número de hombres o mujeres sea considerablemente menor, o como en el caso de los nayar, “los hombres viven una existencia semi-nómada, como guías y portadores, y en consecuencia la poliandria hace factible que por lo menos uno de los maridos esté

²⁰³ LEVI STRAUSS, Claude. La familia. Op. cit. p. 4.

²⁰⁴ Un numeroso grupo humano que vive en la costa de Malabar, en la India. En: LEVI STRAUSS, Claude. La familia. Op. cit. p. 2.

²⁰⁵ Tribus africanas

²⁰⁶ Tribu perteneciente a Brasil

²⁰⁷ Tribu de la India.

siempre al cuidado del hogar”²⁰⁸, en fin sean motivos religiosos, económicos, o solo costumbres arraigadas, esto responde a la construcción cultural de esa sociedad.

En el caso de las sociedades civilizadas, la poligamia esta instaurada en los estados islámicos²⁰⁹ pertenecientes a África y Asia. El fundamento jurídico del matrimonio polígamo, para estos países, reside en el Corán²¹⁰, cuya *sura* 4:3 la consagra con el límite de 4 esposas, en términos que ponen algunas condiciones para su ejecución, pues la segunda *leya* menciona que “si teméis no obrar con justicia entonces con una sola”, esta vendría a ser una suerte de prohibición. Pese a esta reserva, se trata de una figura profundamente arraigada en la tradición islámica, cuya práctica se remonta a la época preislámica, el Derecho Islámico, restringe la poligamia estrictamente a la modalidad de poliginia.²¹¹

Poniendo algunos ejemplos puntuales, mencionaremos el caso de Malí, el art. 8 del Code du Mariage et de la Tutelle de Malí establece un límite al polígamo: el hombre que tenga cuatro esposas legítimas no puede contraer un nuevo matrimonio, esta disposición emana del Corán, disposición aplicable siempre que el marido no hubiese elegido la monogamia al celebrar el enlace con su primera esposa; las mujeres, en cambio, según el artículo 7, no puede contraer un segundo matrimonio sin haber disuelto el primero. En Senegal, de la misma forma, el artículo 113 de su Código de

²⁰⁸ LEVI STRAUSS, Claude. La familia. Op. cit., p. 4.

²⁰⁹ Se estima que en la actualidad, hay un total de 47 países en los que la poligamia está permitida legalmente, estos son: Afganistán, Argelia, Bahréin, Bangladesh, Benín, Birmania, Burkina Faso, Camerún, Catar, Chad, Comores, Congo, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Gambia, India, Indonesia, Irak, Irán, Jordania, Kuwait, Líbano, Liberia, Libia, Malasia, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, República Centroafricana, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Siria, Tanzania, Túnez, Togo, Uganda, Yemen, Yibuti, Zaire y Zambia. No obstante, es importante mencionar que en la poligamia es hoy una institución que experimenta cierta recesión, tanto por la prohibición de que ha sido objeto en algunos Estados como por las limitaciones que a su ejercicio imponen aquellos que continúan tolerándola. Túnez por ejemplo, con una legislación pionera en el mundo árabe-musulmán, ha empezado a emancipar a la mujer. Marruecos en el segundo caso, establece importantes restricciones a la posibilidad de desposar más de una mujer, impone la obligación de respetar escrupulosamente la igualdad de trato entre las esposas. En Argelia se exige un motivo legal para autorizar la poligamia, como la esterilidad o enfermedad grave de la esposa. En: JUAREZ PEREZ, Pilar. Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, número 23, 2012, p. 5. [última consulta 01 julio 2017]. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num23/articulos/jurisdiccion-espanola-poligamia-islamica-matrimonio-forzoso> Véase además: Anónimo. Iustopía, Anécdotas y curiosidades jurídicas. La poligamia es legal en 47 países [En línea]. [Última consulta 24 mayo 2017]. Disponible en: <http://archivodeinalbis.blogspot.pe/2012/04/la-poligamia-es-legal-en-47-paises.html>

²¹⁰ El Corán, también transliterado como Alcorán, Qurán o Korán, es el libro sagrado del islam, que según los musulmanes contiene la palabra de Dios (o Allāh), revelada a Mahoma (Muhammad), quien se considera que recibió estas revelaciones por medio del arcángel Gabriel.

²¹¹ JUAREZ PEREZ, Pilar. Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso? Op. cit., p. 4

Familia, establece que en el régimen polígamo, el hombre no puede tener más de cuatro esposas simultáneamente, y para esto no ha debido optar por contraer un primer enlace monógamo, porque de ser así no podrá celebrar nuevos y sucesivos matrimonios.²¹²

En la concepción occidental, esta forma matrimonial es ajena, y más que eso, se puede hablar de un rechazo a esta, podemos citar el caso Español, que en un caso de inmigración y mediación intercultural, tuvo que responder ante las demandas por acceder a esta forma matrimonial – y no lo ha hecho en pocos casos – puede apreciarse en la STS de 26 de febrero de 2010 (RJ 2010\1571): “la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero”²¹³

Esta fue una de las principales discusiones del matrimonio en cuanto a su forma primigenia, si es que se concibió monógama o polígama, sin embargo, lo que no se ha discutido, y queda sentado como universalidad histórica, es que esa unión primigenia de seres humanos, unión primaria que organizó la sociedad, eso llamado MATRIMONIO, se dio entre hombre – mujer y no entre hombre – hombre o mujer – mujer. Aquí nos detendremos momentáneamente, pues es irrefutable que el fenómeno que fundó las raíces de la sociedad humana fue la unión hombre – mujer, el matrimonio fue el primer contrato de la humanidad, esa complementariedad primaria se denominó así, retomando los conceptos anteriormente planteados de lo natural y lo cultural, **“Natural es todo aquello que es de una forma y no pudo haber sido de otra, cultural es todo aquello que es de una forma pero pudo haber sido, además, de otra”**, podemos extrapolar este concepto a las uniones humanas y determinar lo siguiente: Para encontrarnos con nuestra actual desarrollo y organización, fue natural la unión hombre – mujer, natural en el sentido de que, las primeras uniones humanas no pudieron haber sido de otras formas, no se habría llegado a nuestro estadio actual ni por asomo si en lugar de darse la unión hombre – mujer, se hubiera dado la unión hombre – hombre. El matrimonio, como fenómeno, no pudo haber sido de otra forma en su heterosexualidad y complementariedad, “la diferencia de sexo es obviamente la primera

²¹² Anónimo. Iustopía, Anécdotas y curiosidades jurídicas. La poligamia es legal en 47 países [En línea]. [Última consulta 24 mayo 2017]. Disponible en:

<http://archivodeinalbis.blogspot.pe/2012/04/la-poligamia-es-legal-en-47-paises.html>

²¹³ JUAREZ PEREZ, Pilar. Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso? Op. cit., p. 3.

de las condiciones naturales de aptitud”²¹⁴, la heterosexualidad es la primera condición natural, por no decir la única, **no impuesta por nadie** – contemporáneamente se quiere imponer el hecho de denominar también matrimonio a la unión homosexual, cuestión que es evidentemente contraria a las condiciones naturales las que no pueden ser impuestas por el hombre, simplemente emergen – , no obstante, el matrimonio sí fue y es, en otras formas en cuanto a su estructura monógama o polígama, ya que en principio eran polígamas y posteriormente monógamas y en nada cambio el discurrir del desarrollo humano y social. Esta es pues una de las primeras conclusiones a la que arribamos, las primeras uniones humanas, reconocidas como matrimonio, no pudieron ser de otra forma en su heterosexualidad, en su diferencia de sexos, pues es una edificación natural y como tal es inamovible por voluntad del hombre, y el matrimonio, en su número, si pudo ser de otras formas, es decir monógamas o polígamas, pues esta es una edificación cultural dependiente de la construcción humana.

Hasta el momento el modelo antropológico del matrimonio es, en su parte natural, indudablemente heterosexual, y en su aspecto cultural, es gran parte monógamo. La cultura depende de un universo de aspectos como lo son la moral, la religión, las buenas costumbres entre otros, las cuales pueden variar de sociedad en sociedad. Es necesario destacar además que cuando las construcciones culturales son demasiado arraigadas y enraizadas en una cultura, son de muy difícil modificación, este podría ser el caso del incesto, del que hablaremos después.

“La unión del hombre y de la mujer es algo innato, el hombre históricamente se ha unido a una o varias mujeres según su cultura”²¹⁵, esta afirmación es innegable y aboga por la tesis de que la heterosexualidad del matrimonio es una condición natural y la monogamia es una construcción cultural, construcción humana, pues como se dice “se ha unido a una o más mujeres según su cultura”, no importaba el número, monógamo o polígamo, varió, asimismo no importo el parentesco, cercano o lejano, se unió, sin embargo lo que importaba y lo que no pudo variar era que fue hacia la mujer. “El hombre ha concebido al matrimonio como un acto importante, del que dependían la

²¹⁴ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. El modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado por el principio de promoción: el matrimonio igualitario y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse. En: Themis-revista de Derecho, número 66, 2014, p. 109.

²¹⁵ MARTÍNEZ COLLADO, Raquel; RAMÍREZ BERMÚDEZ, Flor Alejandrina y RIVERA MENJÍVAR Francis Elizabeth. La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la comunidad diferida y sus consecuencias. Op. cit., p. 21.

perpetuidad de la familia y la de los cultos.”²¹⁶ Se puede decir con total propiedad que el matrimonio es aún anterior a la Familia, pues los conceptos de matrimonio y familia aunque estén entrelazados, son diferentes. El matrimonio fundó la familia. Engels nos señala:

“en la época en que pugnaban por salir de la animalidad, los hombres primitivos no tenían ninguna noción de la familia o, a lo sumo, conocían una forma que no se da entre animales. En pequeño número, un animal tan inerme como la criatura que estaba evolucionando para convertirse en hombre, podría sobrevivir, incluso en situación de aislamiento, **con la pareja como forma de sociabilidad más elevada.**”²¹⁷

A este elemento, a criterio de Engels, para salir de la animalidad, para realizar el mayor progreso que conoce la naturaleza, se precisaba un elemento más: y este es “reemplazar la indefensión del individuo por la fuerza unida y la cooperación del rebaño”²¹⁸ Es pues el matrimonio la principal forma de manifestación de la familia, pero en ningún caso la única de ellas, pues el concepto de familia es más extenso y no tiene un molde antropológico como el matrimonio, pues su concepto es variable.

3.2.1.2.2. El incesto

El matrimonio desde su origen hasta la actualidad ha cambiado demasiado, pues el cambio es casi siempre deseable y necesario, los cambios que se han dado en esta institución han sido siempre legítimos, orgánicos y graduales, como argumentábamos, el matrimonio como institución, no es una construcción netamente natural, la cual este determinada solo por su naturaleza, es también – en parte – una construcción cultural, edificado por el hombre, pues es sobre la esencia natural del matrimonio, la que el hombre históricamente reconoció, sobre la cual ha ido edificando, sobre estos cimientos – naturales – del matrimonio el hombre hizo construcciones, tales como la monogamia – de la cual ya hablamos – así también como el incesto, ese gran tabú también viene de una construcción cultural el repudiarlo a tal punto de verlo como una monstruosidad o una completa inmundicia humana, en algunas culturas era una práctica común y cotidiana, el apego a las buenas costumbres o el miedo a que las sucesivas generaciones

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 19.

²¹⁷ ENGELS, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Op. cit., p. 42. (el resaltado es nuestro)

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 43.

se conciban con alguna tara genética por una incompatibilidad de procreación entre familiares directos, fueron los motivos que ahuyentan en la actualidad a esta práctica.

Estas dos, la monogamia y el rechazo al incesto, son las primeras edificaciones culturales y humanas que se hizo sobre el matrimonio. Ha cambiado además, esta institución, como veremos en este capítulo, en la forma de llevarse a cabo, de pasar por el rapto, el matrimonio por pago y finalmente al matrimonio por voluntad de contrayentes.²¹⁹

La heterosexualidad fue congénita con el nacimiento del matrimonio, ya que no se edificó culturalmente para que existiera esta, es pues su parte natural y primaria, la monogamia fue desarrollada posteriormente y moldeada por el ser humano, lo decir Engels “es que los celos son un sentimiento que se ha desarrollado relativamente tarde”²²⁰, es pues producto del pensamiento cultural instaurado o desarrollado en una determinada sociedad, la cual se expandió, por tanto esta es parte de la creación humana, por costumbre se desarrolló el sentimiento de los celos, aunque ya hayamos visto caer en anteriores capítulos, la barrera de los celos. Lo mismo sucede con el incesto, “pero no sólo en la época primitiva podían el hermano y la hermana ser marido y mujer, sino que incluso hoy son lícitas entre muchos pueblos las relaciones sexuales entre padres e hijos”²²¹, se edificó la prohibición del incesto y esta es una costumbre casi universal. Ambas, monogamia e incesto son invenciones o creaciones humanas sobre el matrimonio

De momento, se ha argumentado que las características primarias del matrimonio, son la heterosexualidad (condición natural), la monogamia (construcción cultural, imperante en nuestra concepción occidental), y a estas se le une el rasgo de la estabilidad, pues de acuerdo avanzaba la construcción cultural se fue edificando en la idea de la indisolubilidad²²² del matrimonio, es decir en la difícil ruptura de este, no obstante así como se fue edificando en el fortalecimiento de esta idea, una vez

²¹⁹ MARTÍNEZ COLLADO, Raquel; RAMÍREZ BERMÚDEZ, Flor Alejandrina y RIVERA MENJÍVAR Francis Elizabeth. La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la comunidad diferida y sus consecuencias. Op. cit., p. 23.

²²⁰ ENGELS, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Op. cit., p. 43.

²²¹ *Ibíd.*, p. 43

²²² Al respecto se puede consultar: UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit., p 70.

conseguido esto, se fue edificando una noción contraria que es la de la fácil ruptura del matrimonio²²³.

Estos son los caracteres o rasgos fundamentales del matrimonio, los que lo hacen reconocible como tal, en sus dos vertientes, su esencia natural y su construcción cultural.

Si bien la prohibición del incesto no es una característica primaria del matrimonio, pues el matrimonio no necesariamente gira en torno a esto, es más bien una característica secundaria, es una regla universal, más universal aún que la práctica de la monogamia, esta nos sirve para seguir ilustrándonos acerca de lo que son las construcciones culturales o humanas sobre el matrimonio, por tanto como hemos argumentado el matrimonio es producto de la condición natural y la construcción cultural, del ensamble entre estas.

El incesto, es pues la “relación carnal entre parientes dentro de los grados en que está prohibido el matrimonio”²²⁴, esto de acuerdo a una definición propia de la RAE, ahora bien desglosando el verdadero significado se entiende por incesto a la práctica sexual entre parientes consanguíneos de primer y segundo grado, aclarando que cada cultura a su vez, entiende al incesto de diferentes formas ya que algunos incluyen además el tercer grado de consanguinidad, no obstante en sentido estricto el incesto es el “trato sexual realizado entre padres e hijos o entre hermanos”²²⁵. En consecuencia, se debe entender por *incesto* el acto descrito líneas arriba y por el *tabú del incesto*, la prohibición del mismo acto. El tabú del incesto se ha gestado pues en la creencia popular del peligro congénito que podría significar la reproducción entre consanguíneos, constituyéndose como un limitante natural, no obstante el estudio en la materia nos demuestra lo contrario, que es un limitante cultural, pues en un principio de

²²³ Con concepciones como las del divorcio *express*, en la cual ya no es necesario el consentimiento de ambos esposos para que se puedan divorciar, en este tipo de políticas solo se necesita del consentimiento de uno de los esposos. Véase: UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit., p. 70

²²⁴ Real Academia Española: [En línea]. [Última consulta 01 junio 2017]. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=incesto>

²²⁵ CARDENAS QUINTERO, Eloísa Margarita; HERNANDEZ DE LA OSSA, Karen Margarita. Perspectiva del incesto: naturaleza y cultura. Tesis presentada para obtener el título de Filósofo. Universidad de Cartagena: Cartagena de Indias, 2011, p. 8. [Última consulta 01 julio 2017]. Disponible en: <http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/1638/1/PERSPECTIVA%20DEL%20INCESTO%20NATURALEZA%20Y%20CULTURA.pdf>

la vida humana este no era considerado limitante alguno, era más bien un medio de reproducción del hombre.

Al respecto nos menciona Engels:

“Antes de la invención del incesto (porque es una invención, y de las más valiosas), las relaciones sexuales entre padres e hijos no eran más repugnantes que las relaciones entre personas de generaciones diferentes, cosa que ocurre en nuestros días hasta en los países más mojigatos, sin producir gran horror.”²²⁶

No debemos confundir, además, que más que constituirse como un impedimento cultural y legal para acceder al matrimonio, se constituye como un impedimento moral para concebir la propia copula sexual como acto mismo, sea matrimonio o no. “La prohibición del incesto, no se corresponde con los vínculos biológicos propiamente dichos, sino con la interpretación que cada sociedad hace de los vínculos del parentesco. De esta manera, la idea del incesto, aunque universal, es variable, y universal es, asimismo, la reprobación que suscita el incumplimiento de la norma.”²²⁷

De esto hay una innegable prueba histórica, la cual demuestra que las relaciones sexuales incestuosas han gozado de una notoria permisión, se dio con mayor claridad en determinadas familias consideradas como familias reales, es el caso de la cultura egipcia, o un caso más cercano, dándose en nuestra propia cultura Peruana, en la época precolombina con la cultura inca, eran mayormente eximidas de esta censura del incesto los miembros de la familia real más cercanos a la monarquía, pues se partía de la idea que la condición divina con la que estas personas contaban, los hacía propensos a que solo puedan casarse con los suyos, es decir sus padres o hermanos, manteniendo su linaje y conservando el poder. El caso particular de la cultura egipcia, hizo que perdurara durante más de tres siglos consecutivos, la permisión absoluta de las

²²⁶ ENGELS, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Op. cit., p. 44. Los paréntesis no nos pertenecen.

²²⁷ GÓMEZ PELLÓN, Eloy. Introducción a la antropología social y cultural: Tema 4. Antropología de la familia y del parentesco. Universidad de Cantabria, p. 10. [Última consulta 01 julio 2017]. Disponible en: <http://ocw.unican.es/humanidades/introduccion-a-la-antropologia-social-y-cultural/material-de-clase-1/pdf/tema4-antropologia.pdf>

relaciones sexuales extensible además para la sociedad – es decir no solo para una clase selecta de ciudadanos, sino a todos – se registró entre el año 30 a. C. y el 324 d. C.²²⁸

Desde una concepción filosófica, con las teorías contractualistas, concordantes con nuestra concepción antropológica, la historia está situada en dos dimensiones, la dimensión natural y la dimensión cultural, la constitución del incesto como gran tabú, se originó indubitablemente en la dimensión cultural.²²⁹ La prohibición del incesto se fundó en la idea de los peligros congénitos que podía significar la reproducción entre consanguíneos, al respecto el profesor (antropólogo) Claude Levi Strauss nos señala que:

“...no hay fundamento natural para dicha costumbre. Los especialistas en genética han mostrado que si bien los matrimonios consanguíneos pueden provocar efectos nocivos en una sociedad que los ha evitado de forma coherente en el pasado, el peligro sería mucho menor si la prohibición nunca hubiera existido, por cuanto esto hubiera dado amplia oportunidad a que los caracteres hereditarios dañinos aparecieran y fueran eliminados por selección. De hecho, éste es el procedimiento utilizado por los ganaderos para perfeccionar la calidad de sus reses. Por tanto, el peligro de los matrimonios entre consanguíneos no es tanto la razón como la consecuencia de la prohibición del incesto. Además, el hecho de que muchos pueblos primitivos no compartan nuestras creencias de que los matrimonios consanguíneos son biológicamente dañinos, y por el contrario exhiben teorías diametralmente opuestas, hace que debamos buscar la razón en otra parte, de una forma más en consonancia con las opiniones mantenidas por el conjunto de la humanidad.”²³⁰

Pues tal como lo menciona el profesor Strauss, las bases científicas apuntan, a que los hijos procreados entre personas emparentadas consanguíneamente tienen prácticamente

²²⁸ *Ibíd.*, p. 10.

²²⁹ CARDENAS QUINTERO, Eloísa Margarita; HERNANDEZ DE LA OSSA, Karen Margarita. *Perspectiva del incesto: naturaleza y cultura*. Op. cit., p. 3.

²³⁰ LEVI STRAUSS, Claude. *La familia*. Op. cit., pp. 14, 15.

la misma probabilidad de nacer con problemas congénitos, retraso o enfermedades genéticas que una pareja de padres no emparentados.²³¹

Según el profesor Levi Strauss, la probable explicación al tabú del incesto se encuentra en fines sociales y económicos, argumentando con total claridad que es mejor el matrimonio – tomándolo como unión hombre y mujer y su potencial reproducción – que el celibato, apoyándose en la dependencia mutua de los sexos por fines sociales con potencial a perpetuarse, desde esta óptica la prohibición del incesto se funda en la mutua dependencia entre familias matrimoniales, es decir en la creación de nuevas familias, pues el nuevo ser se abre a cruzar el horizonte de la familia en la que se gestó, para crear una nueva, junto a otra persona lejana a la suya, para el profesor Strauss, el aspecto positivo de la prohibición del incesto responde a una razón bastante simple, “para el conjunto de la humanidad el requisito absoluto para la creación de una familia es la existencia previa de otras dos familias, una que proporciona un hombre, la otra una mujer; con el matrimonio iniciarán una tercera familia y así sucesivamente”²³²

Lo dicho antes es complementado por Tylor, citado por Strauss, pues con el fin de liberarse de las luchas salvajes por la supervivencia, la alternativa entre las familias biológicas, las cuales vivían yuxtapuestas y tratando de seguir siendo unidades cerradas y autosuficientes, atezadas por sus temores y miedos, es que por medio del establecimiento de la prohibición del incesto, se dio pie a abrir sus propias fronteras y establecer lazos matrimoniales entre distintas familias, logrando así, construir mediante lazos artificiales de la afinidad, una verdadera sociedad humana, entendiendo de esta forma la esencia de la articulación, esto significó el paso hacia la cultura de la vida humana en sociedad, es así que a partir de este suceso se aseguró que las familias no se

²³¹ Esto de acuerdo al estudio publicado (2009) en el Journal of Genetics Counseling. [Última consulta 03 junio 2017]. Disponible en:

<http://www.saludymedicinas.com.mx/centros-de-salud/embarazo/prevencion/sexo-entre-parientes-hijos-con-anomalias-geneticas.html>, véase además: <https://www.institutobernabeu.com/foro/2012/02/03/hijos-entre-parientes/>

Se puede mencionar además, que aún se siga creyendo que hay algún tipo de riesgo en la concepción incestuosa, esta duda puede ser despejada por un test de compatibilidad genética, mediante este test se analiza la compatibilidad genética entre la pareja aspirante a ser padres, de esta manera prevenimos y evitamos la transmisión de más de 600 enfermedades genéticas a sus hijos, personas que sean familiares o no pueden tener una incompatibilidad para engendrar, por ende más que por precaución se precisa de obligación hacerse este análisis, si se postula a ser padre. [Última consulta 01 julio 2017]. Disponible en: <https://www.institutobernabeu.com/es/ib/tcg-test-de-compatibilidad-genetica/?gclid=Cj0KEQjwkN3KBRCu2fWmy9LLqN4BEiQANP9-WtuyIIWosQeNntGwyRi00VCbHv7iGF3FS8SXPk1NXwcaAj5H8P8HAQ>

²³² LEVI STRAUSS, Claude. La familia. Op. cit., pp. 14, 15.

cerraran y no se constituirán progresivamente en unidades autosuficientes, haciendo imposible la creación de una verdadera sociedad y la dependencia y unión entre distintas familias [matrimoniales], por tanto la sociedad es beneficiada del tabú del incesto, se asegura así que las familias mantengan un flujo continuo teniendo lugar a un proceso de mezcla constante a través del matrimonio, siendo esta una fábrica social homogénea y bien combinada. Todo esto fue lo que creo y dio inicio al tabú del incesto²³³

Esta condición o prohibición del incesto, sumada a la condición monógama en nuestra concepción occidental, son como se ha dicho restricciones impuestas, más tarde, por la costumbre, pues se le atribuye como única causante de esta creación a la costumbre humana, a la cultura, la invención del hombre. Si se le quisiera dar una explicación de estas actitudes repetitivas, es decir la repulsión a esta práctica, pues sin duda se diría que esto se debe a la enculturación que sufren los individuos desde su nacimiento, pues no es una condición dada por la naturaleza, como lo podría ser la condición de la heterosexualidad del matrimonio, es más producto cultural.

3.2.1.2.3. De las demás construcciones humanas

En la parte del edificación cultural del matrimonio, está también la manera de llevarse a cabo, nos referimos pues a la manera de tomarse como iniciado el matrimonio, mucho después de darse la promiscuidad primitiva, el matrimonio fue edificándose y evolucionando, dentro de este avance, se suele distinguir el matrimonio por raptó, el matrimonio por compra y el matrimonio por consentimiento de los contrayentes, en ese orden. Estas formas fueron los pasos sucesivos en la evolución histórica del matrimonio.²³⁴

▪ Matrimonio por raptó

El matrimonio por raptó se fundaba únicamente en la superioridad física del hombre sobre la mujer, esta fue una de las formas más usuales de realizar el matrimonio en las diversas sociedades y pueblos del mundo, y de esto queda prueba:

²³³ *Ibíd.*, p. 16.

²³⁴ ABUNDIS ROSALES, María Antonia; ORTEGA SOLÍS, Miguel Ángel. Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa. Universidad de Guadalajara, 2010, p. 15. Disponible en: <http://www.cuc.udg.mx/sites/default/files/publicaciones/2010%20-%20Matrimonio%20y%20divorcio%20-%20interiores.pdf>

“Incluso en las obras de arte en los que se reproducen famosos raptos colectivos. La historia, la literatura y el arte de todos los tiempos, nos ofrecen incontables datos del matrimonio por raptor, dicha costumbre fue generalizada en la mayor parte de los pueblos ya que esta significa la más patente y brutal forma de violencia ejercida por el hombre.”²³⁵

En donde se libraba una guerra, alguien era triunfador de esta, el adversario quedaba sometido por el triunfador, este – el triunfador – en consecuencia podía disponer de la suerte de las mujeres del adversario vencido. Si bien el matrimonio por raptor se constituyó como una brutal forma de violencia contra la mujer, es a través del matrimonio por raptor que se da el primer paso hacia la monogamia pues se encuentran ya indicios de esto, el raptor se casaba con la raptada, considerando a esta, objeto de la propiedad del raptor, formaba parte de su botín, pues la mujer era ganada por medio de una lucha, así pues el hombre le exigía fidelidad y obediencia absoluta, esto ocasiono que el parentesco se estableciera por línea paterna, lo que es conocido como Régimen Patriarcal, ya que el hombre tenía tanto dominio sobre la mujer que no podía dudar de ser el verdadero padre de sus hijos, consecuentemente constituyéndose estos como sus herederos.²³⁶

“MacLennan encuentra en muchos pueblos salvajes, bárbaros y hasta civilizados de los tiempos antiguos y modernos, una forma de matrimonio en que el novio, solo o asistido por sus amigos, está obligado a arrebatar su futura esposa a sus padres, simulando un raptor con violencia. Esta usanza debe de ser un vestigio de una costumbre anterior, por la cual los hombres de una tribu adquirían mujeres tomándolas realmente por la fuerza en el exterior, en otras tribus.”²³⁷

Esta forma de matrimonio ha dejado huellas en las formas de celebración de matrimonio en algunos países en que se simula la apropiación violenta de la mujer, esta forma está reconocida en la India, asimismo en los países de cultura occidental en los

²³⁵ *Ibíd.*, p. 23.

²³⁶ MARTÍNEZ COLLADO, Raquel; RAMÍREZ BERMÚDEZ, Flor Alejandrina y RIVERA MENJÍVAR, Francis Elizabeth. La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la comunidad diferida y sus consecuencias. *Op. cit.*, p. 22.

²³⁷ ENGELS, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. *Op. cit.*, p. 19

que es costumbre – no comprendida por quien la hace pero que refleja el pasado – que el recién casado entre con su esposa en brazos a su nuevo hogar.²³⁸

▪ **Matrimonio por compra**

Esta forma de matrimonio significó la elevación en el rango o valor que se le daba a la mujer, pues se consideraba una cosa valiosa que los padres podían negociar, pero sin dejar de considerarse aún un objeto, supuso una mayor evolución en los rasgos de monogamia y estabilidad de la familia, predominando y consolidándose de esta forma el patriarcado, despertando el sentimiento paternal y el parentesco por la línea del varón, la vida en pareja se mantendría y se diversificaría como un rasgo distintivo de los pueblos occidentales. Esto perduraría, y se constituiría como factor regulador de los primeros antecedentes investigativos, los que se manifestarían tanto en Grecia como en Roma.²³⁹

El rastro de esta forma de matrimonio quedaría en los esponsales del futuro, las arras esponsalicias, en la forma de matrimonio que simula compra, la que fue aplicada en el derecho romano.²⁴⁰

“[El] matrimonio por compra significó un progreso hacia la civilización, pues aquí la fuerza estaba siendo reemplazada por una negociación pacífica [...], aceptado en el desarrollo de la época, entonces ya no hubo necesidad de acudir a la violencia, las mujeres eran objeto de propiedad del hombre y éste podía hacer lo que quisiera con ellas y es así como las pone en el comercio”²⁴¹

Esta forma de matrimonio, tuvo algunas variantes, tales como el matrimonio por servicio o por intercambio. En el matrimonio por servicio, en lugar de entregar una

²³⁸ MARTÍNEZ COLLADO, Raquel; RAMÍREZ BERMÚDEZ, Flor Alejandrina y RIVERA MENJÍVAR, Francis Elizabeth. La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la comunidad diferida y sus consecuencias. Op. cit., p. 23.

²³⁹ BONACIC, Gabriel Muñoz. Evolución del concepto familia y su recepción en el ordenamiento jurídico. Tesis para optar al grado de magíster en derecho privado. Universidad de Chile, Santiago, 2014, p. 14. Disponible en:

http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116109/de-mu%C3%B1oz_g.pdf?sequence=1

²⁴⁰ MARTÍNEZ COLLADO, Raquel; RAMÍREZ BERMÚDEZ, Flor Alejandrina y RIVERA MENJÍVAR, Francis Elizabeth. La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la comunidad diferida y sus consecuencias. Op. cit., p. 23.

²⁴¹ BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Editorial Perrot: Buenos Aires, Argentina 1994, p. 159.

paga en dinero o especies, el pretendiente podía pagar con mano de obra, o haciendo algunos quehaceres, otorgando de esta manera servicios a la familia de la mujer que pretende.²⁴²

Otra situación importante, análoga al matrimonio por compra, la encontramos en la dote, esta era más bien una situación inversa al matrimonio por compra, pues consiste en las cantidades de dinero o bienes que el padre u otros familiares le daban al novio para poder afrontar las cargas que significa el sostenimiento del hogar.²⁴³

▪ **Matrimonio por consentimiento de contrayentes**

El matrimonio constituido por voluntad de los contrayentes, en una unión monógama, fue la cúspide de la construcción humana sobre el matrimonio, se presentó claramente en el derecho romano, y en parte de la legislación germánica, en esta época se propugnaba por establecer una regulación acerca de esta institución. Esta tuvo más tarde su esplendor en la época de Justiniano. Se profundizó las raíces, aún más, sobre la monogamia, como parte de la construcción del hombre sobre el matrimonio, es decir se siguió edificando en la parte cultural de esta institución.²⁴⁴

La base del matrimonio en Roma, era “El Matrimonio Consensual o Common law marriage, es aquel creado por el mutuo consentimiento de las partes contrayentes [en referencia clara a la pareja hombre – mujer], y cuya validez no depende de ceremonia alguna, bien sea de tipo civil o religioso”²⁴⁵, este más bien era el reconocimiento del matrimonio como expresión del hombre, edificado en su aspecto cultural, monógamo e igualitario.

Podemos encontrar en el derecho romano una definición de matrimonio, la cual es aportada por Modestino: “El matrimonio es la unión del hombre y de la mujer,

²⁴² GÓMEZ PELLÓN, Eloy. Introducción a la antropología social y cultural: Tema 4. Antropología de la familia y del parentesco. Op. cit., p. 7.

²⁴³ MARTÍNEZ COLLADO, Raquel; RAMÍREZ BERMÚDEZ, Flor Alejandrina y RIVERA MENJÍVAR, Francis Elizabeth. La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la comunidad diferida y sus consecuencias. Op. cit., p. 26.

²⁴⁴ Anónimo. Antecedentes históricos del matrimonio, p. 48. [En línea]. [Última consulta: 20 abril 2017]. Rescatado de: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ldin/alvarez_e_r/capitulo2.pdf

²⁴⁵ MARTÍNEZ COLLADO, Raquel; RAMÍREZ BERMÚDEZ, Flor Alejandrina y RIVERA MENJÍVAR, Francis Elizabeth. La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la comunidad diferida y sus consecuencias. Op. cit., p.27

implicando igualdad de condiciones y comunidad de derechos divinos.”²⁴⁶ Esto constituyó un gran avance en cuanto a la construcción humana del matrimonio, pues hubo que recorrer un largo camino para llegar a este estadio, en el que dos seres deciden iniciar y compartir una vida en común, de acorde al derecho y la sociedad a la que pertenecían.²⁴⁷

Entonces, a esa unión, a la unión heterosexual (unión del hombre con la mujer) se le denominó así MATRIMONIO, ya después se le edificó culturalmente en esta.

Debemos dejar por sentado en este punto que sostenemos y hemos pretendido probar que todas las características primarias y otras secundarias del matrimonio, son construcciones culturales, creaciones del hombre, a excepción de una sola, la heterosexualidad, esta es la condición necesaria, no creada, pues es innata en el matrimonio, la que solo emergió. Es decir la única característica ineludible para que la unión sea considerada matrimonio, es la heterosexualidad, todo lo demás, puede cambiar, todo lo demás es cultural, todo lo demás lo inventó y desarrolló el hombre, por tanto lo único que no puede cambiar en el matrimonio es la heterosexualidad como necesario. Pues ese es el concepto antropológico de matrimonio “**unión heterosexual con algunas construcciones culturales**”. Por tanto decir matrimonio homosexual es una ficción o un absurdo jurídico.

3.2.2. MATRIMONIO EN SU ESPECTRO JURÍDICO

El matrimonio es una institución con una clara esencia – *essentia*, teniendo por esencia aquello que es lo más y no lo menos, lo importante o característico de algo, que de acuerdo a lo determinado por la RAE²⁴⁸, respecto a esta palabra, es permanente e invariable, y pues su esencia no puede ser lo cultural, ya que esta es variable en el tiempo (el hoy y el ayer no necesariamente son iguales en lo cultural), y el espacio (el aquí y el allá tampoco lo son), lo que sí es invariable es lo natural. Por tanto **el matrimonio viene a ser una institución con una clara esencia natural y con una edificación cultural que le corresponde a esta**, pues el matrimonio no solo es

²⁴⁶ Anónimo. Antecedentes históricos del matrimonio, p. 47. [En línea]. [Última consulta: 20 abril 2017]. Rescatado de: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ldin/alvarez_e_r/capitulo2.pdf.

²⁴⁷ MARTÍNEZ COLLADO, Raquel; RAMÍREZ BERMÚDEZ, Flor Alejandrina y RIVERA MENJÍVAR, Francis Elizabeth. La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la comunidad diferida y sus consecuencias. Op. cit., p.27

²⁴⁸ Real Academia Española: [En línea]. [Última consulta 24 abril 2017]. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=GOfrYI4>

expresión natural también es cultural, hay un perfecto ensamble entre naturaleza y cultura, ambos forman al matrimonio, y este viene a ser una consecuencia de aquellas. El matrimonio tiene la propiedad y condición natural y es complementada con la construcción cultural.

El derecho no definió lo que es matrimonio en su parte esencial, pues como veníamos diciendo el fenómeno matrimonio es anterior aún a toda forma de regulación, anterior a la escritura y al descubrimiento del fuego mismo, anterior a toda forma de civilización y organización estatal, cuando emana el Derecho e identifica a este fenómeno, le otorga un nombre, le designa el nombre de “matrimonio”, en palabras del profesor Carlos Martínez de Aguirre es explicado de la siguiente manera:

En efecto, cuando se afirma que el matrimonio es una unión entre hombre y mujer, se está indicando no uno de los posibles significados del término matrimonio, sino el significado que le es propio. Para aclarar lo que quiero decir, puede resultar más gráfico invertir la secuencia: hay un fenómeno social y humano que consiste en la unión del hombre y la mujer, que tiene una específica funcionalidad social (“produce, humaniza y socializa hijos”), y ese fenómeno social y humano es el que recibe el nombre de matrimonio; el término matrimonio es la palabra que designa ese tipo concreto de unión heterosexual [a ese fenómeno]. Lo primero es, pues, la existencia de uniones [...] entre un hombre y una mujer, y esas uniones son las que reciben el nombre de matrimonio, y las que el derecho se encarga de regular. No es primero el término, la palabra, a la que después la sociedad o el Derecho dan el contenido que parece conveniente, sino que primero es la realidad designada (la unión [...] entre hombre y mujer), y después la palabra (matrimonio) que la designa y la identifica frente a otras realidades diferentes.²⁴⁹

De esto se infiere que si la unión es entre dos hombres, o dos mujeres, ya no es matrimonio sino un fenómeno humano y social diferente, con funcionalidades diferentes, como el profesor Martínez menciona, esto por las mismas razones por las que una compraventa sin precio ya no es compraventa, sino donación: y decir que la

²⁴⁹ UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit., p. 11

compraventa no es donación no es ir en contra de la donación o de la compraventa, solo es diferenciar lo que es diferente, distinguir realidades distintas que precisan a su vez reglas diferentes. Por tanto al decir matrimonio entre personas del mismo sexo, prácticamente estamos diciendo “unión heterosexual entre personas del mismo sexo” lo que es un absurdo jurídico.²⁵⁰

3.2.2.1. PRIMERAS CONSTRUCCIONES CULTURAL-LEGALES Y POSITIVIZACIÓN DEL MATRIMONIO

La noción predominante de matrimonio en la doctrina jurídica, el modelo matrimonial instaurado en la tradición del pensamiento occidental europeo, de la cual somos herederos en América Latina, tiene sus bases edificadas a partir del Derecho romano y el Derecho canónico, de esto no hay duda alguna, la noción occidental del matrimonio viene de estas.²⁵¹

Pues como nos afirma el profesor Navarro Valls, el modelo de matrimonio que hace aproximadamente unos dos mil años empezó a existir en Occidente, es un modelo profundamente influenciado por el Cristianismo y su traducción legislativa que es el matrimonio canónico.²⁵²

En las fuentes romanas, podemos encontrar dos definiciones de matrimonio, de gran relevancia ambas, una contenida en el Digesto y atribuida a Modestino y otra posteriormente por Justiniano. Como ya lo habíamos apuntado, para Modestino, en la definición clásica de matrimonio romano, esta es “una unión de un hombre y una mujer, una comunidad para toda la vida, y una puesta en común del derecho divino y el derecho humano”²⁵³, entendiendo el matrimonio como la unión permanente, no pretendía significar la noción de matrimonio indisoluble, pues dependía del *affectio maritalis* la vigencia del matrimonio, ya que en el derecho romano clásico el matrimonio era entendido como una situación de hecho la cual estaba determinada por su naturaleza fáctica, toda vez que la convivencia determinaba la intención de mantener la unión, esta se podía disolver. La legislación de Justiniano, en la etapa post clásica

²⁵⁰ *Ibíd.*, p.11

²⁵¹ *Ibíd.*, p. 61

²⁵² NAVARRO VALLS. Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad. En cita 58 de: UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit. p. 62.

²⁵³ UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit., p. 63.

romana, concibió al matrimonio como, “la unión de un hombre y una mujer, que comparta una vida en común”²⁵⁴, en esta se le dota de cierta importancia al consentimiento inicial para contraer matrimonio, pues esta reflejaba la voluntad de los contrayentes, se superpone el formalismo a la *affectio*, se establecen algunas condiciones para contraerlo y aumentan las dificultades para disolver el vínculo.²⁵⁵

Es en esta etapa en la que se forma una evidente juridificación del matrimonio, las edificaciones humanas que se asientan sobre el matrimonio, pasan a ser expresadas en estamentos legislativos, desaparece la libertad de forma, pues cada vez toma mayor importancia el consentimiento inicial.²⁵⁶

El influjo del cristianismo empieza a manifestarse durante el periodo de Justiniano, pues en el año 308, mediante el edicto de Tesalónidas, se reconoce al cristianismo como religión oficial del Estado, no obstante no será sino hasta a partir del siglo IX que la normativa canónica empieza a ejercer su competencia sobre el matrimonio, al principio de manera tímida hasta constituirse de su competencia exclusiva, ya que por el Concilio de Trento de 1545 se afirma que le corresponde la competencia exclusiva de toda la materia matrimonial a la Iglesia, pues es competencia de esta todos los actos concernientes al estado y la condición de las personas, más tarde en el Concilio de Trento de 1563, celebrada por el sumo pontífice Pío IV, se regula toda materia matrimonial de manera definitiva, es así que a los tribunales eclesiásticos se les atribuye el conocimiento de las causas matrimoniales, empieza a fijar requisitos, impedimentos, la forma de celebración y la nulidad del matrimonio. La promesa de matrimonio se hace de manera pública y la publicación se hace durante la celebración de la misa, se eleva el matrimonio a dignidad de sacramento, estableciéndose que el vínculo matrimonial es indisoluble y perpetuo. El cristianismo empieza exigiendo a sus fieles su doctrina sobre el matrimonio como preceptos de índole moral, aceptando por lo demás la disciplina romana.²⁵⁷

El derecho matrimonial canónico, se construyó a partir del influjo del derecho romano, el derecho germánico y también del derecho judío, una creación de tal fuerza que en

²⁵⁴ *Ibíd.*, p. 63.

²⁵⁵ *Ibíd.*, p. 63

²⁵⁶ LLAMARAZES FERNANDEZ. Condición y matrimonio en el Derecho Canónico. En cita 65 de: UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit., p. 64.

²⁵⁷ ABUNDIS ROSALES, María Antonia; ORTEGA SOLÍS, Miguel Ángel. Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa. Op. cit., p. 29.

palabras del profesor Jurdado Ruiz, ha vertebrado la historia de la familia occidental, contenida en notas esenciales como la monogamia, la estabilidad, la heterosexualidad, el recambio y la orientación de la prole. Sobre los aportes de cada uno de los elementos (judío, romano y germano), el profesor Jurdado Ruiz Capillas desglosa cada uno, para este, el **elemento judío**: aportó al matrimonio cristiano, el carácter de mutua ayuda entre conyuges [génesis 2, 18.22.24], la normativa en cuanto a impedimentos [Levítico 18, 1-21], esta enumera una relación detallada de impedimentos por parentesco, asimismo aporta una perspectiva de la forma de celebración en lo jurídico formal y en lo ritual, de lo ritual por ejemplo el uso del velo (bedeken), por la novia [el velo simboliza la prohibición de la mujer para todos los demás hombres, excepto su esposo], de lo jurídico la entrega de la Ketubá, contrato económico matrimonial a la mujer [Tobías 7, 13]; el **elemento romano**: la aportación más destacada y original efectuada por Roma en el modelo matrimonial de la cultura Occidental es su celebración en un solo acto, además en cuanto al rito, una costumbre típicamente romana que permanece hasta el día de hoy y que es prácticamente símbolo del matrimonio es la entrega del anillo o alianza de matrimonio, en cuanto al régimen económico la contribución romana consiste en el régimen de separación de bienes, se debe subrayar además como aporte la depurada técnica jurídica romana, integrada por un gran acervo de nociones técnicas, principios legales y vocabulario jurídico, sirvió para el fortalecimiento de la estructura del matrimonio; en cuanto al **elemento germánico**, este hizo uno de los aportes más interesantes, relacionado al régimen económico matrimonial, pues se trata de la característica de la copropiedad germánica o propiedad en mano común, en la que todos los titulares son propietarios de la totalidad de la cosa objeto de propiedad, frente al sistema romano de copropiedad en la que cada titular es propietario de una parte alícuota de la cosa, véase la copropiedad germánica refleja una comunidad de destino de la cual se desprende una profunda unidad, o mejor dicho una sola unicidad.²⁵⁸

Es a partir de estos aportes que el derecho canónico refundió todos los elementos antes mencionados, la iglesia amparada en el matrimonio cristiano, las cuestiones sobre moral, destacando la fidelidad conyugal e indisolubilidad²⁵⁹ del vínculo, reposando en

²⁵⁸ RUIZ CAPILLAS, Jurdado. El matrimonio en occidente. En cita 69 de: UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit., pp. 65, 66.

²⁵⁹ Aunque el derecho canónico declara indisoluble el matrimonio durante la Edad Media, permite su disolución como remedio para situaciones inaguantables: el *divortium quoad forum et mensam, non quoad vinculum*. Divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo. En: ABUNDIS

la concepción judeo cristiana de que los cónyuges *ya no son dos sino una sola carne*²⁶⁰, mirando de tal manera con buenos ojos la copropiedad germánica, es que se dio lugar a la nueva concepción de matrimonio, la cual repercutió en gran medida en nuestra actual cultura occidental, pues durante varias centurias el matrimonio y las cuestiones conexas a esta, eran consideradas universalmente competencia exclusiva de la Iglesia.²⁶¹ Por tanto:

“En ese orden de cosas, no se puede discutir la impronta que el cristianismo, a través de su derecho propio, ha tenido en la delimitación del modelo matrimonial occidental. Y ello a pesar del escaso interés que el cristianismo en sus inicios parecía tener por matrimonio como forma de vida. Así nos lo recuerda BOSWELL al señalar la devaluación que el matrimonio experimentó entre los primeros cristianos que entusiastas y devotos esperaban alcanzar a través del celibato, la verdadera salvación. En ese sentido interpreta el autor la falta de interés por parte del cristianismo respecto a la forma de esas celebraciones matrimoniales.”²⁶²

Más tarde, pasada la edad media entrando a la edad moderna, el poder secular – el Estado – inició la disputa frente a la Iglesia por la competencia y jurisdicción del matrimonio, de considerar al matrimonio como sacramento, para pasar a ser solo un contrato, con la llegada de la Revolución Francesa se produce una re-adquisición del matrimonio por parte de la autoridad civil, siendo de esta forma el matrimonio canónico, como sacramento, el punto de partida para la edificación del nuevo matrimonio civil. La voluntad de los contrayentes se traduciría en la existencia de un contrato mismo, por tanto en la primera constitución francesa en su artículo 7, el matrimonio es considerado como un contrato civil. La autoridad civil empezó a reglamentar los requisitos necesarios para poder contraer matrimonio, tanto en sus aspectos formales y sustanciales. Ya que se estableció que para el Estado el matrimonio era un mero contrato, se concluye que este, al igual que todos los contratos, es

ROSALES, María Antonia; ORTEGA SOLÍS, Miguel Ángel. Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa. Op. cit., p. 30.

²⁶⁰ Pasaje Bíblico: Génesis 2:24.

²⁶¹ UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit., pp. 64-66

²⁶² MOSQUERA MONELOS, Susana. La heterosexualidad como elemento esencial del concepto de matrimonio. Op. cit., p. 182.

susceptible de rescindirse. No obstante conservo la mayoría de los elementos esenciales instaurados por el derecho canónico.²⁶³

En la época contemporánea, a inicios del siglo XX, los tratadistas tienden a alejarse de la concepción del matrimonio como un mero contrato, para pasar a considerarlo como una institución, se conserva la idea del matrimonio disoluble. La teoría del matrimonio como institución nace como reacción al principio de la libertad individualista, pues como se argumenta “el matrimonio no pertenece al orden jurídico de los contratos, porque no se permite a los contrayentes estipular libremente todo cuanto deseen, y por lo tanto se tendría que establecer muchas excepciones a los principios generales de los contratos”²⁶⁴, el matrimonio va más allá de un simple acto jurídico de cierta relevancia, pues escapan al arbitrio individual ya que el derecho hace su normativa imperativa en esta materia, por tanto se constituye como institución. Se fija las reglas para acceder al matrimonio y el ciudadano no puede hacer más que aceptarlas y contraer matrimonio o no aceptarlas y no acceder a este, no puede darse el caso del matrimonio personalizado, donde se pueda estipular libremente como contrato – o al menos no más que en el régimen patrimonial, por ejemplo en nuestra regulación peruana en la cual se reduce a solo dos para libre elección – pues no responde a las pretensiones personales, si no a las pretensiones sociales.

3.2.2.2. MATRIMONIO Y HOMOSEXUALIDAD: ACTUAL CONSTRUCCIÓN CULTURAL-LEGAL Y LA RECIENTE POSITIVIZACIÓN DEL MATRIMONIO

Como decíamos, el cambio en la institución del matrimonio, siempre ha estado presente, y siempre ha sido legítimo, gradual y orgánico, correspondiente a su esencia, pues siempre ha sido en la esfera cultural de este, sin embargo, actualmente la institución de matrimonio está sufriendo un cambio abrupto e ilícito, pues se está dando el intento de edificación humana desplazando sus bases naturales a tal punto de hacerlas irreconocibles, de esta manera el legislador, se ha tomado facultades ilegítimas rompiendo toda posibilidad de identificación entre el modelo antropológico del

²⁶³ ABUNDIS ROSALES, María Antonia; ORTEGA SOLÍS, Miguel Ángel. Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa. Op. cit., pp. 31, 32. Véase también: UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit., pp. 68.

²⁶⁴ MARTÍNEZ COLLADO, Raquel; RAMÍREZ BERMÚDEZ, Flor Alejandrina y RIVERA MENJÍVAR, Francis Elizabeth. La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la comunidad diferida y sus consecuencias. Op. cit., p. 71.

matrimonio y el modelo actual, el cual es pura creación humana, sin entender que la cultura, la creación de derecho positivo, solo empieza cuando termina la naturaleza.

Nos referimos pues a la instauración del mal denominado “Matrimonio Homosexual”, en efecto parece ser que las personas que deciden iniciar una relación homoafectiva están desprotegidas por el derecho – o al menos a primera vista parecer ser así, pues hay mecanismos jurídicos que permiten superar los problemas de desprotección que se arguye comúnmente, tales como el condominio, la copropiedad, el fideicomiso, y parcialmente el testamento, aunque estos sean de manera limitada – pero ¿Es acaso este argumento suficiente para poder instaurar el llamado “Matrimonio Homosexual”?

En palabras del Dr. Carlos Martínez De Aguirre.

“El Debate sobre la admisión legal del llamado “matrimonio” entre personas del mismo sexo, es sin duda uno de los debates estrella del Derecho de Familia actual en nuestra cultura jurídica. Un debate en el que, a lo que entiendo, sobra superficialidad, sobra seguimiento irreflexivo de lo que cabría calificar como ‘modas jurídicas’, falta reflexión y sosiego: reflexión y sosiego que no siempre son sencillos, sobre todo si hay de por medio descalificaciones fáciles de la opinión opuesta.”²⁶⁵

Como mencionábamos en capítulos anteriores, se ha hecho conocido la instauración de mecanismos o figuras alternas, distintas al matrimonio, para la protección patrimonial de las relaciones homoafectivas, constituyéndose como un sucedáneo al propio matrimonio, tal es el caso de los pactos de solidaridad, uniones civiles, uniones registradas y demás formas, estas aparecieron por primera vez en Dinamarca, por la ley del 07 de junio de 1989, se extendería después por otras legislaciones, al respecto consideramos que estas figuras vienen a ser una suerte de prologo o andamiaje jurídico para acceder al Matrimonio Homosexual, pues el reconocimiento al supuesto derecho del matrimonio homosexual, se ha dado en todos los países de manera gradual, esto está demostrado fácticamente, en todo país en el que se haya instaurado el matrimonio homosexual, tiene previo una figura como unión civil u otra.

²⁶⁵ Prologo por Carlos Martínez De Aguirre. En: UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit., p. 9.

Se ha dado así en Colombia²⁶⁶ que en el 2007 se instauró la unión marital de hecho para parejas homosexuales y en 2016 se legalizó de manera definitiva el derecho al matrimonio homosexual por vía constitucional; de igual forma en Uruguay²⁶⁷ en el 2008 se implantó la figura de la Unión Civil, para posteriormente en el 2013 legalizar a favor del matrimonio homosexual; Brasil estableció la figura de la unión estable en el 2011 y posteriormente en el 2013 dio cabida al matrimonio homosexual; Dinamarca²⁶⁸ estableció la convivencia registrada en 1989, y no fue sino hasta el 2012 con la oleada del lobby pro-gay que se implantó en el país que terminó por legalizarse el matrimonio homosexual; Portugal²⁶⁹ en el 2001 legisló a favor de la unión de hecho y en el 2010 sobre el matrimonio homosexual; Bélgica en el 2000 implantó la convivencia legal y en el 2003 aprobó el matrimonio homosexual; en Francia²⁷⁰ donde se pensaba que con la figura del pacto civil de solidaridad se podría dar solución definitiva a las demandas de los activistas pro-gay, se equivocaron pues tras innumerables manifestaciones y debates en el 2013 terminó por aprobar vía legislativa el derecho al matrimonio homosexual; en Irlanda²⁷¹ en el 2010 se implantó la figura de la unión civil y posteriormente en el 2015, mediante referéndum, se instauró el matrimonio homosexual, Luxemburgo²⁷² en el 2004 estableció la figura de la unión registrada y en el 2015 legalizó el matrimonio homosexual, en Holanda se implementó la unión registrada para parejas homosexuales en el año 1998 y subsiguientemente en el 2001 se aprobó el matrimonio homosexual, Reino Unido²⁷³ – estado unitario que está compuesto a su vez por cuatro países los cuales son: Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte – implantó la unión civil en el 2005 y posteriormente en el 2013 se aprobó la ley de matrimonio para parejas homosexuales, la cual rige en Inglaterra, Escocia y Gales, no obstante en Irlanda del

²⁶⁶ [En línea]. [Última consulta: 02 julio 2017]. ver:
<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16557410>

²⁶⁷ [En línea]. [Última consulta: 02 julio 2017]. ver:
<http://www.elobservador.com.uy/el-matrimonio-igualitario-ya-es-ley-uruguay-n247939>

²⁶⁸ [En línea]. [Última consulta: 02 julio 2017]. ver:
<http://www.elmundo.es/internacional/2015/05/23/55606bade2704ecc238b4572.html>

²⁶⁹ [En línea]. [Última consulta: 02 julio 2017]. ver:
http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/01/08/actualidad/1262905216_850215.html

²⁷⁰ [En línea]. [Última consulta: 02 julio 2017]. ver:
http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/23/actualidad/1366713674_990979.html

²⁷¹ [En línea]. [Última consulta: 02 julio 2017]. ver:
http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150523_matrimonio_homosexual_irlanda_hr

²⁷² [En línea]. [Última consulta: 02 julio 2017]. ver:
<http://www.noticiasrcn.com/internacional-europa/luxemburgo-aprueba-matrimonio-homosexual-y-adopcion>

²⁷³ [En línea]. [Última consulta: 02 julio 2017]. ver:
<http://www.elmundo.es/internacional/2014/03/28/5335c867ca474139338b457a.html>

Norte esto no está legalizado aún, el reciente caso de Finlandia²⁷⁴ que en el 2001 se implantó la unión registrada y posteriormente en el 2017 se legalizó el matrimonio homosexual, y así, se dio de igual forma en Islandia, Noruega, Suecia, España, Canadá, Puerto Rico y en algunos otros Estados. Y en los países en los que a la actualidad solo se ha adoptado algún estamento o figura para la protección de hecho de las relaciones homosexuales, tales como uniones civiles, se propugna o se presiona política o socialmente para el matrimonio homosexual, pues es una tendencia, ningún país ha dado de frente el salto al matrimonio homosexual y en casi ninguno se ha saciado a las demandas del colectivo gay con la sola implantación de un estamento o figura jurídica como unión civil. Al parecer no se entiende que matrimonio y homosexualidad no se encuentran, pues responden a finalidades diferentes.

Las maneras por las cuales se ha accedido a alguna regulación en favor del matrimonio homosexual han sido bien por vía legislativa o vía constitucional, no obstante también se ha llegado a este objetivo a en algunos países por vía referéndum²⁷⁵. Los casos que vemos más cercanos a la legitimación matrimonial de las relaciones homosexuales, por tener una legislatura similar a la nuestra son el de España, Argentina y Uruguay.

El matrimonio homosexual en España fue reconocido como legal desde el 3 de julio del 2005. En este país se instauró la ley 13/2005, la cual modificaba el código civil y permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo y como consecuencia de esto, otros derechos como la adopción conjunta, herencia y pensión. Esta medida fue

²⁷⁴ [En línea]. [Última consulta: 02 julio 2017]. ver:

<http://www.eluniverso.com/noticias/2017/02/18/nota/6053176/finlandia-ratifica-matrimonio-homosexual>

²⁷⁵ Según el art. 32 de nuestra constitución política peruana de 1993: “no puede someterse a referéndum la supresión o disminución de derechos fundamentales de la persona”, por lo tanto estaríamos ante esta situación e impedidos de efectuar el referéndum, al menos esto es señalado y avalado por algunos juristas peruanos como el actual Defensor del Pueblo Dr. Eduardo Vega Luna, ya que según él hablamos del derecho a la dignidad, igualdad y libertad de las personas. No obstante, hay otro punto de vista respecto al asunto, sostenido por también estudiosos del derecho como el Constitucionalista Peruano Dr. Aníbal Quiroga León, el cual menciona que el tema refiere sobre “incremento de derechos” y no sobre “disminución de derechos” por lo tanto una iniciativa de referéndum si sería por demás constitucional. Asimismo el Civilista Peruano Dr. Mario Castillo Freyre menciona que el tema constitucionalmente puede ser sometido a referéndum, por las mismas razones que expone Aníbal Quiroga, pero no sería correcto o acertado hacerlo ya que, en sus palabras: “Un tema tan importante no puede ser objeto de un debate como el que se está teniendo, el debate que se está teniendo en la sociedad es muy acalorado viniendo de ambas partes, tanto del activismo desenfrenado LGBT, como del rechazo a este”. [En línea]. [Última consulta: 01 abril 2017]. Disponible en: <http://elcomercio.pe/politica/actualidad/union-civil-colisiona-constitucion-377272>

Sin embargo, es necesario mencionar que en el primer semestre del año 2015, en Irlanda se sometió a referéndum el llamado “Matrimonio Homosexual”, dando como ganador al 'Sí' con un 62,1% del voto, mientras que el 'No' obtuvo el 37,9% , la participación fue del 60,5% de los votantes registrados en este país. según informa. The Guardian y la BBC. [En línea]. [Última consulta: 13 marzo 2016]. Disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150523_matrimonio_homosexual_irlanda_hr

duramente criticada por un sector de la población, por tal motivo el Partido Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad ante el tribunal Constitucional de este país. El Tribunal Constitucional el 06 de noviembre del 2012, por 8 votos a favor y 3 en contra desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

En Argentina, el matrimonio homosexual fue decretado como legal desde el 15 de julio del 2010, después de un maratónico debate, consecuentemente Argentina se convirtió en el primer país en Latinoamérica en hacerlo, bajo la Ley 26.618 y Decreto 1054/2010. Se modifican varios aspectos del instituto del Matrimonio Civil en la República Argentina reemplazando los términos “hombre y mujer” por “contrayentes” y sus demás adecuaciones, apellido de hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo, bienes gananciales, artículo de no discriminación o restricción del ordenamiento jurídico Argentino, respecto a los Derechos y Obligaciones del Matrimonio entre dos personas de igual sexo.

En Uruguay, el matrimonio homosexual fue permitido a partir de agosto del 2013, mediante Ley 19.075, bajo la denominación de Matrimonio Igualitario, La Ley modifica además otras disposiciones del Código Civil y del Código de la Niñez y la Adolescencia, relativas a: deberes entre los cónyuges y ex cónyuges, relaciones de familia, divorcio y nombre de hijos e hijas. También adecua términos o palabras que diferenciaban en razón de sexo (por ejemplo: marido o mujer, padre o madre), por menciones neutras, como por ejemplo: contrayentes, esposos, progenitores²⁷⁶.

²⁷⁶ Asimismo, en la mayoría de países en los que se ha instaurado el matrimonio homosexual, se ha hecho este cambio, omitir las diferencias por razón de sexo, reduciéndolas a contrayente A y contrayente B y otros conceptos similares. Esto no hace más que negar los conceptos de paternidad y maternidad (marido y mujer), inherentes e inseparables a la institución de matrimonio, conceptos que no son invención popular o cultural, pues son conceptos naturales, reales y visibles que, consecuentemente, aparecen contenidos en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en referencia a matrimonio y familia matrimonial. Así por ejemplo en el :

SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

- CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Artículo 23, inciso 1: Respeto al hogar y la familia: hace referencia a matrimonio, familia y **paternidad**.
- DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 25, inciso 2: “La **maternidad** y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...”
- CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER.
 - o Artículo 4, inciso 2: La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la **maternidad** no se considerará discriminatoria. (Mejor dicho, no se considerara discriminación arbitraria, pero si discriminación objetiva, real o natural, la cual es legítima, pues hombres y mujeres son iguales en cuanto a derecho pero diferentes en cuanto a la realidad natural).

En el Perú si bien a nivel legislativo aún no se está discutiendo sobre si se debe o no legalizar la unión homosexual a nivel matrimonial, consideramos que se llegara a discutir, pues es ineludible, se está discutiendo primero, como en todos los casos, acerca de instaurar una figura jurídica para la protección exclusiva de las parejas homosexuales, como es el caso del proyecto de ley de la Unión Civil²⁷⁷, el caso más conocido fue iniciado y propuesto por el congresista Carlos Bruce Montes y este asunto no ha dejado de estar en la agenda política, pues la presión o la oleada del lobby gay se está instaurando en el Perú, y parece ser el asunto relevante a resolver en nuestro país, con políticas de la denominada “Ideología de género”²⁷⁸ implantadas en los órganos del estado y llevadas a su práctica, se está creando el ambiente propicio a favor de este grupo de presión.

-
- Artículo 5, inciso b: Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la **maternidad** como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de **hombres y mujeres** en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.
 - Artículo 11, inciso 2: A fin de impedir la discriminación contra la **mujer** por razones de **matrimonio o maternidad** y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: (y en los demás ítems de este artículo también hace referencia a la palabra maternidad.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

- DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.
Artículo VII. Derecho de protección a la **maternidad** y a la infancia.
- PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.
Artículo 15, inciso 3, ítem a: Protección de la Familia. Hace mención al concepto de **madre** en referencia a la familia matrimonial.

Esto responde a que los conceptos de paternidad y maternidad son inseparables de la noción antropológica de matrimonio y familia matrimonial, por tanto el matrimonio no puede tener términos neutros como A y B, pues maternidad y paternidad responden a su finalidad y naturaleza, cuestión que es real y visible. Véase para esto nuestro capítulo de Funcionalidad del Matrimonio.

²⁷⁷ Propuesta legislativa que fue definitivamente archivada el 14 de abril del 2015, por la comisión de justicia del congreso del Perú, la que fue presidida por Juan Carlos Eguren al rechazar el pedido de reconsideración planteado por Mauricio Mulder. Por ende, deberá pasar un año de tomada esta medida, para que se pueda presentar una propuesta legislativa similar. Y a la fecha este periodo de tiempo ya transcurrió.

²⁷⁸ La palabra Ideología, tiene al menos dos acepciones fundamentales, una epistemología, y otra relacionada a la ciencia política, en la primera, la que nos interesa, podríamos definirla de la siguiente manera “conjunto de creencias e ideas individuales, grupales o sociales que determinan al sujeto poseedor y que lo colocan en la realidad existente de manera particular”, es decir una visión particular de la realidad, independientemente de corresponder a la realidad o no, pues es particular, en palabras simples vendría a ser la contracara de la realidad, el mundo de la apariencia y no de la esencia. Pues por esto mismo es denominado “ideología” de género, pues la visión particular, ahora ya social, de algunas personas hace que, habiendo una determinación biológica que decreta que el tipo de sexo corresponde a cada uno, este es rechazado y particularmente se asumen del sexo opuesto, rechazando la realidad biológica, de acuerdo a su “ideología” sexual personal, todo esto conlleva a operaciones de reasignación de sexo desconociendo lo determinado por naturaleza. Véase la definición de Ideología en: <https://www.definicionabc.com/social/ideologia.php> [Última consulta: 10 agosto 2017], o también <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=ideolog%C3%ADa> [Última consulta: 10 agosto 2017]

Estas construcciones respecto del matrimonio, son a todas luces contrarias a su modelo antropológico, son contrarias por ende a los contenidos expresados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son contrarias a la misma normativa vigente que sobre el matrimonio hay, volviéndose un contrasentido absoluto, haciendo pasar al matrimonio de ser una institución desmarcada de los demás actos y con finalidad social, a ser un contrato o acto jurídico cualquiera el cual responde a la exclusiva libertad individual llevada a su máxima expresión, contrato que está abierto a cualquier forma de unión, el cual no tenga reglas y aun así de tenerlas, estas podrían ser removidas a discreción, sin escatimo alguno, más que el nivel de presión que se ejerza. Con esto lo único que se ha hecho es de-construir en la imagen real de matrimonio, el legislador decidiendo sobre el contenido que arbitrariamente desea darle a esta institución ha favorecido a la creación de lo que algunos tratadistas españoles han denominado “la sociedad del malestar”, pues la presión social puede responder a demandas justas como también a injustas.

3.2.2.3. NOCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL ESPECTRO JURÍDICO, CONCORDANTE CON SU ANTROPOLOGÍA

De la adquisición del fenómeno matrimonio por el derecho, es necesario analizar la concepción contenida en los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre matrimonio, para poder distinguir entre los propios enunciados contenidos en estos y su concretización en leyes positivas, pues estos son principios básicos que todo Estado se obliga a respetar. Los enunciados contenidos en los instrumentos de derechos humanos no son leyes, no son derechos otorgados por el hombre para otro hombre, más bien responden a una sucinta descripción de la naturaleza humana a la cual debe ajustarse la conducta individual en sus relaciones de coexistencia social.²⁷⁹

A los derechos humanos a veces se les considera demasiado claros e intuitivos, y por ende no necesarios de fundamentación alguna, no obstante necesitan una, los derechos humanos están asociados a la idea de la *especie*, al hombre como miembro de una especie. De esto proviene que el derecho natural – concepto que ha tenido una tan eficaz como injusta mala prensa – proviene del derecho de la especie humana²⁸⁰, si bien esta no es conjetura nueva, tampoco es trivial e insignificante, pues esta atañe al

²⁷⁹ BEUCHOT, Mauricio. Filosofía y Derechos Humanos. 3ra. edición. Madrid: Siglo XXI editores, 1999, p. 9.

²⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 14, 15.

fundamento, pero al fundamento ¿de qué? Pues en este caso en especial al fundamento del matrimonio.

Como se ha sostenido correctamente, el derecho positivo no crea al matrimonio como derecho, aunque no estaría completo – para nuestra realidad – si no se llega a su positivización, pero son cosas muy diferentes, es decir no existió desde su primera promulgación en la ley, más bien como lo hemos demostrado, se gestó mucho antes, con el propio inicio de la humanidad, no dependió de algún estatuto jurídico aunque lo deseable es que sea llevado a uno. El fundamento de los derechos humanos, es previo a lo jurídico.

3.2.2.3.1. Matrimonio y Derechos Humanos

El artículo 16, inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en referencia al matrimonio:

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.

Queremos poner nuestro interés momentáneo sobre las palabras “los hombre y las mujeres” – “el hombre y la mujer” “men and women”, “l’homme et la femme”²⁸¹ – poniendo en contexto e interpretando tal documento internacional de manera sistemática, entendiéndolo como un todo, como lo que es y no como un compendio de artículos aislados e independientes entre sí, podemos poner este artículo en contraste con los demás, esta disposición universal – artículo 16 – opta por las palabras “hombre y mujer” para declarar sobre el matrimonio, dicho de otro modo para describir su naturaleza, no obstante a diferencia de los otros artículos en referencia a los demás derechos, se opta en todos los casos para declarar sobre ellos por las palabras “toda persona”²⁸², “todos” y “nadie”, la elección de la palabra hombre y mujer tiene que entenderse como deliberada y reflexionada estudiosamente, pues no es indiferente que la heterosexualidad aparezca expresada en este estamento universal.

²⁸¹ En su versión original francés y en inglés.

²⁸² En sus versión en inglés “everyone” “all human”, “no one”, en su versión en francés “tout”, “nul ne”.

Véase [Última consulta: 10 junio 2017]:

<http://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/index.html>

Para la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁸³ participaron diferentes actores, los cuales eran representantes de diferentes estados, provenientes de diferentes culturas, con formaciones políticas y religiosas diversas, este documento se sometió por ende a debates complejos y a la aprobación de distintas agrupaciones y Estados de todo el planeta, en consecuencia cada palabra escrita en este instrumento internacional ha sido escrupulosamente estudiada, de tal manera que no se podría tomar como casualidad que solo en el artículo que respecta al matrimonio, se haga mención al hombre y a la mujer, denotando el carácter heterosexual que por naturaleza corresponde.

Este manifestado, artículo 16 de la DUDH, como decíamos, es un reconocimiento de la noción de matrimonio, la descripción de su modelo antropológico, y pues como se puede evidenciar la regulación de a lo que se pretende llamar “matrimonio homosexual” es a todas luces incompatible con la concepción de matrimonio contenida en la declaración de los derechos humanos, incompatible por esto con el modelo antropológico del matrimonio.

Asimismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23, inciso 2, expresa que: “Se reconoce el derecho **del hombre y de la mujer** a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.” Similar a la DUDH, hace referencia “al hombre y a la mujer”, denotando el carácter heterosexual del matrimonio

²⁸³ “A lo largo de la historia, los conflictos, ya sean guerras o levantamientos populares, se han producido a menudo como reacción a un tratamiento inhumano y a la injusticia. La Declaración de derechos inglesa de 1689, redactada después de las guerras civiles que estallaron en este país, surgió de la aspiración del pueblo a la democracia. Exactamente un siglo después, la Revolución Francesa dio lugar a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y su proclamación de igualdad para todos. Sin embargo, muy a menudo, se considera que el Cilindro de Ciro, redactado en el año 539 a.C. por Ciro El Grande del Imperio Aqueménida de Persia (antiguo Irán) tras la conquista de Babilonia, fue el primer documento sobre derechos humanos. En cuanto al Pacto de los Virtuosos (Hilf-al-fudul) acordado por tribus árabes en torno al año 590 d.C., es considerado una de las primeras alianzas de derechos humanos.”: [En línea]. [Última consulta: 11 junio 2017]. Disponible en:

<http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>

“La historia de los derechos humanos comienza con la fundación de las Naciones Unidas (ONU) por la comunidad internacional en 1945. Frente a los horrores de la Segunda Guerra Mundial se esperó que con este organismo se podía impedir que lo vivido no se repitiera en el futuro en ningún lugar del mundo. La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de Junio de 1945 con el objetivo principal de ‘preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra’ y ‘reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre’. Aunque el concepto de derechos humanos precede en el tiempo a las Naciones Unidas, la fundación de este organismo fue considerado como necesaria para que la idea obtuviera reconocimiento formal y universalmente. Por ello se estableció la Comisión de Derechos Humanos en 1946, que de allí hasta el año 2006 constituyó el principal órgano normativo en cuanto a derechos humanos dentro de la ONU.” (el subrayado es nuestro): [En línea]. [Última consulta 10 junio 2017]. Disponible en: <https://sustentarsemx.wordpress.com/2011/11/22/breve-historia-de-la-declaracion-universal-de-los-derechos-humanos/>

y de la familia matrimonial. De igual forma en demás instrumentos universales en los que se hace mención al matrimonio, siempre se hace notar la esencia heterosexual de este, por ejemplo la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en el artículo 11, inciso 2, menciona la palabra matrimonio asociándolo directamente con la palabra “maternidad”, el cual es un carácter esencial del matrimonio pues es una institución viva, asimismo en el artículo 16 el mismo instrumento menciona las palabras “hombre y mujer” junto a matrimonio, en el mismo artículo inciso g, se hace la mención a la palabra “marido y mujer” ya no en el sentido de “hombre y mujer” que acceden al matrimonio, sino como “marido y mujer” dentro del matrimonio como relación de complementariedad heterosexual, no constriñéndolo a palabras neutras como pretende el *lobby* gay. El Convenio Europeo de Derechos Humanos – del cual no somos parte pero sirve para el análisis comparado – refrenda en su artículo 12, el derecho a contraer matrimonio, “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. Con el mismo horizonte universal, en nuestro sistema americano de protección sobre derechos humanos, la Convención Americana, en el artículo 17, inciso 2, estipula: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...”. En todos estos instrumentos internacionales se hace referencia al hombre y la mujer, al carácter heterosexual del matrimonio.

Todo esto denota que hay una clara visión jurídica universal²⁸⁴ de lo que es matrimonio, de su esencia antropológica, un reconocimiento a su carácter natural que no puede ser cambiado a voluntad del legislador, y de ser así, de haberse perpetrado tal cambio – pues por el principio de libre determinación y soberanía algunos estados han podido hacerlo, cambiar en sus legislaciones la estructura innata del matrimonio – se estaría saboreando una realidad completamente ilegítima, llegando así a un absurdo jurídico en desmedro de su sociedad. Asimismo como se puede apreciar solo se hace referencia a la esencia natural del matrimonio y no a la esencia cultural de este, véase no se hace mención en los instrumentos universales de si el matrimonio es monógamo o polígamo, o si hay restricciones universales como el incesto u otras similares, en suma no se hace referencia a ninguna de las construcciones humanas sobre el matrimonio, estas son

²⁸⁴ No sucede así con el concepto de familia, pues la familia no tiene forma, es por esto que no se reconoce forma alguna de la familia en los instrumentos internacionales. Véase para esto nuestro capítulo de funcionalidad del matrimonio.

reguladas por el derecho interno de cada país, pues estas al ser culturales, son cambiantes y varían de país en país, o mejor dicho varían dependiendo de la sociedad en la que se encuentre, pues cultural es todo aquello que es de un modo y puede ser además de otro, ahora bien lo que sí reconoce por ser trascendental y universal es su esencia natural invariable, ya que natural es todo aquello de que es un modo y no puede ser además de otro, y así lo reconocen los instrumentos internacionales, reconocen lo que es natural y cultural.

3.2.2.3.2. Matrimonio vs. el Principio de libertad, igualdad y no discriminación.

Empezamos el análisis de este apartado con lo que se podría considerar como “restricciones ilegítimas para acceder al matrimonio” desde la concepción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, regresamos pues a su artículo referente al matrimonio, artículo 16, inciso 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...”, como se puede valorar, en este no se pone un criterio de avance para que se pueda redefinir el concepto de matrimonio, pues delimita, “sin restricción alguna por: motivos de **raza, nacionalidad o religión**”, no estipulando ni uno más que estos tres, para no dejar puertas de avance que puedan ir en desmedro de esta institución, pues también, a diferencia de los demás artículos, cuando se menciona algún tipo de discriminación, se expresa el término “cualquier otra condición”, por ejemplo el artículo 2 del mismo instrumento internacional, declara que:

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

Esto se hace para así amparar categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas, pues los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, no son un listado taxativo y limitativo, más bien este es uno enunciativo, siendo que la redacción de dicho artículo, deja abierto criterios con la inclusión del término “cualquier otra condición social” o “cualquier otra índole”. No sucede lo mismo con el artículo específico respecto al matrimonio, pues en esta no se deja abierto criterios de avance, más bien lo restringe a tres, se constituye como un listado cerrado que en virtud

de solo las categorías indicadas sería ilegítimo perpetrar la restricción del acceso al matrimonio, por tanto solo podría haber como discriminación el hecho de perpetrarse sobre estas tres causas: raza, nacionalidad o religión. Esto responde a que no se puede avanzar en la construcción natural del matrimonio, si se puede avanzar en la parte cultural de esta, pues al fin y al cabo la parte cultural es creación humana, en lo otro no, ya que no dependió del ingenio o avance humano, más bien de nuestra naturaleza.

Generalmente se arguye desde el derecho a la libertad e igualdad ante la ley como bastión para la defensa del matrimonio homosexual. Por tanto, se podría llegar a concebir que lo dicho líneas arriba, es restringir de alguna manera el derecho a la libertad individual con la que cuentan todas las personas y que también amparado por todos los instrumentos internacionales que a ella refieren, pues bien, no es así, véase el derecho a la libertad por cómo es entendida contemporáneamente, está siendo concebida de manera incorrecta, pues este pensamiento popularizado refiere a que el derecho a la libertad se sabe ilimitado, cuestión que es ilegítima, a la luz de los mismos instrumentos internacionales.

El artículo 29 de la DUDH, es, en referencia a esta situación, un artículo importante al que no se le ha otorgado una atención debida, esto por avance cultural desmesurado, esta disposición sanciona en su primer párrafo: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”, en el segundo párrafo refiere a que en el ejercicio o disfrute de los derechos y libertades toda persona estará solo sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el fin de satisfacer exigencias justas de la moral, el orden público y bienestar de la sociedad. Este artículo nos ofrece una concepción diferente al que estamos acostumbrados a percibir cuando nos referimos a los derechos humanos.²⁸⁵

El libre desarrollo de la personalidad, es un elemento básico del derecho a la libertad, pues es una expresión de este, debe entenderse por derecho a la libertad el bloque de normas que la regulan su ejercicio y las que regulan sus límites actuando tales de manera recíproca, por tanto el derecho a la libertad “autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a

²⁸⁵ ORAÁ ORAÁ, Jaime. GÓMEZ ISA, Felipe. La Declaración Universal de Derechos Humanos: Un breve comentario en su 50 aniversario. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, p. 69.

requisitos o condiciones determinadas”²⁸⁶, de tal manera no podría concebirse un derecho a la libertad si esta libertad no tuviera límites, en cuyo caso no podría considerarse como derecho a la libertad verdadero o justo. “En suma, el contenido esencial de un derecho fundamental es el resultado de su [correcta] delimitación.”²⁸⁷

Ahora bien, desde esa perspectiva, podemos afirmar que el *Ius Connubii* no es un derecho a la libertad ilimitada sin tener en cuenta su modelo antropológico, el Derecho delimita las condiciones para el acceso al matrimonio, en base a como lo hemos visto, a sus características naturales y culturales, las cuales deben cumplirse obedeciendo al correcto ejercicio del derecho a la libertad, por tanto el *Ius Connubii* no es un derecho en el que se pueda explotar la libertad individual con el único limitante de evitar ocasionar perjuicio a terceros, no obstante el fuero privado si podría entenderse propicio para consumir esta libertad individual.²⁸⁸

El *Ius Connubii* más que derecho individual es tributario de la sociedad, pues las reglas tanto naturales y culturales ya estas perfectamente determinadas en su composición básica, no compete a la libertad individual acceder al matrimonio y estipular las condiciones que alguna persona pretenda respecto de este, de ser así las reglas no serían puestas por el estado o la sociedad con visión a la antropología jurídica de esta institución, sino por cada ciudadano de acuerdo a sus necesidades en particular, para explicar lo que queremos decir deseamos graficarlo de la siguiente manera: Si algún ciudadano – hombre para cuestiones de este ejemplo – deseara casarse con más de una mujer a la vez, pues su convicción polígama o el ejercicio de su práctica o identidad sexual así lo requiere, podría hacerlo, si cree que cuenta con la condición económica suficiente para proveerle un buen futuro a sus esposas, y los hijos que estas puedan darle, sumado al pleno consentimiento de las mujeres cuestión que sería la más importante, por no decir la única que importa ¿Por qué no permitir este matrimonio que se acomoda a las necesidades del ciudadano en mención? Porque no trastocar la característica cultural de la monogamia en el matrimonio, si es que ciudadanos así lo

²⁸⁶ PRESNO LINARA, Miguel Ángel. El matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema constitucional español. Revista general de Derecho Constitucional, 2013, n° 17, p. 6. Disponible en: <https://presnolinera.files.wordpress.com/2013/10/el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-el-sistema-constitucional-espac3b1ol.pdf> [Última consulta: 04 julio 2017]

²⁸⁷ *Ibíd.*, p. 9.

²⁸⁸ ALZATE MONROY, Patricia. Hacia una fundamentación jurídico-antropológica de la heterosexualidad como propiedad esencial del matrimonio. 2004, p. 7. [En línea]. [Última consulta: 03 julio 2017]. Disponible en: www.am-abogados.com y www.formatolegal.com

necesitan, o porque no algunas otras características como la prohibición del incesto, si es que hay una plena manifestación de la voluntad y sin un posible riesgo congénito del futuro ser humano, riesgo que como se ha visto es idea errónea, en todos estos casos el matrimonio es acaso discriminatorio o ¿siempre lo fue? Colisionando milenariamente con todas las otras prácticas sexuales que libres tuvieron que claudicar, injustamente, ante una concepción dominante de matrimonio, pero no única concepción. Estos ejemplos son aún más absurdos que el del matrimonio homosexual, por cuanto en estos se está trastocando una construcción cultural, construcción cultural que, bien enraizada y de difícil modificación como se decía, es al fin y al cabo construcción humana, que puede ser de un modo y además puede ser de otro, en el caso del matrimonio homosexual se está trastocando una condición natural que contraria a la cultural no puede ser modificable por parecer humano, pues es de un modo y no puede ser, además, de otro. Cuestión que al parecer pasó inadvertida, o si bien fue advertida fue en todo caso pisoteada por alguien denominado Legislador, ente Judicial o Estado.

Pues la respuesta a esta situación es que el matrimonio, no está abierto a necesidades individuales, el *Ius Connubii* no es un derecho que existe para legitimar la práctica de la propia sexualidad, haciéndose notar que las prácticas – como ambiciones – sexuales son diversas y proliferantes²⁸⁹, esa no es la finalidad del matrimonio. En tal caso debe considerarse que el derecho a la vida privada resulta ser una garantía suficiente para la

²⁸⁹ Hay innumerables Identidades u Orientaciones Sexuales (denominadas así), reconocidas y no reconocidas, como podría ser la heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad pansexualidad, etc. Aunque para algunos entendidos en el tema la bisexualidad esta comprendida dentro de la pansexualidad, pues mientras la bisexualidad tiene una atracción *bi*, es decir a dos, preferente hacia hombre o mujer, la pansexualidad no se reduce solo a dos, sino tiene preferencia sexual hacia todas las identidades de genero que pueda haber, sea hombre, mujer, hombre transexual, mujer transexual, agenero, con identidad *queer*, u otras que haya. Al respecto ver [Última consulta: 03 julio 2017]:

<http://aminoapps.com/page/lgbt/4252833/bisexualidad-o-pansexualidad>

Asimismo, otros consideran que el termino paraguas para comprender la preferencia sexual no es la pansexualidad sino la bisexualidad, denominándolo a este “El paraguas Bisexual”. Al respecto ver [Última consulta: 03 julio 2017]:

<http://www.laradicalbi.com/2014/09/el-paraguas-bisexual.html>, ver también;

<http://homosensual.mx/comunidad/el-paraguas-bisexual/>

Todo esto con respecto a las **Identidades u Orientaciones Sexuales**, sin embargo, cuestión distinta es la denominada **Identidad de Género**, pues mientras que las primeras responden a una ambición sexual, a una afición a practicar la relación sexual con una determinada persona, la Identidad de Género es la identificación de su persona, es decir el cómo se siente con su cuerpo, con su sexo dado y el construido, pudiendo aceptar o negar su sexo biológico, esto independientemente de su ambición o preferencia sexual. También hay un sinfín de Identidades de género, como lo son: hombre, mujer, transexual, bigenero, pangenero, andrógino, agenero, genero queer (genero único), en fin, son innumerables y cada día parecen aumentar. Al respecto ver [Última consulta: 03 julio 2017]:

<https://www.actuall.com/familia/hombre-mujer-no-seas-anticuado-ahora-puedes-elegir-entre-31-identidades-sexuales/>

ejecución de las prácticas sexuales personales frente a eventuales actos discriminatorios, dotado de algunos mecanismos de protección patrimonial sería la solución eficaz, idónea y porque no legítima a esta problemática. Ya que como se ha dicho reiterada e insistentemente, matrimonio y homosexualidad, ambos fenómenos humanos igualmente valorables, responden a finalidades diferentes.

No por el hecho de que el ciudadano usado en el ejemplo anterior alegue una supuesta discriminación – pues su convicción polígama minoritaria estaría siendo discriminada por la visión monógama imperante en su sociedad, lo cuál no sería justo, dado que no se le permitiría vivir de acuerdo a su identidad – se vaya a diseñar o redefinir el matrimonio conforme a sus necesidades o a sus prácticas sexuales. Todo esto caería en un absurdo jurídico o más bien abuso jurídico, pues el matrimonio no responde a la desmesurada libertad individual, ni a necesidades individuales, no es diseñado para legitimar las diversas y proliferantes prácticas sexuales, tomándolo así, el matrimonio sería un simple contrato el cual tendría diversas formas, las que variarían dependiendo de la voluntad de las partes contratantes, además de no tener regla alguna pues lo más seguro es que alguna de estas sea atentatoria contra la libertad individual de algún ciudadano por constituirse como impedimento a desarrollar el ejercicio a su libertad, el matrimonio no tendría una identidad definida y menos aún, un modelo antropológico, sería descabellado decir que existe uno. En suma el matrimonio no sería lo que en verdad es. Pues como se ha dicho, el matrimonio es, antes que para el individuo en particular, tributario de la sociedad.

Dentro de la doctrina española podemos encontrar el concepto de libertad que se ha desarrollado en referencia al matrimonio, de acuerdo con el profesor Ignacio Gutiérrez:

“Si nos centramos, pues, en el derecho a contraer matrimonio tal y como figura en la Constitución, hay que pensar primero en un derecho individual de libertad. La libertad negativa de no contraer matrimonio, de no contraerlo con una persona determinada o de no contraerlo en un momento determinado, se garantiza frente a las prácticas del matrimonio acordado o

impuesto, que parecen radicalmente inadmisibles: los poderes públicos tienen que atender aquí a su deber de protección.”²⁹⁰

Pese a todo esto y contra todo pronóstico se podría y se ha hecho, en efecto, como en el caso Español, una manipulación a discreción de los conceptos esenciales y del molde antropológico del matrimonio, esto coludido de la facultad legislativa con la que cuentan los Estados, olvidando que la soberanía de cada estado se encuentra limitada por los derechos fundamentales que reconoce su Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y que se encuentren vigentes.²⁹¹

Es increíble que todo aquello que hemos podido argumentar, haya pasado desapercibido en la concepción o avance jurídico de algunos países, pues lo criterios aquí usados son universales y no responden a una específica cultura, como podría ser la peruana a la cual pertenecemos, de haber legitimado algo ilegítimo, sin considerar todo aquello por cuanto hemos dicho que sabemos es de conocimiento jurídico público.

3.2.2.4. MATRIMONIO EN NUESTRA CULTURA JURÍDICA PERUANA

Nuestra concepción jurídica peruana en referencia al matrimonio, es, como en todos los casos de normativa matrimonial, edificada a partir de una condición natural y con una clara construcción cultural, ahora bien, es necesario mencionar que todo el espectro jurídico peruano – y en si toda norma jurídica en el mundo – no es en todos los casos reflejo de una ley natural, no se podría decir que la naturaleza, es fundamento de toda ley positiva, ya que hay normativa positiva que es netamente avance y construcción cultural, que en nada dependió de alguna condición natural, y por tanto es fiel reflejo de la creación e ingenio del hombre, un claro ejemplo de esto es toda la normativa referente al tránsito vehicular, aun así sea universal y haya evaluaciones mundiales sobre seguridad vial, es creación y desarrollo netamente humano, desde el hecho de conducir en algunos países por el lado izquierdo de la autopista y en otros por el derecho, asimismo el lado del carro donde debe estar situado el timón, por qué algunas

²⁹⁰ PRESNO LINARA, Miguel Ángel. El matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema constitucional español. Op. cit., p. 12.

²⁹¹ ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario. La noción de “categoría sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, 2014, p. 501. [En línea]. [Última consulta: 03 junio 2017]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpuev/n43/a13.pdf>

calles tienen tal o cual sentido, toda la normativa referente a las sanciones por infracciones, hasta la misma génesis de la reglamentación de tránsito vehicular, es producto del ingenio humano y por ende de la construcción cultural, pues cultural es todo aquello que es de un modo y pudo haber sido, además, de otro.

Volviendo al tema que nos incumbe, nuestra concepción jurídica peruana respecto del matrimonio, como es racional, no está exenta a la concepción universal del matrimonio en su esencia natural, y en su construcción cultural es en gran parte reflejo de cultura occidental, ya que nuestra cultura jurídica está occidentalizada respecto a esta institución. Asimismo nuestra normativa, está sujeta a la normativa universal sobre Derechos Humanos, sobre los cuales ya hemos hablado²⁹².

Para desentrañar la concepción jurídica sobre el matrimonio en el Perú, debemos remitirnos a los cuerpos legales que sobre esta materia regulan. Dentro de nuestra regulación interna, nos remitiremos en primera instancia a nuestra carta magna, la Constitución Política de 1993, pues esta es la norma que cuenta con mayor jerarquía normativa, sobre todas las demás, así lo establece su propio artículo 51²⁹³ cuando señala que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal”, por tanto la norma constitucional prevalece por cualesquiera otra de nuestro sistema legal, ya que esta es la guía de todo nuestro ordenamiento y fundamenta nuestro sistema jurídico.

²⁹² Es necesario mencionar que un tema que ha despertado cierto debate, es el rango jurídico que ostentan los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de los que Perú es parte, hay un articulado de nuestra constitución que regula esta situación, el artículo 55 establece “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, entendiéndose por esto el rango de ley, sin embargo la cuarta disposición final del mismo cuerpo jurídico establece que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, es decir con ostentando rango constitucional. El artículo 55 hace referencia al rango de ley, pero la cuarta disposición final al rango constitucional, se debe entender entonces que los tratados pueden tener ambos, o bien rango de ley o rango constitucional dependiendo de la materia a que refiera, así por ejemplo en tema referente a Derechos Humanos, tiene rango constitucional, y forma parte de algo llamado “bloque de constitucionalidad”. Pero este no es el debate al que nos referíamos, el debate se centra en que cierto sector de la doctrina nacional abala, de acuerdo a lo señalado antes, que los tratados sobre Derechos Humanos tienen rango constitucional, pero otro sector con buena lógica y argumentación jurídica postula que los tratados sobre derechos humanos tienen un rango mayor al de la Constitución pues forma parte no de un Derecho de un Estado individual, sino de un Derecho Comunitario, el Estado en la comunidad, por tanto el Estado al suscribir un tratado de esta índole, está subordinando su voluntad interna a un cuerpo legal internacional. Al respecto véase: RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico, Introducción al derecho. 10ma edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014, pp. 138-140.

²⁹³ Constitución política del Perú, Artículo 51: La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

En necesario mencionar que no pretendemos investigar en toda la regulación civil peruana pasada e histórica, pues las anteriores regulaciones respecto del matrimonio, contenidas en las constituciones pasadas y los primeros códigos civiles, nos indican que también estaban influenciadas por la concepción occidental del matrimonio, concepción y avance cultural que ya fue desarrollado en los apartados anteriores sobre las construcciones humanas sobre el matrimonio.

Nuestra constitución actual de 1993 en su artículo 4 expresa que “La comunidad y el Estado [...], protegen a la familia y **promueven el matrimonio**. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.” comparando este articulado con el de nuestra anterior constitución de 1979, en su artículo 5 establecía “El Estado protege el **matrimonio y la familia** como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”, de esto se puede desprender que en la constitución de 1979, los conceptos de matrimonio y familia estaban entrelazados, por tanto no los concebían como separables, no obstante en la actual constitución de 1993, estos dos conceptos aparecen desvinculados²⁹⁴, cuestión que es acertada pues mientras que el matrimonio tiene una forma definida en su condición natural, en base a su antropología jurídica, condición natural que como se ha visto se encuentra expresada a su vez en todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la familia a diferencia no cuenta con una forma definida o un modelo antropológico claro, precisamente así lo expresa el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 19, como ya lo habíamos advertido y expresado “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”²⁹⁵, destacando a su vez que:

“...cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de

²⁹⁴ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. ¿Cuál es el modelo de familia en la Constitución de 1993? [En línea].2008. [Última consulta: 17 junio 2017]. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/03/12/cual-es-el-modelo-de-familia-en-la-constitucion-de-1993-sigue/>

²⁹⁵Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990). [En línea]. [Última consulta: 17 junio 2017]. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom19.html>

familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida" [u otras], debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.²⁹⁶

Lo cual nos conlleva a sostener algunas ideas, la primera es que es incuestionable que los conceptos de matrimonio y familia son diferentes, pues se debe entender que el matrimonio es más bien un tipo de familia, sino la más importante ya que en torno a esta gira casi toda la normativa familiar que se expresa en nuestro actual código civil, la segunda idea que podemos sostener es que los estados no están obligados a reconocer todos los conceptos de familia que pudiera haber, y la última, la cual está ligada a la segunda, es que los estados cuentan con un margen de apreciación nacional, y en virtud a este pueden decidir otorgar o no protección familiar a un grupo determinado, y que además no necesariamente todos los conceptos de familia a los que un Estado decida proteger deben contar con la misma protección.

Regresando al artículo 4 de nuestra Constitución de 1993, queremos incidir en la expresión contenida en su segundo párrafo “La forma de matrimonio y las casusas de separación y de disolución son reguladas por ley”, véase, si bien no prescribe o hace referencia expresa a la condición natural inamovible del matrimonio, ni tampoco a alguna forma cultural de este, hace mención a que esta es regulada por ley, y “la ley” a la que refiere “el código civil de 1984”, el que denotaba la condición hombre – mujer, era previo al artículo mencionado, por tanto al momento de la redacción de dicho articulado, la forma concebida de matrimonio en el Perú o la concepción que se tenía en mente, era, como es racional, en su condición natural, formada por hombre – mujer, esto es expresado por el legislador con el artículo 4, haciendo referencia a la noción matrimonio que ya se tenía previamente a la actual Constitución de 1993, por consiguiente este artículo no hace otra cosa que avalar, reconocer o afianzar la noción

²⁹⁶ *Ibíd.*

de matrimonio que ya se tenía en el Perú, la cual es en su condición natural, irrecusablemente heterosexual. Asimismo, esto es concordantemente con la noción de matrimonio contenida en los tratados sobre derechos humanos de los cuales Perú era parte antes de la redacción de la Constitución de 1993, los cuales también, como se ha visto, hacen referencia clara a la noción de matrimonio en su condición natural.²⁹⁷

Este argumento hace que tengamos por sostenido que en nuestra constitución de 1993, el matrimonio en su condición natural, es también reconocida como la unión hombre – mujer, pues la constitución de 1993 avaló la ley previa, prueba de esto además son los debates constitucionales previos a la promulgación de nuestra Constitución de 1993, en los cuales, si bien se discutieron condiciones de políticas culturales, por ejemplo el hecho de la protección y promoción de matrimonio u otras políticas de fortalecimiento de la institución, la condición heterosexual de este instituto era incuestionable.²⁹⁸

Nuestra constitución de 1993, seguidamente en su artículo 5 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”, de este texto se puede apreciar que se considera constitucionalmente a la unión de hecho mencionada fuente generadora de familia otorgándole cierto tipo de protección, se expresa además que la condición heterosexual debe estar presente, véase, lo que se desprende del artículo 4 es que se otorga especial protección y además promoción de la familia matrimonial y del artículo 5 que se otorga cierto tipo de protección a la familia de unión de hecho. Esto nos obliga a determinar que no es indiferente el hecho de que aparezca expresada la condición heterosexual en una unión que es en potencia y en aspiración asemejable a la familia matrimonial, y no sea expresada en la misma familia matrimonial o mejor en el acto del matrimonio real por excelencia, aunque es necesario señalar que los modelos familiares y el estatus que se le otorga a cada una de estas no sea la misma, pues son dos formas de familia, de las muchas que creemos que podría haber, lo cual será comentado en nuestro siguiente apartado.

²⁹⁷ UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993.

Op. cit. pp. 87-90.

²⁹⁸ *Ibíd.*, p. 88.

Esta es la concepción de matrimonio en la cultura jurídica del Perú, la cual no podría ser removida, no al menos en su condición natural, pues se colisionaría contra la normativa nacional vigente y contra todo el bloque normativo internacional de los instrumentos de Derechos Humanos que reconocen la génesis del matrimonio, sin perjuicio de colisionar además con lo más importante, que es el modelo antropológico del matrimonio, su real esencia y carácter trascendental.

3.3. DE LA FUNCIONALIDAD: EL MATRIMONIO VS. EL FENÓMENO DE LA HOMOSEXUALIDAD

Es necesario incidir en un asunto que consideramos importante, puede sonar fatigoso el hecho de haber mencionado insistentemente que la presente investigación al fundarse sobre un análisis antropológico debe ser edificada a partir un criterio con revisión de la realidad y humanidad, esto pues que no sea tomado de forma fatigosa, pues sirve como argumento para evitar caer en abstracciones como la valoración a determinadas conductas de buenas o malas, de morales o inmorales. La realidad social y el estudio de la humanidad es palpable y percible, de no estudiar la naturaleza y la cultura a partir de estos, un estudio antropológico no haría más que quedarse entre gruesos paréntesis. De esto viene el presente capítulo, del matrimonio como institución servible a la realidad social.

Se ha argumentado, coherentemente, que el matrimonio es edificado culturalmente a partir de una condición natural invariable, a esto se le puede llamar institución jurídica del matrimonio. Como bien lo decía el profesor Carlos Martínez²⁹⁹, el derecho identificó un fenómeno social, con orígenes anteriores a la existencia del derecho, aun como costumbre, lo denominó matrimonio, y lo encuadró jurídicamente, por tanto el derecho no creo a este instituto, básico en todas las sociedades actuales y pasadas, no se puede concebir la existencia de sociedad alguna sin la existencia dentro de esta de la unión hombre – mujer, de lo que se denominó matrimonio. Ahora bien, cabría hacer la pregunta ¿Por qué el derecho acogió a este fenómeno social, considerado institución y otorgo protección especial? Pues parece que tenuemente hemos podido responder a esto, el matrimonio, unión hombre – mujer, se precisa de indispensable para la existencia de una sociedad, sin perjuicio de la importancia con la que también cuenta la

²⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 9-11

institución de familia en la sociedad (además de la matrimonial), importancia que distinta, es también necesaria pero en otras condiciones.

El matrimonio, tiene una inherente funcionalidad respecto a la sociedad, de esto es reflejo su condición natural, el fenómeno de la homosexualidad, entendido también como un fenómeno real y visible, independientemente de las valoraciones culturales o más exactamente morales que se le pueda dar, aprobando o desaprobando tal práctica, tiene una funcionalidad diferente a la del matrimonio, solo diferente y no digamos contraria. Es en base a esto que se puede afirmar, como sostiene el profesor Placido Vilcachahua “Matrimonio, ciertamente, en tanto que categoría social y jurídica formada históricamente a lo largo de miles de años [en su aspecto cultural] [...], lo es solo heterosexual [...], lo otro, la pareja homosexual [...], es una realidad distinta al matrimonio pero no es matrimonio”³⁰⁰ realidad que distinta pero no ilícita, “la homoafectividad se manifiesta, más que como un impedimento matrimonial, en un verdadera causal de inexistencia de este”³⁰¹

Una de las finalidades del matrimonio, es el asistencialismo, es decir la ayuda o asistencia mutua entre cónyuges, la convivencia como sostén y apoyo para afrontar el futuro, si es que se le quiere tomar así, pues el hombre es un ser con condición a relacionarse³⁰², no se le puede concebir de manera aislada y sin contacto con los demás seres humanos, tal vez como si pudo darse en épocas primitivas de la historia humana, es también necesaria independientemente de un contacto cotidiano y de vecindad, propia de una sociedad, una relación a mayor profundidad con proyección a futuro, con proyección y compromiso a favor con otra persona, ese es el asistencialismo, la promesa de asistirse mutuamente con otra persona en todas las necesidades y acompañarse en el paso por la vida. Ahora bien la asistencia puede subsistir aun después del divorcio y sin que se dé un acompañamiento real en la vida, por tanto esta no puede ser una condición o finalidad primaria del matrimonio. Si bien la asistencia mutua de cónyuges es una de las finalidades del matrimonio, no es la más importante por supuesto, es más se concibe que esta es más bien una finalidad secundaria.

³⁰⁰ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Citado En: UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit. p. 96.

³⁰¹ UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit. p. 97.

³⁰² ALZATE MONROY, Patricia. Hacia una fundamentación jurídico-antropológica de la heterosexualidad como propiedad esencial del matrimonio. Op. cit. p. 1.

Empezamos pues con referencia a esta finalidad ya que es la única que podrían compartir o en la que podrían converger matrimonio y unión homosexual si es que en nuestra regulación se opta por reconocer a esta última unión como una válida productora de efectos jurídicos, no obstante el matrimonio como tal no podría verse reducido solo a asistencialismo, pues tiene otras finalidades con mayor importancia respecto a la sociedad, esas finalidades son las que lo describen propiamente.

No podría, por tanto, abogarse a partir de una teoría asistencialista para promover una admisión legal del mal denominado matrimonio homosexual, pues porque matrimonio no solo se reduce a asistencia, compañía o ayuda mutua entre cónyuges. No es materia del presente trabajo hacer una investigación referente a lo que debe considerarse familia, pues para describir su real significado, harían falta no solo una sino varias investigaciones y aun así consideramos no estaría descrita de manera completa no obstante en este punto de la investigación estamos obligados de acercarnos sutilmente a este complejo concepto. La teoría del asistencialismo estaría mayormente abocado a la noción de familia, más que a la de matrimonio, familia como decíamos en anteriores capítulos, tiene un concepto variable, el cual puede variar, disculpen la redundancia, de Estado en Estado, es más puede variar en diferentes regiones dentro de un mismo Estado, pues la diversidad cultural que pueda poseer este (Estado), en caso de ser vasta o al menos variada – un claro ejemplo de eso es la riqueza peruana en sus culturas nativas – puede conllevar a que dentro de este (Estado) se alberguen etnias aisladas de la civilización, con costumbres, creencias y organización política propia, las cuales pueden concebir un concepto de familia distinto al de la sociedad civilizada del Estado al que pertenecen geográficamente, asimismo estas etnias pueden discrepar del concepto de familia con el que cuentan otras etnias aledañas a esta. El profesor Claude Levi Strauss³⁰³ nos menciona – en referencia la familia – que los antropólogos “pertenecen a una extraña especie: les gusta convertir lo ‘familiar’ en misterioso y complicado. De hecho, el estudio comparativo de la familia entre los diferentes pueblos ha suscitado algunas de las polémicas más ásperas de toda la historia del pensamiento antropológico y probablemente su cambio de orientación más espectacular”.

Debe considerarse por lo tanto que elaborar un concepto uniforme de familia sería arbitrario, de igual forma tendríamos el mismo resultado si lo aplicamos a nuestra

³⁰³ LEVI STRAUSS, Claude. La familia. Op. cit., p. 1.

realidad peruana, “donde Estado y Nación no llegan a comprenderse pues la expresión ‘familia’ adquiere una diversidad semántica portentosa, no sólo en los códigos, sino especialmente fuera de estos. La plurisignificación del término deriva de patrones culturales oponibles temporal y espacialmente”³⁰⁴, esta cuestión es ampliamente diferente al concepto de matrimonio, pues como se ha visto desde su antropología matrimonio cuenta con un concepto uniforme no solo en el Perú, sino universalmente en tiempo y espacio, por supuesto solo en su condición natural y en algunas partes tenues de su condición cultural actual.

En la concepción primitiva el termino familia: “designa a los miembros, que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y los recursos del jefe de la casa”³⁰⁵, llevado a nuestra época contemporánea, sería en esencia lo mismo solo omitiendo la referencia al jefe de casa, quedando solo la expresión “bajo una misma dirección”. Ahora bien siempre que se hace referencia al concepto de familia, se viene a la mente, casi involuntariamente el modelo de familia matrimonial, esta no es más que un tipo de familia, pero no la única, no obstante esta cuenta con características y fines especiales, es a esta familia a la cual la regulación peruana hace constante referencia. La unión matrimonial funda una familia, la cual en nuestra regulación jurídica peruana está formada por el “grupo reducido que forman el padre, la madre y los hijos; con exclusión de los demás parientes o por lo menos de los colaterales”³⁰⁶, matrimonio no es familia, es más bien la unión que da origen a un tipo de familia, esto es reconocido internacionalmente en los diversos instrumentos de Derechos Humanos, por ejemplo por la DUDH, cuando expresa en su artículo 16, inciso 1 “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho[...], a casarse y [consecuentemente] fundar una familia”, en similar sentido la CADH, en su artículo 17 inciso 2 “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y [consecuentemente] a fundar una familia” por tanto matrimonio no es “padre, madre e hijos”, solo lo es la unión “hombre – mujer”, la familia sin embargo si es ese cumulo de integrantes descrito, por tanto la familia (de tipo matrimonial), es consecuencia del matrimonio, por esto, matrimonio no es lo mismo que familia y los instrumentos internacionales son concordantes con lo que expresamos.

³⁰⁴ RAMOS NÚÑEZ, Carlos Alberto. La idea de familia en el código civil peruano. En: Themis-revista de Derecho, número 30, 1994, p. 97.

³⁰⁵ *Ibíd.*, p. 98.

³⁰⁶ *Ibíd.*, p. 98.

Esto nos lleva a sostener que la familia engloba a todas las personas unidas sea por un lazo de consanguinidad o afinidad, en suma por un lazo de parentesco (que es la cualidad de ser pariente), que se rijan bajo un mismo techo, o no solo eso, abriendo aún más el concepto de familia, no necesariamente deben regirse bajo el mismo techo. Con todo eso, en sentido estricto Familia sería, una colectividad formada por las personas que por diversas causas, están sometidas a la misma autoridad y bajo un mismo fin, este fin que sea la cooperación mutua.³⁰⁷ Es así que el termino familia no se pierde en la familia nuclear o matrimonial como quiera decirsele, la norma y la doctrina jurídica no explican por si la complejidad del fenómeno familia. “En el fondo, esto es irresoluble desde el punto de vista teórico, porque el problema de ‘quién es familiar y quién no’, tiene tantas variantes personales y subjetivas que es prácticamente imposible, por no decir ilegítimo, pretender legislarlo igual para todos.”³⁰⁸

Las más clara referencia a solo asistencialismo lo encontramos en el concepto de familia – concepto que además no tiene forma exacta – para ilustrar mejor, antes de nuestro actual código civil “el Código Civil de 1852 consagraba la vocación hereditaria de los parientes colaterales consanguíneos del sexto grado inclusive (artículo 881); el Código de Procedimientos Civiles de 1912 reconoce el parentesco espiritual y supone que son familiares entre sí, los compadres, ahijados y padrinos (artículos 89 y 454)”³⁰⁹, pues se entiende que hay un interés de procurar por el otro, en referencia al asistencialismo, mientras más cercano mejor. En la familia, para considerarse como tal, es necesario el intercambio o la reciprocidad de bienes, de esto viene la cooperación mutua. Es por eso que en algunos ordenamientos jurídicos a las uniones homosexuales se les ha otorgado solo una protección familiar, las denominadas familias homoparentales una calidad de parentesco (calidad de parientes), el problema viene cuando a esta idea, cuando ya familiar, se le acrecienta fundamentos erróneos y equivocadamente se les empieza a confundir con matrimonio, esto es a lo que ya hemos denominado en anteriores capítulos como andamiaje jurídico, el cual fue debidamente explicado y comprobado en el nuestro apartado de la ACTUAL CONSTRUCCIÓN CULTURAL SOBRE EL MATRIMONIO, esto se hace con motivo de hacer ostentar a la unión homosexual fines y facultades que no le corresponde como fenómeno diferente al matrimonio.

³⁰⁷ *Ibíd.*, p. 99.

³⁰⁸ *Ibíd.*, p. 101

³⁰⁹ *Ibíd.*, p. 98.

Se está haciendo un poco extenso el análisis de la funcionalidad del matrimonio hasta el momento, pues esto que se deba a lo que hemos podido argumentar hasta el momento, que la familia necesita de asistencialismo, este es un fin suyo y que, una protección jurídica a un determinado grupo que requiera un amparo con fines asistenciales, de no cumplir con la forma antropológica de matrimonio, no puede pasar de familiar, si es que a criterio y bajo fundamento, el Estado decide otorgarlo, pues los gobiernos en ejercicio de sus facultades soberanas, como lo expresó el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 19, puede a su apreciación con una debida fundamentación, optar por otorgar o no a determinadas agrupaciones una protección familiar, y de hacerlo, precisar qué tipo de protección otorga, pues no necesariamente deben contar todas las familias con la misma protección, siendo que estas pueden responder a finalidades diferentes y en efecto parece que lo hacen.

De esta manera se le concedería a un determinado grupo una protección familiar, estableciendo algunas condiciones, una primaria y lógica puede ser la cohabitación, no obstante en términos diferentes, pues responde a sus propios fines. No precisamente nos referimos ahora a las uniones homosexuales, pues hay un cumulo de agrupaciones que podrían considerarse familia, las cuales se encuentran desprotegidas, así por ejemplo las uniones que pueden estar exentas de toda connotación sexual, a la que podríamos llamar uniones blancas, el caso de un grupo de monjas que conforme a su convicción religiosa se agrupan y forman un patrimonio, estas no tienen descendientes y no se unen a un hombre para crear una familia matrimonial, pues su familia son sus colegas de vida, es claro que en temas de protección patrimonial o de seguros están desprotegidas, aun así, no parece ser que se haya pensado en estas personas para a una posible solución, es más esta situación pasa desapercibida pues el foco está en la desprotección a la unión con connotación homosexual, con todo esto asumimos que esta familia religiosa idea las formas para su convivencia familiar, con la utilización de otros mecanismos jurídicos, aun así no haya una regulación asistencialista para sus necesidades. La realidad humana es inmensa pues enseña casos que uno no imagina, hay un sinfín de casos análogos a este – sin la connotación sexual – hermanos viudos o estériles que no deseen formar una familia y se unen en patrimonio, abuelos que pasan una vejez en común, tías viudas y sobrinas solteras, en fin, ¿Cuál sería la razón para tener una preferencia legal hacia las relaciones con connotaciones sexual del lobby gay? Si es que hay otras realidades que también tienen desprotección a una relación

asistencial, deseamos plantear una interrogante ¿Es que acaso sea hora de emitir una regulación para agrupar a todas las realidades con desprotección asistencial? Parece que esto aún no se ha pensado pero sería oportuno merituarlo.

Todas estas realidades responden a finalidades diferentes al matrimonio, todas las que no sean acordes con su modelo antropológico, es así que atendiendo especialmente el caso homosexual en Inglaterra (Civil Partnership Act, de 18 de noviembre de 2004) y Alemania (Lebenspartnerschaftsgesetz, de 16 de febrero de 2001), se ha formado un diferente cauce institucional, creando así un figura *ad hoc* distinta al matrimonio, exceptuando las disposiciones relativas a la adopción, responde a la finalidad propia de esta unión, estas vendrían a ser una “unión de pareja homosexual” para sus fines, pero no aunada a la institución del matrimonio, es decir una institución propia para la unión sólida homosexual.³¹⁰

Matrimonio no es solo asistencialismo, pues de ser así, sería insulsa la existencia de la institución matrimonial si ya existe una institución con ese fin que es la familia. Matrimonio responde además a otros fines, véase, en el matrimonio a diferencia de la familia hay una connotación sexual innegable, a esto hace clara referencia nuestro código civil peruano, pues en gran parte de sus articulados hace mención a la copula sexual humana, pero eso no aclara nada ¿Por qué el estado se inmiscuye en la actividad sexual humana? ¿Es que acaso ha de importarle la actividad sexual del hombre y la mujer? Pues no parece indiferente, jurídicamente, el hecho de hacerse referencia a la connotación sexual del matrimonio. No hay jurídicamente respecto a la familia referencia a una connotación sexual, en el caso de matrimonio si, pues para constituirlo lo vincula con la actividad sexual, específicamente refiere a esto, no únicamente por supuesto, cuando enuncia los impedimentos para contraerlo³¹¹. Sin inmiscuir temas reproductivos podríamos decir que al Estado le interesa la expresión del amor verdadero, culminado en el acto sexual que es símbolo de unión profunda, ciertamente sería un argumento tierno pero decir esto sería a la vez abstracto, y poco coherente

³¹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. ¿Nuevos modelos de familia? La respuesta legal. Revista Española de Derecho Canónico. Vol. 64, número 163, 2007, p. 4. [Última consulta 04 julio 2017]. Disponible en:

http://www.fert.es/fertinforma/wp-content/uploads/2014/11/Carlos-Mart%C3%ADnez_Conferencia-nuevos-modelos-de-familia.pdf Véase además:

<http://www.coupleseurope.eu/es/germany/topics/8-Qu%C3%A9-estipula-la-ley-con-respecto-a-la-propiedad-de-parejas-de-hecho-registradas-y-no-registradas/> [Última consulta 04 julio 2017]

³¹¹ Código Civil Peruano, artículos 241, 242 y 243.

desde nuestra concepción jurídica, véase no se hace referencia, jurídicamente, a la actividad sexual por temas de expresión del amor, el amor le es indiferente al derecho, el derecho no mira o regula sentimientos; alegría, amor, tristeza, odio, resentimiento, al menos en esta materia es innecesario así por ejemplo al momento de contraer matrimonio, si uno decide contraerlo por conveniencia, obligación moral, amor u otro condicionante, solo quedara a ser juzgado en el fuero de su conciencia, solo es necesaria la voluntad, sea esta por distintos fines. Es claro e innegable pues que la connotación sexual refiere a la consecuencia de la prole, aun así sea considerado un argumento remoto, responde al fundamento real, al Estado si le interesa la prole (y no el amor), tanto en su concepción como en su primera socialización, por esto trata de otorgar mecanismos para protegerlos.

Según Luis Recasens Siches, se ha argumentado desde la sociología que la prole es el fundamento de la intervención Estatal, por medio del Derecho:

“Si el matrimonio fuese algo que afectara exclusivamente a dos personas, y a nadie más, seguramente ni la sociedad, ni mucho menos el Estado, ni tampoco la religión se habrían preocupado de regularlo. Si la relación sexual permanente o estable de una pareja implicase solamente un asunto de amor entre los dos participantes, nunca se habría producido un regulación jurídica sobre ella. Pero como dicha relación implica la perspectiva del nacimiento y de la crianza de los hijos, y consiguientemente afecta a la vida social en su conjunto, las instituciones sociales, el Estado, la religión, han emitido normas jurídicas estrictas sobre el matrimonio, para hacer de esta una institución estable con funciones definidas [y] con derechos y obligaciones...”³¹²

Es claro pues que el Derecho no tendría mayor interés en intervenir en las relaciones sexuales humanas, si estas no tuvieran como posible consecuencia la concepción y por ende el nacimiento de seres humanos – haciéndose especial énfasis en la palabra “posible”, pues no toda relación o copula sexual tiene como consecuencia la gestación –, es innegable que el acto sexual con miras a la reproducción fue lo que condiciono al

³¹² PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Los fines del matrimonio. Anuario jurídico, Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, p. 285. [Última consulta 04 julio 2017]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2106/24.pdf>

matrimonio, antropológicamente se puede afirmar esto de manera rotunda, en todos los textos con corte investigativo-antropológico sobre la materia, cuando se hace referencia al instituto milenario del matrimonio hay una clara referencia a su connotación sexual, deseamos citar por ejemplo – como ya lo hemos hecho varias veces en este trabajo – al profesor Claude Levi Strauss, si bien no lo mencionamos antes, deseamos hacerlo ahora, este es un antropólogo y etnólogo de origen francés, se constituyó como una notable e influyente figura en esta disciplina, fundador de la antropología abocada al estructuralismo, nos señala que:

“Lo que sucede es que el grupo social sólo puede establecerse en parte en contradicción y en parte de acuerdo con la familia [matrimonial], ya que con el fin de mantener la sociedad a través del tiempo, las mujeres deben procrear hijos(as), gozar de la protección de los hombres durante el embarazo y la crianza y se requiere un conjunto preciso de reglas para perpetuar a lo largo de generaciones la pauta básica de la **fábrica social**.”³¹³

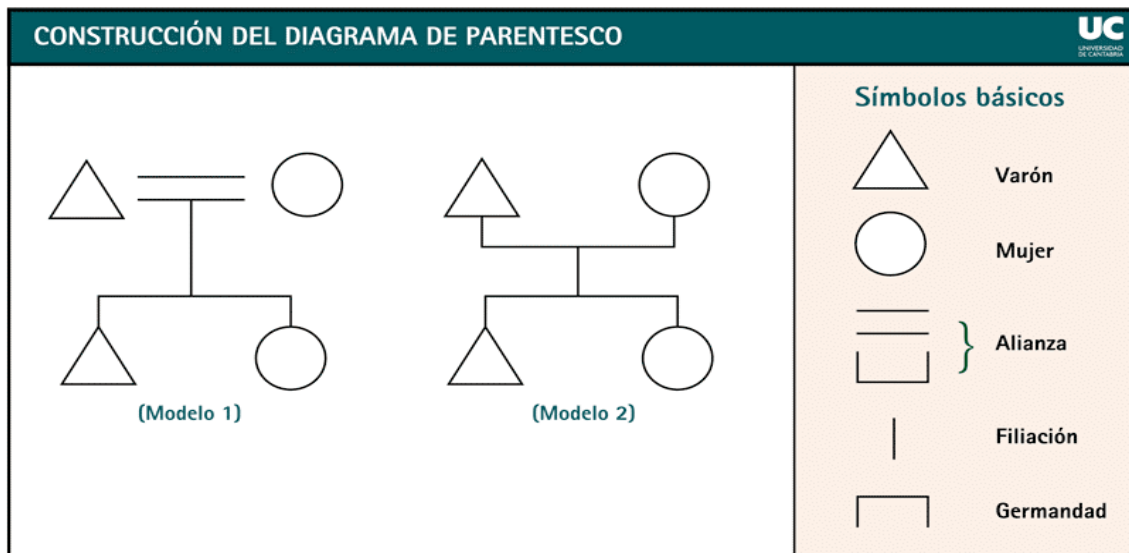
Claude hace mención a la familia, pero no cualquier familia, pues en pasajes previos de su obra explica que refiere a la familia que él denomina “familia restringida” lo cual es lo mismo que decir familia matrimonial, esta familia y el matrimonio son necesarias pues cumplen el rol específico de fábrica social, destaca la importancia del carácter sexual de la relación hombre – mujer, fructífera para la sociedad, pues el matrimonio es institución en potencia viva y no unión estéril. Además hace referencia a otra de las finalidades que deseamos mencionar, la cual es la primera socialización de los hijos, es decir su crianza. Es por esto que el matrimonio, no puede ser una institución que sirva solo para el asistencialismo como sí podría serlo la familia.

Otra definición de matrimonio que deseamos aportar, con el mismo rigor y peso antropológico, es el emitido por The Royal Anthropological Institute³¹⁴, “Se entiende

³¹³ LEVI STRAUSS, Claude. La familia. Op. cit., p. 21.

³¹⁴ Royal Anthropological Institute (RAI), en español Real Instituto Antropológico de Gran Bretaña e Irlanda) es una organización antropológica, con una membresía global. Su mandato incluye todos los campos que componen la antropología, como la antropología biológica, antropología evolutiva, la antropología social, antropología cultural, antropología visual y la antropología médica, así como sub-especialidades dentro de estos, e intereses compartidos con las disciplinas vecinas, como la genética humana, la arqueología y la lingüística. Se trata de combinar una tradición de estudios con los servicios de antropólogos. Asimismo otorga reconocimiento anual a los autores que hayan aportado trabajos con mayor rigor científico en el año. Al respecto ver: <https://www.therai.org.uk/about-the-rai/history> [Última consulta: 04 julio 2017]

por matrimonio la unión legítima entre un hombre y una mujer, tal que sus hijos sean reconocidos como descendientes legítimos de los progenitores (Royal Anthropological Institute, 1951)³¹⁵, aportando seguidamente a esta definición el siguiente diagrama:



Si bien se aprecia que del contenido y el diagrama se hace alusión a un matrimonio monógamo, no es cierto que no haga alusión además a un matrimonio polígamo, pues antropológicamente se entiende al matrimonio polígamo no como un matrimonio, sino como una pluralidad de matrimonios, es decir varios matrimonios a la vez, cada uno de los cuales cuenta con la misma condición, la estructura hombre-mujer. “Por lo que parece, en todas las sociedades actuales y en la práctica totalidad de las históricas existe el concepto de matrimonio”³¹⁶, aunque haya variaciones de su significado según las culturas en su condición cultural, no lo hay en su esencia natural, a estas Claude Levi denomina átomos de parentesco³¹⁷. Estos dos conceptos aportados desde la antropología, si merece la pena mencionar, se concibieron exentas de toda apreciación en referencia a la homosexualidad, exentas de la problemática del lobby LGBT, apartadas de un contexto de debate, se concibieron en un contexto de descripción de

³¹⁵ GÓMEZ PELLÓN, Eloy. Introducción a la antropología social y cultural: Tema 4. Antropología de la familia y del parentesco. Op. cit., p. 3.

Véase también: 4.2 El matrimonio. (2010, March 24), from OCW Universidad de Cantabria. [Último acceso: 04 julio 2017]. Disponible en: http://ocw.unican.es/humanidades/introduccion-a-la-antropologia-social-y-cultural/material-de-clase-1/tema-4.-antropologia-de-la-familia-y-el-parentesco/4.2-el-matrimonio/skinless_view

³¹⁶ GÓMEZ PELLÓN, Eloy. Introducción a la antropología social y cultural: Tema 4. Antropología de la familia y del parentesco. Op. cit., p. 4.

³¹⁷ Al respecto se puede revisar: [Último acceso: 04 julio 2017] <http://elgeniomaligno.eu/materia-la-impronta-de-claude-levi-strauss-en-la-antropologia-del-parentesco-enric-porqueres-i-gene/>

una realidad, pues en estos trabajos no hay referencia ni por asomo a la problemática homosexual, por tanto no podrían tomarse – como casi siempre se hace para desacreditar algún argumento que colisione contra los intereses de la colectividad LGBT – como una valoración prejuiciosa con alguna pretensión moral encubierta, sino como una valoración descriptiva en base a la realidad humana, en base a la Antropología como principal ciencia del ser humano.

Es por esto que sostenemos que el matrimonio es una institución eminentemente sexual, no sexual en el sentido del amor recíproco, sino en referencia a una específica funcionalidad. El doctor Carlos Martínez de Aguirre hacía alusión a estas dos finalidades del matrimonio que hemos podido describir, en primera instancia produce y en segunda instancia otorga la primera socialización de los seres humanos. Estas son fines primarios del matrimonio y no lo es el asistencialismo, no al menos en su condición primaria. Este es panorama deseable y al que el Derecho aspira proteger, pues sobre este se ha ido construyendo culturalmente de distinta manera como en la condición de indisolubilidad, para aspirar a una mayor estabilidad en pro de la protección del núcleo matrimonio-familiar, ahora bien si por los azares o avatares cotidianos de la vida no se pueda dar la posible concepción y socialización de esta manera y dentro de este instituto, no se puede negar que este sea el deseable, el que el Derecho pretende que se realice como primera figura a seguir, esta pues es la razón de ser del instituto jurídico llamado MATRIMONIO. A esto tiene especial vinculación el principio de promoción del matrimonio, reconocido en la nuestra Constitución de 1993, promoción como instituto o figura deseable en la sociedad, pues se promueve lo que se desea o a lo que se aspira, no hace alusión a una promoción de la familia pues es diversa, en mención a esta establece que se protege: artículo 4 “La comunidad y el Estado [...], **protegen** a la familia y **promueven** el matrimonio”, se debe tener en cuenta por tanto la diferencia terminológica entre protección y promoción, y con mayor interés aun la diferencia entre familia y matrimonio, en cuanto a sus fines.

Es sorprendente, como en algunos sistemas jurídicos, se haya podido omitir estas funcionalidades primarias del matrimonio, so-pretexito de una interpretación extensiva, interpretación que es incongruente hacer en este instituto, al menos en su condición natural, pues no se puede interpretar en lo que ya está determinado y fijado y que además es no interpretable, solo es visible y estudiable, una realidad social histórica,

pues el matrimonio tiene una estructura universal simple, como lo menciona Strauss³¹⁸, simple en su condición natural, haciendo esta interpretación extensiva se llegó a la conclusión de que el matrimonio es netamente asistencialista, y que no necesariamente es heterosexual, olvidando de esta manera sus otras funcionalidades, que son las más importantes. En estos sistemas jurídicos se ha obviado el molde antropológico del matrimonio, dándole al matrimonio un significado impropio, el mismo significado que tiene la familia, relación asistencial al cual puedan asociarse todos.

Es claro pues que tanto matrimonio y práctica homosexual responden a finalidades diferentes, como se ha visto este es un juicio real y visible exenta de valoraciones juzgatorias, pero al decir esto no estamos señalando algo nuevo, no estamos señalando algo que no se haya sabido o dicho antes, muchas veces el hombre de ahora busca respuestas que supone actuales sin considerar que las repuestas pueden ya haberse dado antes, así por ejemplo en la época de la ilustración griega, donde se dio un trascendente e invaluable desarrollo intelectual con sus principales exponentes como Sócrates, Platón, y Aristóteles, se marcó al mundo occidental, pues los aportes de este movimiento intelectual son legados con tanto valor que hasta el día de hoy son consultados y sirven de referencia en las diferentes ramas de la ciencia y el arte, la homosexualidad ya había sido estudiada y valorada en épocas antiguas, queremos hacer alusión especial a la cultura griega, en la transición de la edad antigua a la edad media, tal como se ha dicho en nuestro pequeño recorrido histórico por la homosexualidad, en esta etapa de la humanidad y en esta cultura en específico la homosexualidad era cotidiana y ampliamente aceptada, tanta era la aceptación en la cultura griega en este periodo que termino por expandir e influir este pensamiento temporalmente a la cultura romana, pues bien, sería propicio un pronunciamiento respecto a cómo era concebida la homosexualidad en este ambiente que era ampliamente favorable a esta práctica sexual, más aun con el desarrollado pensamiento intelectual de los griegos, véase uno de los pronunciamientos lo hizo Aristófanes, tal suceso:

“tiene lugar en un Simposio o Banquete, al que asisten personajes relevantes de la filosofía, el teatro, la literatura, etc., y eligen como tema de conversación el Eros, el amor. En esa oportunidad Aristófanes hace un

³¹⁸ GÓMEZ PELLÓN, Eloy. Introducción a la antropología social y cultural: Tema 4. Antropología de la familia y del parentesco. Op. cit., p. 4.

ferviente elogio a la homosexualidad, pero reconoce que homosexualidad y matrimonio no se encuentran, porque responden a necesidades diferentes”³¹⁹

No se encuentran pues se concebía que mientras que el matrimonio tiene con fin la sociedad, la homosexualidad tiene con fin el placer individual, a esto igualmente hace clara referencia textual Las Leyes de Platón “es imprescindible que cada cual contraiga las nupcias que vayan a convenir más a la ciudad, no las placenteras para sí”³²⁰.

No fue insulso nuestro breve recorrido histórico en torno a la homosexualidad, tiene una finalidad más que el acrecentamiento de conocimientos, aunque este sea también un fin importante, sirvió pues para poder demostrar que históricamente homosexualidad y matrimonio han coexistido, pues el fenómeno de la homosexualidad es también milenario, no más antiguo que matrimonio, o al menos no tenemos datos de esto, pero tiene de todas formas gran antigüedad, este tuvo diferente tipo de tratativa dependiendo del tiempo y el espacio en el que se daba, en algunos casos tan injusta y en otros ampliamente tolerable, en sus inicios no sabemos el tipo de trato que se le dio, pero sabemos que estuvo presente desde la prehistoria, en la edad antigua aceptada y castigada a la vez, dependiendo del lugar, Grecia por ejemplo aceptaba esta práctica, o Roma la aceptaba pero después la castigaba, así como lo hacían otras culturas contemporáneas a estas, en la edad media empezó la época más oscura para la homosexualidad, pero igualmente oscura para la Iglesia pues no se puede tapar la imagen o participación que tuvo con respecto a la homosexualidad, ya que en nombre de la religión en esta época se cometieron las más injustas y peores atrocidades, las que son imborrables pues la historia es indeleble, es en la transición de la edad moderna a la edad contemporánea en la que se empezó a evidenciar pequeños focos de subcultura homosexual, sin perjuicio de seguir padeciendo persecuciones en la parte media de la edad contemporánea, actualmente hay una progresiva aceptación, sin embargo esta creciente aceptación se está tornando en una promoción a la práctica homosexual, cuestión que, como argumentaremos, sobrepasa los límites de tolerancia a las prácticas sexuales personalísimas. Esto demuestra como decíamos que históricamente siempre se

³¹⁹ SOUTO GALVAN. El derecho a contraer matrimonio homosexual. Citado en pie 160 de: UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Op. cit., p. 108, 109.

³²⁰ *Ibíd.*

ha coexistido con este fenómeno, entendiendo por fenómeno a una actividad percibirle en la sociedad y lo más lógico es suponer que se siga conviviendo con este, matrimonio y homosexualidad siempre han coexistido pero no necesariamente tienen que estar entrelazados ni aunados para un solo fin, pues homosexualidad como fenómeno susceptible de valoración jurídica y por ende de regulación, es en finalidades contundentemente diferente al otro fenómeno bajo estudio el cual es el matrimonio, diferentes en su composición y diferentes en sus fines, este criterio es percible y parte de la realidad antropológica de ambas expresiones humanas. Como acertadamente lo decía Aristófanes “matrimonio y homosexualidad no se encuentran”.

3.4. NUESTRA VALORACIÓN JURÍDICA RESPECTO A LA HOMOSEXUALIDAD

Deseamos, no independientemente de la investigación aportada, pero tampoco estrictamente ligada a esta, más bien como apreciación propia del investigador, aportar nuestra valoración respecto a la homosexualidad, valoración que tal vez responda a una formación personal y social, que por ser apreciación personal es susceptible de refutación, pues no necesariamente responde a criterios de **descripción** de la realidad, como lo ha sido gran parte de nuestra investigación aquí expuesta, pues más que descripción de la realidad es una apreciación personal a esta.

En base a la investigación médica-científica también analizada en este trabajo, podemos sostener que la homosexualidad no viene determinada biológica o genéticamente, esto ha sido comprobado científicamente una y otra vez, entonces al no provenir de la biología humana, es sensato sostener, conforme a lo dicho por el Profesor Polaino³²¹, que es un constructo social en base a las experiencias de vida instalado en la psiquis³²² del ser humano, por tanto acá también viene una tesis de edificación a partir de la naturaleza y cultura, esta vez no sobre el matrimonio si no en el hombre como ser humano, pues mientras que el sexo biológico viene determinado por la naturaleza, el sexo de la psiquis, sea esta la identificación con su sexo (transexualidad), o vocación a una práctica sexual (homosexualidad), está abierto al mundo entorno, viene

³²¹ Véase al respecto nuestro capítulo de estudios científicos en torno a la homosexualidad.

³²² Refiere a la psique, Conjunto de procesos conscientes e inconscientes propios de la mente humana, en oposición a los que son puramente orgánicos. Freud decía que la Psiquis es el motor que impulsa nuestros deseos. [En línea]. [Última consulta: 26 junio 2017]. Disponible en: <https://www.significados.com/psique/>

determinado por construcciones sociales y culturales, en base a experiencias de vida, la homosexualidad por tanto es producto del desarrollo personalísimo a nivel cultural³²³ y no de una condición genética o congénita, de lo contrario al nacimiento de un niño se podría determinar con cierto tipo de estudios y pruebas que ese niño va a ser gay, o bisexual o devoto de alguna otra práctica sexual de la constelación de prácticas sexuales que hoy en día hay, cuestión que sería imposible de lograr, pues esto depende y está a nivel del desarrollo de la psiquis, y el cerebro humano viene abierto al mundo y a las experiencias.

Aunque homosexualidad y transexualidad³²⁴ no son iguales, pues mientras que el homosexual se siente bien con su sexo biológico y no pretende cambiarlo, solo que tiene una fascinación a concebir prácticas sexuales con los de su propio sexo, el transexual no se siente bien con su sexo biológico y desea cambiarlo, pues este sostiene que la identidad de género instaurado en su psiquis no corresponde con su sexo biológico, La APA en su DSM V, lo define en el capítulo de Disforia de Género de la siguiente manera “Una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa y el que se le asigna”³²⁵, atendiendo por “asigna” al sexo otorgado “naturalmente”, es decir la no correspondencia entre lo dado biológicamente (naturaleza) y lo construido (cultura), pero esta no correspondencia, no es proveniente de una condición natural es

³²³ Véase al respecto nuestro capítulo de estudios científicos en torno a la homosexualidad.

³²⁴ Explicando el fenómeno de la transexualidad Patricia Alzate nos menciona que: “El ser humano en su fase embrionaria construye su propio organismo como cuerpo de varón o de mujer, lo cual se conoce con el nombre de sexo biológico (genotípico y fenotípico), aunque dicha “construcción” desde el punto de vista psíquico no hace más que empezar, puesto que las experiencias futuras del niño y del adolescente adquieren una importancia fundamental para el reconocimiento de la propia condición sexual.

- El sexo genotípico, que corresponde a los factores cromosómicos y gonadales. Una vez la gónada ha sido diferenciada en sentido masculino (los testículos) o femenino (los ovarios), comienza una actividad hormonal dirigida a “construir” un cuerpo masculino o femenino. Otro efecto de las hormonas es la diferenciación sexual del cerebro humano; no se trata de que existan dos sistemas neuronales distintos, uno en el varón y otro en la mujer, pero sí hay diferencias sexuales que se manifiestan luego en la conducta sexual.
- El sexo fenotípico que es la manifestación externa de la diferenciación sexual a través de los caracteres secundarios anatómicos y funcionales del varón y de la mujer
- A esta viene el sexo psíquico o llamado género“

En: ALZATE MONROY, Patricia. Hacia una fundamentación jurídico-antropológica de la heterosexualidad como propiedad esencial del matrimonio. Op. cit., pp. 37, 38.

El género pues no puede ser opuesto al sexo biológico, es decir al genotipo y fenotipo, ya que en lugar de haber un reconocimiento o identidad personal, habría una disforia o división del ser humano, pues se negaría su identidad biológica. Habría una colisión en la persona, una colisión entre su identidad dada y su identidad construida

³²⁵ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5). 5ta edición (2013). Editorial medica panamericana. Traducción 2014. Clasificación n° 302.6 (F64.2) y 302.85 (F64.1), pp. 351,352. Asimismo, este texto menciona que en el DSM-IV, tal fenómeno no era identificado como “Disforia de Género”, sino como “Trastorno de identidad de género”

decir biológicamente uno no nace predeterminado a ser transexual, más bien es una no correspondencia producto de una enculturación, socialización y formación personal. No reconoce la identidad biológica dada, su identidad psíquica está dividida de su identidad biológica, por tanto hay una disforia o división de la persona.

El trabajo “Sexualidad y Género”³²⁶, revisado en esta investigación, el cual como indicábamos se constituye como un meta análisis, es decir la revisión, contrastación y análisis de múltiples estudios sobre la materia, para decretar lo que la ciencia ha determinado hasta el momento, si es que se le puede decir así, haciendo clara alusión a que se estudiaba por “Sexualidad” al fenómeno de la homosexualidad y por “Género” al fenómeno de la transexualidad, por eso el título de Sexualidad y Género, en ambos casos comprobaba que ninguno es genético o congénito, y que la ciencia, en sus diferentes ramas a día de hoy lo ha establecido, por tanto homosexualidad y transexualidad son parecidos en su origen personal, ambos dependientes de la formación personalísima de la psiquis abierto al entorno social y cultural. Es decir al no ser consecuencia de una condición natural, este es consecuencia de una construcción cultural, que depende a la socialización y las experiencias de vida y la formación personal.

Concebimos que la homosexualidad al no ser condición natural, no precisa de ser promovida, tolerada sí, pero no promovida, pues responde a una construcción y ambición personalísima, que se conduce como argumentaremos a una forma de práctica sexual no natural, sin embargo tampoco puede ser fuente de reproche social, pues refiere a un universo personal y libre. Véase sostenemos que hay una práctica sexual que puede ser calificada de natural, es la que proviene del ensamble natural por la propia forma o anatomía de los órganos reproductivos o solo digamos de los órganos sexuales pues estos no lo son solo para la reproducción también los son para su satisfacción y el placer, este ensamble o encaje instintivo determinado por la anatomía de los órganos sexuales, ideado por la naturaleza para una predisposición complementaria, es al que nosotros denominamos relación sexual natural. Ahora bien, en la búsqueda constante de placer, pues para algunos, o mejor dicho muchos, el placer no es estático, es más bien dinámico, se abren fronteras en las cuales uno puede

³²⁶ MAYER, Lawrence S.; MCHUGH Paul R. Sexualidad y Género. The New Atlantis, N° 50, Otoño 2016

explorar con el único limitante de su perspectiva de vida y obviamente también el limitante legal o moral del perjuicio terceros – aunque este no siempre sea limitante pues el deseo a veces parece irrefrenable, es el caso de la pedofilia u otros delitos sexuales – en esta búsqueda de placer el ser humano encuentra cabida en variantes del acto sexual, variantes de la práctica natural por supuesto, en el caso del hombre se da la simulación de un órgano sexual femenino, una cavidad asemejable a esta que pueda dotar por qué no de igual o mayor placer, según la formación sexual personalísima del sujeto, un ejemplo de esto es pues la práctica sexual por conducto anal (ligada a la homosexualidad), asimismo la práctica sexual con objetos, verduras (real aunque suene irónico), con animales, (especialmente dentro de este, en algunos casos es fuente de la costumbre y el normal desarrollo del adolescente, se da así en un pueblo³²⁷ colombiano, esta costumbre respondía a construcciones culturales cotidianas y promovibles), etc., de igual forma ocurre en el caso de la mujer, también un objeto asemejable a la forma fálica del órgano sexual masculino, sirve para llevar a cabo la práctica sexual lésbica, aunque la relación sexual en este caso no se reduzca solo a eso, a la penetración o introducción. Estas deben responder necesariamente a un universo privado, es así que no precisan de ser promovidos.

Estas son prácticas sexuales desviadas, o para no sonar obsoletos digamos prácticas sexuales alternas y diferentes a la natural, por esto hay tantas y proliferantes prácticas como deseos sexuales, en un portal de psicología promotora de estas parafilias se expresaba en referencia a esto: “Las hay para todos los gustos, más divertidas, más escandalosas, más desagradables o más raras pero hay tantas filias como personas y no siempre hay que dotarlas de una connotación negativa”³²⁸, pues como bien se dice son casi infinitas, zoofilia, necrofilia, mecafilia, en fin., todas responden a universos personales, es decir a cada persona en sí misma, y pues en algunos casos ostentan la ambición a varias de estas a la vez.

³²⁷ Diego Iglesias, periodista y conductor radial argentino, viaja hasta Cartagena, Colombia a hacer una nota para el programa televisivo CQC. Así pues se adentró en las afueras del pueblo de Cartagena, para documentar la práctica de sexo con animales, específicamente hablando de “sexo con burras”. Esta práctica era parte de la costumbre instaurada en el lugar, y respondía a, entre otros motivos como se menciona en el reportaje, “satisfacer las primeras calenturas sexuales de los jóvenes”. Se puede ver este reportaje en: [Última consulta: 04 julio 2017]
http://www.eltrecetv.com.ar/cqc/el-pueblo-colombiano-en-el-cual-los-hombres-tienen-relaciones-con-burras_068543

³²⁸ Psicología y sexología [En línea]. [Última consulta: 04 julio 2017]. Disponible en:
<http://www.psicologiaenpositivo.org/un-pedacito-de-psicologia/filia/>

La APA en su DSM V, también hace referencia a esto, en su capítulo de Trastornos Parafílicos³²⁹, menciona que es “trastorno parafílico” cuando la actividad le causa malestar clínicamente significativo, específicamente en la categoría de “Otro Trastorno Parafílico no Identificado”, pone ejemplos específicos como la zoofilia, la necrofilia y demás, en consecuencia en tanto esta actividad parafílica no cause malestar clínico, no es trastorno³³⁰, es decir ya no como “trastorno”, al ya no haber malestar clínicamente significativo a causa de esa situación solo sería una actividad parafílica sin la palabra “trastorno” cuando es aceptada. Sostenemos pues que no como “trastorno parafílico”, es decir cuando es aceptada y sin malestar es solo actividad “parafilia”, por tanto toda actividad sexual alterna a la que sostenemos natural, debe entenderse como parafilia. Se debe entender por parafilia, el significado que le es propio, según la RAE “Parafilia: Psicol. Desviación sexual”³³¹, pero aun así desviada, no necesariamente es mala, pues sería algo malo en el sentido más amplio de los derechos humanos, en el sentido de ocasionar un perjuicio a terceros, para ilustrar mejor, en el caso de la práctica sexual con objetos inanimados no hay mayor perjuicio a terceros, en el caso de seres animados, como los animales, no se sabría si hay un perjuicio a terceros, pues no sabemos la voluntad o asentimiento del animal aunque si podemos presumirla por determinadas actitudes de este, pero aun así, decirlo incorrecto sería algo que contemporáneamente pueda ser calificado como un pensamiento anticuado, pues bien no emitiremos tal pronunciamiento, al menos no de manera momentánea.

Todo este universo de las parafilias, no contemporáneamente malas por supuesto, deben pertenecer al ámbito de la vida privada, véase hay pues una clara diferencia entre aceptación o promoción, mientras que la aceptación es una actitud neutral respecto a un asunto, la promoción es tomar un papel activo a favor de este, entonces al no corresponder a la práctica natural, estas proliferantes practicas deben permanecer en el fuero de lo privado, incluyendo a la práctica homosexual por más numerosa que sea en cuanto a seguidores.

³²⁹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5). 5ta edición (2013). Editorial medica panamericana. Traducción 2014. Clasificación n° 302.82 (F65.3) y sucesivas, pp. 685-705.

³³⁰ “Perturbar o alterar el funcionamiento normal de la mente o la conducta de alguien.” RAE Real Academia Española: [En línea]. [Última consulta 04 julio 2017]. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=trastornar>

³³¹ RAE Real Academia Española: [En línea]. [Última consulta 04 julio 2017]. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=parafilia>

Haciendo una interpretación de lo que la constitución establece en su artículo 4, cuando refiere “El Estado [...], promueve el matrimonio”, no solo está promoviendo todo lo que hemos podido argumentar en cuanto al matrimonio como institución en esta investigación, también está promoviendo, implícitamente la forma natural de la práctica sexual, es decir, el hecho de ver – como se podía dar antes de la actitud coaccionante de oleada homosexual en nuestro país – conforme a políticas del Estado, en textos educativos o propagandas, imágenes o eslóganes en referencia a la complementariedad natural hombre y mujer, este es poderoso condicionante de la noción que se va gestando en los niños y en la mente de los ciudadanos, de la reciprocidad en la relación sexual, con énfasis especial en los niños, en los que su desarrollo psicoafectivo depende de los modelos de exposición social a los que este expuesto según Polaino, como decimos, la sola imagen y explicación educativa hombre y mujer, sin connotación sexual por supuesto, implícitamente está promoviendo la connotación sexual que argumentamos natural, este pues es el modelo deseable, el natural y el promovible por el Estado, independientemente de las parafilias con las que uno pueda contar, las cuales pertenecen a su universo personal y privado, sin ser objeto de reproche social o jurídico (en tanto no se haya cruzado la línea de la ilicitud), el estado promueve mediante el matrimonio implícitamente la práctica natural, no podría pues, promover alguna parafilia, ya que al ser personalísima es variada y al promoverse una por más numerosa que sea, se estaría discriminando de promover las otras, las que legítimamente podrían constituirse como una minoría discriminada o reprimida por la parafilia imperante en la sociedad, por tanto si es que se pensaría en la promoción de alguna, se tendría que, por el principio de igualdad y no discriminación, promover a todas, pues el derecho no se otorga o corresponde por el número, una persona o mil, son iguales frente al derecho, sin embargo este panorama descrito sería un absurdo legal, ya que solo debe promoverse la practica natural que esta implícitamente comprendida en la figura de matrimonio, sustentada asimismo por nuestra constitución de 1993. No obstante esta cuestión es totalmente trasgredida en los países en los que se ha aprobado el llamado matrimonio homosexual y no solo en esos países, se está dando también en el nuestro, pues actualmente se ha instaurado en el Perú un ambiente propicio, con la venia del gobierno y su intervención decisiva –con la ejecución de políticas afines – la promoción de la pareja homosexual, con los eslóganes y propagantes impulsadas por diversos órganos del Estado, las cuales tienen implícitamente una connotación sexual, que le es inseparable, prácticas que no tienen ningún sustento de promoción legal, pues

responden a universos privados, diferente al principio constitucional con el que sí cuenta el matrimonio e implícitamente su práctica sexual natural.

Poníamos especial énfasis en los niños pues gran impacto genera en estos la situación descrita anteriormente ya que, dependiendo de la edad, aún no cuentan con una personalidad definida y estable, acorde con el profesor Polaino, expresaba que: (permítannos volver a citar lo ya citado)

“los modelos de exposición social a los que esté expuesto el niño o la niña a lo largo de su desarrollo psicoemotivo van a determinar en algunos casos y a condicionar en todos los casos el desarrollo emocional de la persona. Ese desarrollo emotivo es tanto más denso, más profundo, más radical, más intenso, tiene más carga personalizante en la medida en que estamos en los primeros estadios del desarrollo. Por tanto, en lo que acontece en los ocho o nueve primeros años de la vida va marcando y configurando lo que será después nuestro talante **afectivo**. Para ese desarrollo psicoemocional es preciso - hoy se reconoce así- la comparecencia de hombre y mujer como figuras de padre y madre respectivamente. Es decir, que aquel primer hecho diferencial que arrancaba y hundía sus raíces en la carga genética después se amplifica y consolida con más grado de libertad en esa expansión de la emergencia de la afectividad en relación con los contactos, con las interacciones, con la exposición a esos modelos”³³²

El sexo desarrollado en la psiquis, hunde sus raíces en el sexo biológico, es así que sexo y género se complementa y no hay división o disforia de la persona (transexualidad), asimismo, sexo y sexualidad también se alinean (homosexualidad). A esto también hace clara referencia Sigmund Freud³³³, en el aprendizaje del niño, en el descubrimiento de sí mismo y del mundo que lo rodea.

³³² POLAINO LORENTE, Aquilino. Intervención en el senado Español de fecha 20 de Junio de 2005. Con relación al proyecto de ley por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en particular, sobre los efectos que tiene en el desarrollo de los menores la convivencia con parejas homosexuales. Ver nuestro apartado de Estudios científicos en torno a la homosexualidad.

³³³ Véase al respecto: ROJAS PAZ SOLDÁN, Ximena G y LORA, María Elena. El niño como sujeto desde el psicoanálisis. Universidad Católica Boliviana San Pablo. AJAYU, 2008, Vol. VI, n° 2.

En consecuencia, al ser tanto la homosexualidad y transexualidad, por nombrar solo a estas dos, una representante de la sexualidad³³⁴ y la otra la identidad de género³³⁵, no las únicas de su línea obviamente, a ser estas dos, construcciones no naturales (no biológicas) dependientes de un sinnúmero de motivos culturales, (socialización, experiencias de vida, crianza, cultura en la que están inmersos, desarrollo personalísimo y demás), que están en colisión con la práctica sexual natural (homosexualidad) y en colisión con el sexo biológico desconociendo su naturaleza (transexualidad) al estar estas en colisión con la naturaleza de diferente forma, no debe el Estado promover una aculturación propicia para desarrollar estas, las parafilias en el caso de la homosexualidad y la disforia género en el caso de la transexualidad. Conforme hemos sostenido, las parafilias y las disforias, al no corresponder con lo “natural”, palabra que ha tenido tanto desprestigio, pero aun así es visible y determinante, no es atribución del Estado ejercer un rol de promoción a estas, se debe tomar más bien un rol de aceptación hacia estos fenómenos, un rol neutral de aceptación determinaría su génesis, la definiría y no la promovería como algo deseable, ni tampoco la sancionaría como algo reprochable, pues es el universo personal. No se puede promocionar ante la futura ciudadanía ni justificarse bajo el concepto de que estas diversas parafilias y disforias corresponden al ámbito de lo natural, son construcciones apartadas de lo natural, no promovibles ni reprochables, solo tolerables. El lobby gay, instaurado en los órganos de los Estados ha manipulado el eslogan de la “promoción a la no discriminación”, convirtiéndola a nivel mundial en la “promoción exclusiva a la homosexualidad”, cuando se habla de no discriminación solo se habla del grupo LGBT.

Poniendo el ejemplo de la homosexualidad, cuando hay una enculturación en los niños desde su nacimiento, cuando en los primeros estadios de la formación personal y afectiva, se gesta esta conducta homosexual, su conciencia esta tan enraizada en esta conducta que parece que haya venido determinado así por la naturaleza, o al menos de esto se tratan de convencer a sí mismos, por esto la concepción de “nacidos así - *born that way*”³³⁶. Por esto es que consideramos que en algunos casos, los tratamientos psiquiátricos para retornar a la heterosexualidad son fallidos, pues reasignar o readaptar

³³⁴ Innumerables, y proliferantes: heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad pansexualidad, etc. Y cada día se suman más. Véase nuestra referencia 286.

³³⁵ Innumerables, y proliferantes: hombre, mujer, transexual, bigenero, pangenero, andrógino, agenero, genero queer (genero único), etc. Y cada día se suman más. Véase nuestra referencia 286.

³³⁶ MAYER, Lawrence S.; MCHUGH Paul R. Sexualidad y Género. Op. cit., p.6.

a una mente que ya está formada de manera sólida, con una visión de sí mismo y una forma de vida definida por los años es poco posible, es como si borráramos de la mente su “ser”, como es este y lo configuramos para ser otra persona y dejar de ser él, estos tratamientos más que eso pueden llegar a ser maltrato, en algunos casos. Es importante por esto, las primeras socializaciones del ser humano.

Nos encontramos pues con una situación un tanto compleja, pues toda solución a las demandas del *lobby gay*, entendiendo por este a todo el colectivo LGBT, va a ser considerada inadecuada, tanto para el movimiento a favor como para movimiento en contra, cualquiera de las soluciones es desde antes de tomarse, equivocada, consideramos que una solución eficaz es aquella que atiende el problema dando una solución acorde a la situación y a su naturaleza, es decir en esta situación en especial atender el problema sin engaños, entendiendo las finalidades de cada fenómeno de manera justa y promoviendo lo promovible.

Acabamos comentando que la naturaleza es determinante, todo lo dado sin haberlo pedido empuja a una realidad que no necesariamente aceptamos, pero demuestra la debilidad de la mente humana sobre la naturaleza, lo decía Levi Strauss, el hombre se ha equivocado demasiadas veces como para comprender que el sometimiento a las leyes naturales es la política más apropiada a seguir. En referencia a la transexualidad deseamos aportar el siguiente estribillo “Podrán cortar todas las flores, pero no podrán detener la primavera”³³⁷, y en referencia a los fines contrarios de matrimonio y homosexualidad “La creación de mil bosques está en una bellota”³³⁸

³³⁷ Pablo Neruda

³³⁸ Ralph Waldo Emerson

CONCLUSIONES

1. La antropología jurídica se centra en el estudio de lo natural y cultural, esta es la disciplina idónea para estudiar a las instituciones sociales y jurídicas como bien lo es el Matrimonio, puesto que el espectro jurídico es consecuencia y reflejo de los fenómenos naturales y culturales. Para estudiar a las instituciones del Derecho adecuadamente, se tiene que partir de lo natural o cultural, lo natural y cultural son elementos que están expresados en la normativa jurídica, sostenemos que toda norma solo puede provenir de aportes del elemento natural o cultural, y de ningún otro elemento más, pues las cosas o bien son creación del hombre o de la naturaleza o del ensamble de estas. Natural es todo aquello que es de una manera y no pudo haber sido de otra, cultural es todo aquello que es de una manera pero pudo haber sido, además, de otra.
2. El fenómeno matrimonio, precede al derecho positivo, pues su origen se remonta a los inicios de la propia identidad social de la persona, esa unión se dio en un principio de manera espontánea e instintiva, sin remedo ni costumbre, sin intervención de ningún agente regulador o legislador, no dependió de alguna voluntad soberana a la cual se sometiera este. Lo que significa que su esencia no está determinada por la norma positiva, pues el fenómeno matrimonio es anterior aún a toda regulación, anterior a la escritura, anterior a toda forma de civilización y organización estatal, cuando emana el Derecho, identifica a este fenómeno y le otorga un nombre, le designa el nombre de “matrimonio”, por lo tanto no es que el Derecho cree el Matrimonio y determine su esencia, **no lo definió o le creó contenido, más bien se limitó a describir y reconocer a una realidad preexistente**, realidad que emergió simultáneamente con el nacimiento del ser humano. Al no definir el derecho al Matrimonio, no en sus condiciones sustanciales, no puede redefinirlo, o reconstruirlo a criterio, pues su existencia no dependió de su criterio.
3. Se ha demostrado que existe algo que podemos llamar “modelo antropológico del Matrimonio”, este está compuesto por elementos naturales y culturales que determinan a esta institución, conforme a su modelo antropológico el matrimonio es, en su condición natural, heterosexual, esta condición es universal e invariable y no depende del avance o creación humana, se presentó de manera uniforme en la historia, antes por supuesto de la oleada del lobby

gay, asimismo, el matrimonio en su construcción cultural es monógamo y con cierta estabilidad, sumada a estas otras condiciones creadas e impuestas más tarde por el hombre, la monogamia al ser cultural, como es lógico, no es una condición universal, pues depende del ingenio humano el instaurarlas, y conforme a nuestro concepto de lo que es natural y cultural, este – la cultura – es de un modo o puede ser también de otro, y pues en efecto hay monogamia y hay poligamia, ahora y en el pasado. Por tanto el matrimonio viene a ser una institución con una clara esencia natural y con una edificación cultural que le corresponde a esta. Esto nos lleva a sostener que **la heterosexualidad fue congénita con el nacimiento del matrimonio.**

4. El matrimonio va más allá de un simple acto jurídico o contrato de cierta relevancia, pues escapan al arbitrio individual ya que el derecho hace su normativa imperativa en esta materia, por tanto se constituye como institución. Se fijan las reglas para acceder al matrimonio y el ciudadano no puede hacer más que aceptarlas y contraer matrimonio o no aceptarlas y no acceder a este, no puede darse el caso del matrimonio personalizado, donde se pueda estipular libremente como contrato – o al menos no más que en el régimen patrimonial, por ejemplo en la regulación peruana – pues el matrimonio no responde a pretensiones personales, si no a pretensiones sociales.
5. Del Matrimonio vs. La Homosexualidad, haciendo un análisis del primer fenómeno mencionado frente al otro, deducimos que Matrimonio no está abierto a necesidades individuales (homosexualidad, bisexualidad o demás), el *Ius Connubii* no es un derecho que existe para legitimar la práctica de la propia sexualidad, haciéndose notar que las prácticas – como ambiciones – sexuales son diversas y proliferantes, esa no es la finalidad del matrimonio. En tal caso debe considerarse que el derecho a la vida privada resulta ser una garantía suficiente para la ejecución de las prácticas sexuales personales frente eventuales actos discriminatorios. En todo caso, homosexualidad puede buscar protección en alguna otra institución con protección patrimonial sin promoción como lo es el matrimonio.
6. La concepción de matrimonio en el espectro jurídico universal obedece a algo llamado modelo antropológico, tiene una esencia o condición natural, invariable y una parte cultural edificable, esto es reconocido por los órganos internacionales de Derechos Humanos, los cuales se allanan y reconocen este

modelo antropológico. La noción de matrimonio en nuestro país, es también concordante con su modelo antropológico. El fenómeno de la homosexualidad, expresado en una unión de estas parejas con cierta estabilidad, es inconcordante con el modelo antropológico de Matrimonio, por tanto tal práctica o unión no podría ser considerada Matrimonio o no podría en todo caso pretender ostentar este estatus.

7. El matrimonio, tiene una inherente funcionalidad respecto a la sociedad, de esto es reflejo su condición natural, el fenómeno de la homosexualidad, entendido también como un fenómeno real y visible, independientemente de las valoraciones culturales o más exactamente morales que se le pueda dar, aprobando o desaprobando tal práctica, tiene una funcionalidad diferente a la del matrimonio, solo diferente y no digamos contraria. Podemos afirmar que matrimonio lo es solo heterosexual, y lo otro, la homosexualidad, es una realidad diferente, diferente pero no ilícita y susceptible de propia regulación. El afecto homosexual más que ser un impedimento para acceder al matrimonio, se constituye como causal de inexistencia de este.
8. Como decíamos matrimonio y unión homosexual, responden a finalidades y realidades diferentes, pues mientras que el primero responde más a fines sociales, el segundo responde mejor a fines personales. La protección de la unión homosexual podría estar comprendida en otra institución, como puede ser la institución familiar, mas no en el instituto matrimonial. En la única finalidad que convergen la unión matrimonial y la unión homosexual estable, es en el carácter asistencial o de ayuda mutua entre pareja, la convivencia como sostén y apoyo para afrontar el futuro. Pero matrimonio no se reduce a esto, este es un fin secundario, pues tiene fines mayores.
9. Es donde aparece el concepto de Familia, para la protección asistencialista, Familia es un concepto que a diferencia de Matrimonio, no tiene un modelo antropológico o una condición universal, pues su concepto es variable, es así que se le reconoce a los Estados la facultad de determinar dentro de su sociedad, si un grupo determinado puede ser considerado Familia, y de considerarlos así, describir la protección que se le pretende dar a este grupo, protección que legítima, no necesariamente debe ser la misma que ostentan otros tipos de familia dentro de misma sociedad, pues pueden responder a necesidades diferentes, en tal caso, esta familia debe tener limitantes y reglas propias a su

fin. Todas las uniones que no sean concordantes con el modelo antropológico del matrimonio y por tanto no puedan ostentar este estatus, pueden a criterio del Estado correspondiente obtener protección familiar de ser necesario.

10. En el matrimonio a diferencia de la familia hay una connotación sexual innegable, a esto hace clara alusión nuestro código civil peruano, pues en gran parte de sus articulados hace referencia a la copula sexual humana, pero eso no aclara nada ¿Por qué el estado se inmiscuye en la actividad sexual humana? ¿Es que acaso ha de importarle la actividad sexual del hombre y la mujer? Pues no parece indiferente, jurídicamente, el hecho de hacerse referencia a la connotación sexual del matrimonio. No hay jurídicamente respecto a la familia referencia a una connotación sexual, en el caso de matrimonio si, pues para constituirlo lo vincula con la actividad sexual, específicamente refiere a esto, no únicamente por supuesto, cuando enuncia los impedimentos para contraerlo. Sin inmiscuir temas reproductivos podríamos decir que al Estado le interesa la expresión del amor verdadero, culminado en el acto sexual que es símbolo de unión profunda, ciertamente sería un argumento tierno pero decir eso sería a la vez abstracto y poco coherente desde nuestra concepción jurídica, véase no se hace referencia, jurídicamente, a la actividad sexual por temas de expresión del amor, el amor le es indiferente al derecho, el derecho no mira o regula sentimientos; alegría, amor, tristeza, odio, resentimiento, al menos en esta materia es innecesario así por ejemplo al momento de contraer matrimonio, si uno decide contraerlo por conveniencia, obligación moral, amor u otro condicionante, solo quedara a ser juzgado en el fuero de su conciencia, solo es necesaria la voluntad, sea esta por distintos fines. Es claro e innegable pues que la connotación sexual refiere a la prole, aun así sea considerado un argumento remoto, responde al fundamento real, al Estado si le interesa la prole (y no el amor), tanto en su concepción como en su primera socialización, por esto trata de otorgar mecanismos para protegerlos. Si el matrimonio hubiera sido un fenómeno que afectara solo a dos personas, ni el Estado, ni el Derecho, ni la política, ni la sociedad, ni la religión, en suma nadie, se hubiera preocupado de regular el matrimonio.
11. Heterosexualidad (como matrimonio) y Homosexualidad, son diferentes en su génesis, ambos fenómenos humanos ya habían sido valorados, y determinados de esta manera, así por ejemplo en la época de la ilustración griega, donde era

ampliamente permisible la práctica homosexual, la cual era considerada más placentera aún que la heterosexual, un placer digno de la gente importante, en un simposio donde se reunieron gente importante de la filosofía, la literatura y el arte, Aristófanes declama que homosexualidad y Matrimonio no se encuentran, pues responden a necesidades distintas, una necesidad social y otra, necesidad personal, Platón llegaba concordantemente con su contemporáneo Aristófanes, como se aprecia de nuestra investigación.



BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS

- ADAMSON, E., WEAVER, T. Antropología y experiencia humana. Barcelona: Editorial Omega, 1985.
- ALONSO, Carlos Javier. 10 mitos sobre la homosexualidad, en: Cuestiones bioéticas sobre la homosexualidad. Ediciones Digitales, 2009.
- AUGÉ, Marc; COLLEYN, Jean Paul. Que es antropología. Buenos Aires: Paidós, 2006.
- AVALOS MAGAÑA, Sergio Arturo; MADRIGAL MARTÍNEZ, Cesar. Hacia una antropología jurídica de la modernidad. México: Episteme N° 6, 2005.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5). 5ta edición (2013). Editorial medica panamericana. Traducción 2014.
- BOTTÉRO, J. La epopeya de Gilgamesh: el gran hombre que no quería morir. Madrid: Akal, 3ª ed., 2007.
- BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Editorial Perrot: Buenos Aires, Argentina 1994.
- CASTRO LUCIC, Milka. Los Puentes entre el derecho y la antropología. Santiago de Chile: Fondo editorial de la Universidad de Chile, 2014.
- DE IRALA, Jokin. Comprendiendo la homosexualidad. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 2005.
- ENGELS, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Madrid: Fundación Federico Engels, 2006.
- FIGUEIREDO TEREZO, Cristina. Derechos Humanos y Diversidad Sexual en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, en: RED DE DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN SUPERIOR (comp.). Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. 2014.
- GARCÍA SARDUY, Gustavo Adolfo; CARDOSO NÚÑEZ, Oscarlyns y otros. Los enigmas de la homosexualidad. Policlínico Comunitario Docente Previsora, Ciudad de Camaguary.

- GHIRARDI, Juan Carlos. Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el Derecho Romano. Revista General de Derecho Romano IUSTEL, N° 5, diciembre 2005.
- JULIA, Roger Benito. La homosexualidad en la edad media. Revista Medieval, Barcelona, 2006.
- KUPPE, Rene; POTZ, Richard. La antropología del Derecho: Perspectivas de su pasado, presente y futuro. México: Ed. Ordoñez Cifuentes, 1995.
- KROTZ, Esteban. Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho. México: Anthropos Editorial, 2002.
- LIEBERMAN, Jeffrey. Historia de la Psiquiatría. Barcelona; Ediciones B, 2016.
- LÓPEZ, Enrique Martín. Textos de sociología de la familia. Madrid: Ediciones Rialp, 1993.
- LEVI STRAUSS, Claude. Polémica sobre el Origen y la Universalidad de la Familia. Barcelona: Anagrama, 1956.
- MAYER, Lawrence S.; MCHUGH Paul R. Sexualidad y Género. The New Atlantis, N° 50, Otoño 2016.
- MEDINA, Graciela. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2001.
- MORAN, Gloria. Cuestiones actuales de derecho comparado, Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones, 2003.
- MOLINA, Manuel. La ley más antigua. Textos legales sumerios. Barcelona: Universidad de Barcelona y Trotta, 2000.
- OYARZÚN VALENZUELA, Jorge. Las uniones de hecho entre homosexuales en Chile y el Derecho Comparado. Santiago: Universidad de Chile, 2004.
- ORAÁ ORAÁ, Jaime. GÓMEZ ISA, Felipe. La Declaración Universal de Derechos Humanos: Un breve comentario en su 50 aniversario. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. El modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado por el principio de promoción: el matrimonio igualitario y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse. En: Themis-revista de Derecho, número 66, 2014.

- PEÑA JUMPA, Antonio. La antropología y la sociología del Derecho como formación interdisciplinaria. Lima: Revista de Derecho PUCP N° 65, 2010.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Como hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento. 2ª edición. Lima: Grijley, 2014.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos Alberto. La idea de familia en el código civil peruano. En: Themis-revista de Derecho, número 30, 1994.
- UGARTE MOSTAJO, Daniel. La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Lima: Palestra Editores, 2014.
- VIDAL MANZANARES, Cesar. 10 mitos sobre la homosexualidad, en: Cuestiones bioéticas sobre la homosexualidad. Ediciones Digitales, 2009.
- VILADRICH, Pedro Juan. El modelo antropológico del matrimonio. Madrid: Ediciones Rialp, 2001.



INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Convención Americana sobre Derechos Humanos

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- Corte IDH. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239.
- Corte IDH. CASO FLOR FREIRE VS. ECUADOR. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 315.
- Corte IDH. CASO DUQUE VS. COLOMBIA. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 310.
- Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. CASO DUQUE VS. COLOMBIA. Sentencia de 26 de enero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 310.
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Toonen Vs. Australia, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992
- TEDH. Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido
- TEDH. caso Schalk y Kopf vs. Austria
- TEDH. Caso Goodwin v. Reino Unido Demanda
- TEDH. Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal
- TEDH. Caso Clift Vs. Reino Unido

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

- Naciones Unidas. Declaración Sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, del 18 de diciembre del 2008. A/63/635.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución, del 14 de julio del 2011. A/HRC/RES/17/19.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/29/23. 04 de mayo de 2015.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia contra personas LGBTI. Doc. 36 del 12 de noviembre del 2015, p. 24, nota al pie 2.
- Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Resolución N° 2435 (XXXVIII-O/08). Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género.
- Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Resolución N° 2504 (XXXIX-O/09).
- Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. AG/RES. 2600 (XL-O/10)
- Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. AG/RES. 2653 (XLI-O/11),
- Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. AG/RES. 2721 (XLII-O/12),
- Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16).
- Comisión Internacional de Juristas (CIJ). Memorial en derecho *amicus curiae* presentado por la CIJ ante la corte constitucional de la república de Colombia sobre la ley 975 de 2005, llamada ley de justicia y paz.
- Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género, 2007.

FUENTES DE INTERNET:

- PÉREZ VAQUERO, Carlos. Homosexualidad y religiones: Consideraciones divinas y humanas. Derecho y cambio social. enero 2014. [Última Consulta: 01 diciembre 2016]. Resoluciones Disponibles en:
www.derechoycambiosocial.com
- MARTÍNEZ COLLADO, Raquel; RAMÍREZ BERMÚDEZ, Flor Alejandrina y RIVERA MENJÍVAR Francis Elizabeth. La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la comunidad diferida y sus consecuencias. Tesis presentada para obtener el grado y título de: Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Ciudad universitaria, San Salvador, 2009. [Última consulta: 22 de abril 2017]. Disponible en:
<http://ri.ues.edu.sv/4003/>
- ALZATE MONROY, Patricia. Hacia una fundamentación jurídico-antropológica de la heterosexualidad como propiedad esencial del matrimonio. 2004. [Última consulta: 03 julio 2017]. Disponible en:
www.am-abogados.com y www.formatolegal.com
- GUIER, Jorge Enrique. Derecho en la prehistoria. En: Portal de Revistas Académicas, N° 8, 1966. [Última consulta: 20 abril 2017]. Disponible en:
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16951/16397>
- QUIÑONEZ ORÉ, Daniel. Sobre la importancia de una antropología del derecho. Works Bepress. Lima: 2013. [Última consulta: 02 diciembre 2016]. Disponible en:
http://works.bepress.com/daniel_quinonez/3/
- NOIR, Raúl Andrés. Sobre el movimiento LGHBT. Revista Electrónica de Psicología Política, Año 8, N° 22. Abril 2010. [En línea]. [última consulta: 13 de diciembre de 2016]. Disponible en:
http://www.psicopol.unsl.edu.ar/abril2010_Nota8.pdf.
- ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario. La noción de “categoría sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, 2014. [Última consulta: 03 junio 2017]. Disponible en:
<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n43/a13.pdf>

- JUAREZ PEREZ, Pilar. Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 23, 2012. [última consulta 01 julio 2017]. Disponible en:
<http://www.reei.org/index.php/revista/num23/articulos/jurisdiccion-espanola-poligamia-islamica-matrimonio-forzoso>
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Los fines del matrimonio. Anuario jurídico, Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1986. [Última consulta 04 julio 2017]. Disponible en:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2106/24.pdf>
- PRESNO LINARA, Miguel Ángel. El matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema constitucional español. Revista general de Derecho Constitucional, N° 17, 2013. [Última consulta: 04 julio 2017] Disponible en:
<https://presnolinera.files.wordpress.com/2013/10/el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-el-sistema-constitucional-espac3b1ol.pdf>
- CARDENAS QUINTERO, Eloísa Margarita; HERNANDEZ DE LA OSSA, Karen Margarita. Perspectiva del incesto: naturaleza y cultura. Tesis presentada para obtener el título de Filósofo. Universidad de Cartagena: Cartagena de Indias, 2011. [Última consulta 01 julio 2017]. Disponible en:
<http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/1638/1/PERSPECTIVA%20DEL%20INCESTO%20NATURALEZA%20Y%20CULTURA.pdf>
- BONACIC, Gabriel Muñoz. Evolución del concepto familia y su recepción en el ordenamiento jurídico. Tesis para optar al grado de magíster en derecho privado. Universidad de Chile, Santiago, 2014. Disponible en:
http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116109/demu%C3%B1oz_g.pdf?sequence=1
<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=incesto>
- GÓMEZ PELLÓN, Eloy. Introducción a la antropología social y cultural: Tema 4. Antropología de la familia y del parentesco. Universidad de Cantabria. [Última consulta 01 julio 2017]. Disponible en:
<http://ocw.unican.es/humanidades/introduccion-a-la-antropologia-social-y-cultural/material-de-clase-1/pdf/tema4-antropologia.pdf>

- ABUNDIS ROSALES, María Antonia; ORTEGA SOLÍS, Miguel Ángel. Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa. Universidad de Guadalajara, 2010. Disponible en:
<http://www.cuc.udg.mx/sites/default/files/publicaciones/2010%20-%20Matrimonio%20y%20divorcio%20-%20interiores.pdf>
- MURTADA Ayatollah. El islam y la poligamia. [última consulta 01 julio 2017]. Disponible en:
http://islamoriente.com/sites/default/files/cckfilefield/Article_pdf_file/El%20Islam%20y%20la%20Poligamia%20II.pdf
- POLAINO Aquilino, 2012. [Archivo de video en línea]. [Última consulta 25 de marzo de 2017]. Disponible en:
<https://www.youtube.com/watch?v=ZUVcUmO9RJ8>
- POLAINO Aquilino. Intervención en el senado español. [En Línea]. [Última Consulta: 25 marzo de 2016]. Disponible en:
<http://familiaqueesyqueno.es/Colaboraciones/INDICE/HOMOSEXUALIDAD-prostituci%C3%B3n/SOBRE%20HOMOSEXUALIDAD%20INTERVENCI%C3%93N%20DE%20AQUILINO%20POLAINO%20EN%20EL%20SENADO.doc>
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. ¿Cuál es el modelo de familia en la Constitución de 1993? [En línea]. 2008. [Última consulta: 17 junio 2017]. Disponible en:
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/03/12/cual-es-el-modelo-de-familia-en-la-constitucion-de-1993-sigue/>
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. ¿Nuevos modelos de familia? La respuesta legal. Revista Española de Derecho Canónico. Vol. 64, número 163, 2007. [Última consulta 04 julio 2017]. Disponible en:
http://www.fert.es/fertinforma/wp-content/uploads/2014/11/Carlos-Mart%C3%ADnez_Conferencia-nuevos-modelos-de-familia.pdf
- BARBIERI, Javier H.. Physis frente a Nómos: el eterno retorno. Díkaion, [S.l.], v. 20, N° 1, octubre 2011. [En línea]. [Última consulta: 10 abril 2017]. Disponible en:
<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1948/2502>

- El matrimonio. (2010, March 24), from OCW Universidad de Cantabria. [Última consulta 04 julio 2017]. Disponible en:
http://ocw.unican.es/humanidades/introduccion-a-la-antropologia-social-y-cultural/material-de-clase-1/tema-4.-antropologia-de-la-familia-y-el-parentesco/4.2-el-matrimonio/skinless_view
- Anónimo. Antecedentes históricos del matrimonio. [Última consulta: 20 abril 2017]. Disponible en:
http://catarina.udlap.mx/udla/tales/documentos/ldin/alvarez_e_r/capitulo2.pdf
- Organización de los Estados Americanos. [Última Consulta: 01 diciembre 2016]. Resoluciones Disponibles en:
<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/enlaces/>
- Journal of Genetics Counseling. [Última consulta 03 junio 2017]. Disponible en:
<http://www.saludymedicinas.com.mx/centros-de-salud/embarazo/prevencion/sexo-entre-parientes-hijos-con-anomalias-geneticas.html>
- Instituto Bernabéu – Medicina reproductiva. Hijos entre parientes. [Última consulta 03 junio 2017]. Disponible en:
<https://www.institutobernabeu.com/foro/2012/02/03/hijos-entre-parientes/>
- Royal Anthropological Institute (RAI), [Última consulta: 04 julio 2017] ver:
 - <https://www.therai.org.uk/about-the-rai/history>
- Anónimo. Iustopía, Anécdotas y curiosidades jurídicas. La poligamia es legal en 47 países. [En línea]. [Última consulta 24 mayo 2017]. Disponible en:
<http://archivodeinalbis.blogspot.pe/2012/04/la-poligamia-es-legal-en-47-paises.html>
- Anónimo. La mirada de la antropología [En línea]. [Última consulta: 01 diciembre 2016] Disponible en:
http://www.bantaba.ehu.es/ext/SES_2 CONTENIDOS 2.2 La mirada de la Antropologia.pdf
- Anónimo. Antropología cultural. [En línea]. [Última Consulta: 01 diciembre 2016]. Disponible en:
<http://assets.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448146344.pdf>

- Anónimo. Historia de la homosexualidad contada para fundamentalistas. La ciencia y sus demonios. [En línea]. [Última consulta: 07 de diciembre del 2016]. Disponible en:

 - <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/11/14/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-1a-parte/>
 - <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/11/17/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-2a-parte/>
 - <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/11/25/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-3a-parte/>
 - <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/12/15/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-4a-parte/>
 - <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/12/27/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-5a-y-ultima-parte/>
- Anónimo. Código de Hammurabi. [en línea]. [Última consulta: 07 diciembre 2016] Disponible en:

<http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/CI%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>
- Anónimo. Antecedentes históricos del matrimonio. [En línea]. [Última consulta: 20 abril 2017]. Rescatado de:

http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ldin/alvarez_e_r/capitulo2.pdf.
- Anónimo. Naturaleza y Cultura. [En línea]. [Última consulta: 01 abril 2017]. Disponible en:

<https://www.acfilosofia.org/materialesmn/filosofia-y-ciudadania/el-ser-humano-persona-y-sociedad/609-naturaleza-y-cultura>
- Anónimo. [Archivo de video en línea]. [Última consulta: 12 abril 2017]. Disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=aWMVxGeW1-8>
- Dr. A. Willy. El amor sexual [En línea], [Última consulta: 26 abril 2017]. Disponible en:

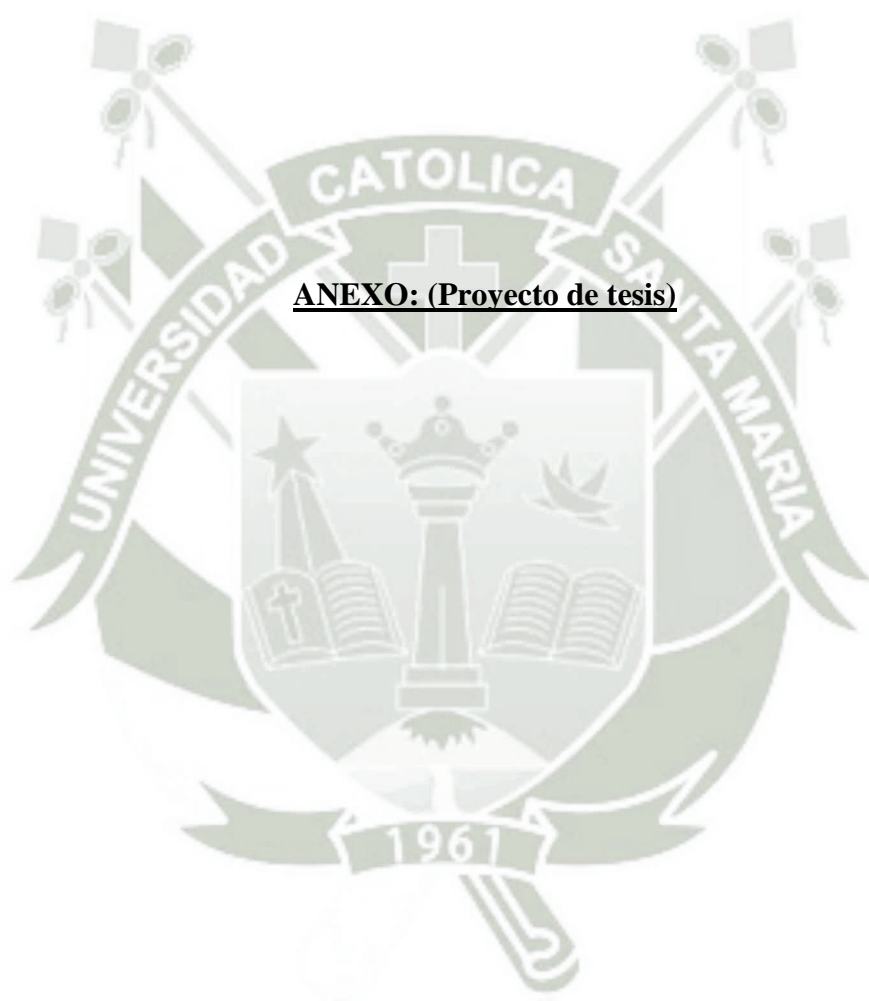
<http://www.fis.cinvestav.mx/~lmontano/sexoamor.html>
- Psicología y sexología [En línea]. [Última consulta: 04 julio 2017]. Disponible en:

<http://www.psicologiaenpositivo.org/un-pedacito-de-psicologia/filia/>

- Anónimo. Antecedentes históricos del matrimonio. [En línea]. [Última consulta: 20 abril 2017]. Rescatado de:
http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ldin/alvarez_e_r/capitulo2.pdf
- Historia de la redacción de la declaración universal de derechos humanos. [En línea]. [Última consulta: 11 junio 2017]. Disponible en:
<http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>
- Breve historia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. [En línea]. [Última consulta 10 junio 2017]. Disponible en:
<https://sustentarsemx.wordpress.com/2011/11/22/breve-historia-de-la-declaracion-universal-de-los-derechos-humanos/>
- Real Academia Española: [En línea]. [Última consulta 24 abril 2017]. Disponible en:
<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=GOfrYI4>
- Real Academia Española: [En línea]. [Última consulta 04 julio 2017]. Disponible en:
<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=trastornar>
- Real Academia Española: [En línea]. [Última consulta 04 julio 2017]. Disponible en:
<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=parafilia>
- En Línea. [Última consulta: 12 noviembre 2016]. Disponible en:
<http://mujeresconciencia.com/2017/03/28/la-riqueza-del-comportamiento-sexual-humano-paleolitico/>
- En línea. [Última consulta: 07 diciembre 2016]. Disponible en:
<http://www.laguia2000.com/edad-antigua/el-codigo-de-hammurabi>
- En línea. [Última consulta: 08 de diciembre de 2016]. Disponible en:
http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=401196
- En línea. [Última consulta: 08 de diciembre del 2016]. Disponible en:
<https://derechoromanounivia.wordpress.com/2014/08/26/la-codificacion-de-justiniano/>
- En línea. [Última consulta: 08 de diciembre del 2016]. Disponible en:

<https://www.wdl.org/es/item/10642/>

- En línea. [Última consulta: 08 de diciembre del 2016]. Disponible en:
<http://www.esacademic.com/dic.nsf/eswiki/1284623>
- En Línea. [Última consulta: 12 de diciembre del 2016]. Disponible en:
<http://www.cubaencuentro.com/cultura/articulos/y-la-revolucion-francesa-emancipo-a-los-judios-284196>
- En Línea. [Última consulta: 12 de diciembre del 2016]. Disponible en:
http://www.puds.unr.edu.ar/wp-content/uploads/2014/07/UNIDIV-Stonewall_Inn.pdf
- En Línea. [Última consulta: 13 de diciembre del 2016]. Disponible en:
http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10964%3A2015-lgbt-health-sees-progress-and-challenges&Itemid=1926&lang=es
- En línea. [Última consulta: 12 de enero de 2017]. Disponible en:
<http://www.ifer.com.ar/mellizos.php>
- En Línea. [Última consulta: 04 de julio 2017]. Disponible en:
<http://elgeniomaligno.eu/materia-la-impronta-de-claude-levi-strauss-en-la-antropologia-del-parentesco-enric-porqueres-i-gene/>
- En Línea. [Última consulta: 03 de julio 2017]. Disponible en:
<https://www.actuall.com/familia/hombre-mujer-no-seas-anticuado-ahora-puedes-elegir-entre-31-identidades-sexuales/>
- En Línea. [Última consulta: 03 de julio 2017]. Disponible en:
<http://www.laradicalbi.com/2014/09/el-paraguas-bisexual.html>
<http://homosensual.mx/comunidad/el-paraguas-bisexual/>
- En Línea. [Última consulta: 03 de julio 2017]. Disponible en:
<http://aminoapps.com/page/lgbt/4252833/bisexualidad-o-pansexualidad>



Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**¿ES LEGÍTIMO Y NECESARIO INCORPORAR A LA UNIÓN
HOMOSEXUAL DENTRO DE LA INSTITUCIÓN DEL
MATRIMONIO EN EL PERÚ? JUICIO A LA LUZ DE LA
ANTROPOLOGÍA JURÍDICA DEL MATRIMONIO Y UN
RECORRIDO POR LA HISTORIA JURÍDICA DE LA
HOMOSEXUALIDAD.**

Proyecto de Tesis presentada por el Bachiller en Derecho

Daniel Fernando Condori Quicaña

Para obtener el Título Profesional de Abogado

AREQUIPA- PERU

2016

I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Cierto es que en estos tiempos se está teniendo un debate intenso sobre si se debe o no incorporar o permitir el llamado Matrimonio Homosexual, cada persona tiene un punto de vista formado por sus experiencias y convicciones, empero estos puntos de vista no siempre reposan en fundamentos normativos y legítimos, el investigador quiere emprender esta investigación para finalmente poder dar una respuesta objetiva y legítima con bases antropológicas-jurídicas a esta interrogante que aún confunde a muchos y que es de interés nacional.

El tema bajo análisis es el Matrimonio Homosexual a la luz de la antropología jurídica del Matrimonio, ahora bien, no es objeto de esta investigación, centrarse en hacer un análisis pormenorizado o estudio exhaustivo de la tratativa del matrimonio homosexual en todos los países, no obstante para poner en contexto la problemática del matrimonio homosexual – ya que en el Perú aún no se está discutiendo o debatiendo esto en el fuero legislativo, no podríamos discutir desde la problemática peruana, porque aún no la hay – partimos de la problemática que se dio en los países de España, Argentina y Uruguay, para hacer un análisis crítico desde la antropología jurídica y estudiar su proceso evolutivo como referencia y así poner en contexto esta discusión, considerando que en estos países si se ha dado el debate legislativo sobre el matrimonio homosexual, concluyendo con una aprobación.

El matrimonio entre personas del mismo sexo en España fue reconocido como legal desde el 3 de julio del 2005. En este país se instauró la ley 13/2005, la cual modificaba el código civil y permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo y como consecuencia de esto, otros derechos como la adopción conjunta, herencia y pensión.. Esta medida fue duramente criticada por un sector de la población, de esta manera el Partido Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad ante el tribunal Constitucional de este país. El Tribunal Constitucional el 06 de noviembre del 2012, por 8 votos a favor y 3 en contra desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

En Argentina, el matrimonio homosexual fue decretado como legal desde el 15 de julio del 2010, después de un maratónico debate, consecuentemente Argentina se convirtió

en el primer país en Latino América en hacerlo, bajo la Ley 26.618 y Decreto 1054/2010. Se modifican varios aspectos del instituto del Matrimonio Civil en la República Argentina reemplazando los términos “hombre y mujer” por “contrayentes” y sus demás adecuaciones, apellido de hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo, bienes gananciales, artículo de no discriminación o restricción del ordenamiento jurídico Argentino, respecto a los Derechos y Obligaciones del Matrimonio entre dos personas de igual sexo.

En Uruguay, el matrimonio homosexual fue permitido a partir de agosto del 2013, mediante Ley 19.075, bajo la denominación de Matrimonio Igualitario, La Ley modifica además otras disposiciones del Código Civil y del Código de la Niñez y la Adolescencia, relativas a: deberes entre los cónyuges y ex cónyuges, relaciones de familia, divorcio y nombre de hijos e hijas. También adecua términos o palabras que diferenciaban en razón de sexo (por ejemplo: marido o mujer, padre o madre), por menciones neutras, como por ejemplo: contrayentes, esposos, progenitores.

En el Perú si bien a nivel legislativo aún no se está discutiendo sobre si se debe instaurar o no el matrimonio homosexual, consideramos que pronto se hará, ya que actualmente se está discutiendo acerca de establecer una unión decretada por ley para la protección exclusiva de las parejas homosexuales sin equipararlas del todo al matrimonio, como es el caso del proyecto de ley de Unión Civil³³⁹ el cual fue propuesto por el congresista Carlos Bruce Montes, hay quienes consideran que esta figura es una suerte de andamiaje jurídico para acceder al tan anhelado Matrimonio Homosexual – posición a la cual nos adherimos – que el supuesto reconocimiento del derecho al matrimonio homosexual, es de manera gradual. Tal suceso fue el que nos motivo a emprender la búsqueda de conocimientos e investigación a la que se desea llegar, somos conscientes del proceso evolutivo que este derecho está teniendo a nivel mundial y ahora específicamente a nivel latinoamericano, el lobby homosexual, ahora, no solo ejerce presión para erradicar las discriminaciones injustas, sino para como fin último, conseguir el reconocimiento matrimonial pleno de sus uniones.

³³⁹ Propuesta legislativa que fue definitivamente archivada el 14 de abril del 2015, por la comisión de justicia del congreso del Perú, la que fue presidida por Juan Carlos Eguren al rechazar el pedido de reconsideración planteado por Mauricio Mulder. Por ende, deberá pasar un año de tomada esta medida, para que se pueda presentar una propuesta legislativa similar. Y a la fecha este periodo de tiempo ya transcurrió.

En efecto parece ser que las personas que deciden iniciar una relación homoafectiva están desprotegidas por el derecho, o al menos a primera vista parece ser así, pero ¿Es acaso este argumento suficiente para poder instaurar el llamado “Matrimonio Homosexual”? En palabras del Dr. Carlos Martínez De Aguirre “El Debate sobre la admisión legal del llamado “matrimonio” entre personas del mismo sexo, es sin duda uno de los debates “estrella” del Derecho de Familia actual en nuestra cultura jurídica. Un debate en el que, a lo que entiendo, sobra superficialidad, sobra seguimiento irreflexivo de lo que cabría calificar como “modas jurídicas”, falta reflexión y sosiego: reflexión y sosiego que no siempre son sencillos, sobre todo si hay de por medio descalificaciones fáciles de la opinión opuesta.”³⁴⁰

Para muchas personas este tema no tendría ni siquiera que pensarse o estudiarse, y al pronunciarse respecto de este, dan como respuesta un “Si” rotundo, al igual, muchas otras responden con un “No”, pero más allá de estas opiniones contrapuestas, esto no trata de cuál es el grupo mayoritario o cual pesa sobre el otro, está a primera vista no parece ser una cuestión que pueda someterse a plebiscito, consulta popular o referéndum³⁴¹ como si se estaría decidiendo sobre un tema político.

El matrimonio es social y funcional, el Método sociológico-funcional, de donde proviene la antropología jurídica, tiene como objeto de estudio la norma en si misma más allá de la moral y la historia, el método sociológico cumple el papel de nexo entre

³⁴⁰ UGARTE MOSTAJO, Daniel (2014). La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Lima-Peru. Prologo. Carlos Martínez De Aguirre

³⁴¹ Según el art. 32 de nuestra constitución política del Perú “no puede someterse a referéndum la supresión o disminución de derechos fundamentales de la persona”, por lo tanto estaríamos ante esta situación e impedidos de efectuar el referéndum, al menos esto es señalado y avalado por algunos juristas como el actual Defensor del Pueblo Dr. Eduardo Vega Luna, ya que según él hablamos del derecho a la dignidad, igualdad y libertad de las personas. No obstante, hay otro punto de vista respecto al asunto, sostenido por también estudiosos del derecho como el Constitucionalista Peruano Dr. Aníbal Quiroga León, el cual menciona que el tema refiere sobre “incremento de derechos” y no sobre “disminución de derechos” por lo tanto una iniciativa de referéndum si sería por demás constitucional.

Asimismo el Civilista Peruano Dr. Mario Castillo Freyre menciona que el tema constitucionalmente puede ser sometido a referéndum, por las mismas razones que expone Aníbal Quiroga, pero no sería correcto o acertado hacerlo ya que, en sus palabras: “Un tema tan importante no puede ser objeto de un debate como el que se está teniendo, el debate que se está teniendo en la sociedad es muy acalorado viniendo de ambas partes, tanto del activismo desenfrenado LGBT (siglas que designan colectivamente a Lesbianas, Gays, Bisexuales y personas Transgénero), como del rechazo a este” No obstante en el primer semestre del año 2015, en Irlanda se sometió a referéndum el llamado “Matrimonio Homosexual”, dando como ganador al ‘Si’ con un 62,1% del voto, mientras que el ‘No’ obtuvo el 37,9%, la participación fue del 60,5% de los votantes registrados en este país. según informa The Guardian y la BBC. [En línea]. [Fecha de consulta: 13 de marzo del 2016]. Disponible en el siguiente link: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150523_matrimonio_homosexual_irlanda_hr

el mundo abstracto de las normas y el de los fenómenos reales y concretos de la dinámica social, el método sociológico, hoy trasvasado al campo de la antropología jurídica, tiene como eje principal las expresiones de la realidad existente como criterio objetivo. Es por esto que tomamos a la antropología jurídica como sustento de la presente investigación, el estudio de la norma en sí misma, el estudio de la institución del matrimonio a través de la vida humana para encontrar su esencia y valor, tomándolo como una expresión necesaria de la realidad.

En la investigación a la que se quiere llegar, al estar en el campo de la antropología jurídica, el cual es el campo de la realidad y de las expresiones humanas, es por esencia objetiva, por tanto se evitara de esta forma caer fácilmente en los prejuicios infundados y coléricos.

Hay dos cuestiones a ser aclaradas, “la función del matrimonio” y “como la unión homosexual encaja dentro de esta institución (Matrimonio)” también debe ser considerada la posibilidad de que el matrimonio pueda acoger a otras formas de unión y expresiones humanas, como lo son las relaciones homosexuales y encontrar su función dentro del mismo. Todo esto se podrá aclarar en la investigación a la que se pretende llegar.

1.1 Enunciado del problema

El matrimonio homosexual a la luz de la antropología jurídica del matrimonio

1.2 Descripción de la realidad problemática

- ❖ Campo : Ciencias jurídicas
- ❖ Área : Derecho constitucional, Derecho de Familia
- ❖ Línea : Matrimonio Homosexual
- ❖ Operacionalización de variables

Tipo de variable	Variable	Indicadores
Única	Matrimonio Homosexual desde la Antropología Jurídica.	Antropología jurídica
		Matrimonio
		Historia de la homosexualidad
		Derechos Humanos
		Derecho Comparado

❖ **Tipo y nivel de investigación**

- a. Tipo : Documental
- b. Nivel : Descriptivo y analítico

2. Justificación

- **Relevancia jurídica**

La discusión sobre la admisión legal del matrimonio homosexual, en cada país, se da en las calles y en el día a día del pueblo, consideramos que es un tema trascendental y controvertido – por eso la discusión – consecuentemente al ya haberse dado la discusión popular, consideramos relevante y necesaria se dé ahora la discusión jurídica, sumar a está aportando argumentos sólidos en el derecho.

- **Relevancia científica**

Consideramos como valioso y relevante nuestro aporte a la comuna jurídica, por tanto la visión de estudio que se utilizará en la investigación, es la Antropología Jurídica, disciplina del derecho que es poco conocida pero sí usada – a veces sin saberlo – cuando se estudia a profundidad al ser humano y la norma.

- **Relevancia humana**

Sin duda alguna cualquier persona siempre va a buscar el beneficio de su sociedad, independientemente de también buscar el beneficio de la humanidad, siempre vela y cuida por sus cercanos y por las personas con las cuales se siente identificado, la presente investigación pretende contribuir y ayudar a la sociedad peruana, ya que si bien la discusión sobre este tema es universal, la solución de momento es interna.

- **Relevancia contemporánea**

Como se venía mencionando la presente investigación aborda un problema de discusión actual y latente, existiendo de esta manera la obligación improrrogable de su pronta investigación jurídica, por lo tanto nos encontramos en un momento adecuado para indagar y analizar a profundidad el problema planteado y dar posibles respuestas con bases jurídicas.

3. CONCEPTOS BASICOS EXTRAIDOS DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los principales conceptos que se usaran serán los que siguen:

3.1 Antropología Jurídica **A. Antropología**

La presente investigación está estructurada desde la óptica de la antropología jurídica, por lo tanto para poder tratar las cuestiones de fondo, se tiene antes que entender la importancia y dimensión de esta disciplina del derecho.

La palabra Antropología proviene del idioma Griego, más precisamente del término *anthropos* el cual es la conjunción de “humano” y de *logos* que significa “conocimiento”. La Antropología es una ciencia social cuyo principal objeto de estudio es el individuo como un todo, es decir, se centra en el estudio del hombre en su forma integral, nos permite conocer al hombre en el marco de la sociedad y la cultura a la cual pertenece y también verlo como producto de estas, vendría a ser una suerte de radiografía aguda, extensa y detallada acerca del proceso bio social que comprende la existencia de la raza humana.

La Antropología es el estudio científico y humanístico de las especies humanas; la exploración de la diversidad humana en el tiempo y el espacio. Aborda cuestiones básicas de la existencia humana: dónde y cuándo se produjo nuestro origen, cómo hemos cambiado y cómo seguimos cambiando. Esta disciplina tiene un carácter holístico, es decir, concibe y estudia la condición humana como un todo, pasado presente y futuro; biología, sociedad, lenguaje y cultura, Resulta especialmente interesante para esta disciplina la capacidad de adaptación del ser humano. Esta es

viene a ser una ciencia holística y comparativa en grado único, debido a su amplitud de visión.³⁴²

B. Antropología jurídica

Ya que el derecho no puede entenderse de modo aislado, este se vale de diferentes disciplinas para su estudio, en el presente trabajo nos valdremos de la visión de la antropología jurídica. Los conceptos de antropología y Derecho pertenecen a dos disciplinas heterogéneas, con métodos de investigación y terminologías particulares, pero tienen una interrelación intrínseca por ser campos de estudio que investigan la convivencia humana y sus conflictos.

El Dr. José Chávez Fernández, describiendo el enfoque de la antropología jurídica menciona “El hombre de hoy tiene mayor conciencia del cambio que sus antecesores. Incluso ante su vertiginosidad llega a pensar erróneamente que todo es cambio, que nada permanece, olvidando fácilmente que el cambio es solo perceptible precisamente porque no todo cambia.”³⁴³

Tradicionalmente la antropología del derecho ha sido considerada una disciplina residual en el desarrollo de la formación jurídica. Muy pocas facultades de derecho cuentan dentro de sus planes de estudio con un curso dirigido a analizar antropológicamente las instituciones jurídicas, las cuales son vistas principalmente desde una óptica dogmática, positivista y, últimamente, económica. No obstante, cuando se tiene un curso de Antropología del Derecho, nos encontramos frente a un temario que analiza las instituciones jurídicas utilizadas y ejercidas por el “otro”; es decir, por aquellos sujetos que con sustento en su cultura y costumbres entienden y practican el derecho de manera distinta.

La antropología jurídica en palabras del profesor Esteban Krotz viene a ser, una perspectiva específica elaborada para la captación de la realidad social que da cuenta,

³⁴² Anónimo. Antropología cultural [en línea].]. [Fecha de consulta: 04 de abril del 2016]. Disponible en: <http://assets.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448146344.pdf>

³⁴³ Chávez Fernández Postigo, J. (2013). Notas para un iusnaturalismo realista en clave antropológica [en línea], Prudentia Iuris, 75. [Fecha de consulta: 23 de abril del 2016]. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/notas-iusnaturalismo-realista.pdf>

desde un ángulo particular y limitado, de la vida y las características de una determinada sociedad, el estudio de lo jurídico en su contexto social.³⁴⁴

“La antropología Jurídica en nuestro tiempo cobra fuerza, por su naturaleza cuestionadora interpelando a la limitada forma de concepción del derecho positivo y su falsa analogía de derecho como sinónimo de Ley y de Estado. Pues, no toda ley estatal es jurídica ni la ley es igual a derecho”³⁴⁵

3.2 Matrimonio

Es de conocimiento que la palabra Matrimonio proviene del latín, ahora bien, en cuanto a su significado etimológico o estructuración de palabras hay distintas interpretaciones, todas son válidas y tienen casi el mismo sentido, para algunos proviene de *matrem* que es “madre” y *monium* “calidad de”, para otros *mater*, *matris* “madre” y *monium*, *monia* “con lo cual se designa al conjunto de actos o situaciones rituales y jurídicas”, y así hay algunas otras interpretaciones, todas en una misma dirección y similar sentido.

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.³⁴⁶

Si nos remitiéramos a la legalidad para el análisis del problema planteado, no tendríamos siquiera que pensar para llegar a la conclusión de que no es posible incorporar a las uniones homosexuales dentro de la institución del matrimonio en nuestro país, pues nuestro ordenamiento jurídico deja constancia de manera clara e indudable que solo considera matrimonio a la unión de un varón con una mujer, dejando nula la posibilidad de una interpretación extensiva de lo que es matrimonio – lo cual si se hizo en otros países y lo desarrollaremos en la propia investigación – y lo

³⁴⁴ Valladares de la Cruz, Laura R: Reseña de "Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho". *Alteridades*, enero-junio 2002, 155-159.

³⁴⁵ BERNAL MANSILLA, Boris. Antropología Jurídica [en línea] 2014 [Fecha de consulta: 03 de abril del 2016]. Disponible en: <http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2014011801>

³⁴⁶ ALCÍVAR TREJO, Carlos; CALDERÓN CISNEROS, Juan; ORTÍZ CHIMBO, Karla Maribel. EL MATRIMONIO ¡Un compromiso social o un contrato legal en la actualidad de la sociedad Ecuatoriana! [en línea] 2015, [fecha de consulta: 11 de abril del 2016]. Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/ccss/2015/01/matrimonio.html>

hace de la siguiente manera; nuestra carta magna (la constitución política del Perú), hace mención en su segundo parrado del art. 4 que la forma del matrimonio es regulada por ley, y la ley, que es nuestro código civil, textualiza en su art. 234 que el matrimonio es la unión voluntaria de un hombre y una mujer, y si aun esto no fuera convincente asimismo nuestra constitución hace referencia a la unión de hecho en su art. 5 como la unión estable de un varón y una mujer, esta es la legalidad del matrimonio en el Perú;

Se puede afirmar que el matrimonio es la unión de un hombre con una mujer, y al decir esto, se está indicando no uno de los posibles significados del termino matrimonio, sino el significado que le es propio. Resulta más claro invertir la secuencia: hay un fenómeno social y humano que consiste en la unión estable entre un varón y una mujer, que tiene una específica funcionalidad social (produce, humaniza y socializa), y ese fenómeno social es el que recibe el nombre de matrimonio. Lo primero es pues la existencia de uniones estables y comprometidas entre un varón una mujer y esas uniones son las que reciben el nombre de matrimonio, y las que el derecho encuadra, no es primero el término, la palabra, a la que después la sociedad o el Derecho le dan el contenido que parece conveniente.³⁴⁷

Bien se sabe que la ciencia jurídica no es solamente ciencia de normas, sino es principalmente ciencia del hombre en relación. Para muchos “El matrimonio crea las más sólidas e íntimas relaciones interpersonales porque están fundadas en el “amor” verdaderamente personal que lleva a los cónyuges a darse y entregarse mutuamente en la alianza permanente avalada y protegida por el derecho” y las relaciones homosexuales no están ajenas de este fin, ya que este es el anhelo suyo, fundar su unión en el amor y que esto sea avalado por el derecho. Pues bien, el “amor” le es indiferente al derecho, el derecho no mira o regula sentimientos; alegría, amor, tristeza, resentimiento, al menos en esta materia es innecesario, ya que al momento de contraer matrimonio, si uno decide contraerlo por conveniencia, obligación moral, amor u otro motivo, solo quedara a ser juzgado en el fuero de su conciencia, del cual probablemente no sea absuelto, el derecho no encuadro al matrimonio por el amor, lo hizo por la

³⁴⁷ UGARTE MOSTAJO, Daniel (2014). La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Lima-Peru, op. Cit., pp. 95-98.

necesidad que reflejaba la realidad, la expresión humana y lo trascendental de este actuar para el desarrollo de la sociedad.

A. Familia

Desde el inicio de la vida en la tierra, el ser humano se ha relacionado creando así uniones y relaciones cercanas, tan cercanas al punto de formar una unidad con un grupo minoritario de personas, a este grupo minoritario se le llama familia, independientemente del grupo mayor al cual pertenece esta familia, ya sea una tribu, clan o pueblo.

Pero, ¿Cómo se dieron estas uniones y como evolucionaron a través del tiempo?

Pues bueno, antiguamente, había lo que se conoce como el comercio sexual sin trabas dentro de la “Familia consanguínea”, esto era que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas sus mujeres, por ende los hijos de unos y otros se consideraban comunes, las personas lejanas en generación estaban excluidas de los deberes del matrimonio³⁴⁸, es decir la relación era entre abuelos, entre padres o entre hijos, pero no así entre padre e hijo o padre y abuelo, ya que eran de generaciones distintas.

Posteriormente se dio el primer progreso con la “Familia Punalua”, se eliminaron las relaciones conyugales entre hermanos y posteriormente entre lo que hoy denominamos primos, la familia disminuyó en extensión. A esta le sucedió la llamada “familia Sindiásmica” este tipo de familia aparece entre el límite del salvajismo y la barbarie, en esta se consolidó las uniones de pareja, hombre y mujer, la poligamia³⁴⁹ era permitida y la poliandria³⁵⁰ era castigada.

Todo esto hizo llegar a la “Familia Monogámica” el surgimiento de la monogamia corresponde a los inicios de la civilización, se funda en el predominio del hombre, su fin era procrear hijos cuya paternidad sea indiscutida, esto era indispensable porque los hijos serían los herederos de las propiedades del padre, con la monogamia aparecieron

³⁴⁸ Digo matrimonio ya que esto siempre existió, el matrimonio es una institución milenaria, el derecho regula o encuadra esta realidad preexistente, no la crea. Cuestión en la cual se tratara de ahondar en la propia investigación

³⁴⁹ Régimen familiar que permite tener al hombre más de una esposa al mismo tiempo

³⁵⁰ Régimen familiar que permite tener a la mujer más de un esposo al mismo tiempo

condiciones sociales desventajosas para la mujer, aun se convivía con la poligamia pero iba desapareciendo.

Estos datos revelan la evolución de la sociedad y la familia, que había la necesidad de agruparse como tal (familia), para llegar a un nuevo y mejor nivel de organización en la sociedad, asimismo demuestran que el ser humano, por naturaleza, es un ser que vive en constante relación con otros, algunas relaciones lejanas y otras tan cercanas al punto de formar una unidad, es eso lo que empuja a la persona a unir su vida con la de otra, con la que este elija, el vínculo de pareja es tan especial que parece estar soldado, y de esta manera explotar su derecho a la libertad, la evolución de los derechos humanos ha hecho posible esto. Y es precisamente esto lo que reclaman las personas homosexuales, tener una unión como la que se describió y que esta sea reconocida como matrimonio, por eso habrá que analizar el problema, para saber si es que es posible o no conceder tal pedido.

El Derecho de familia es una parte especial del sistema jurídico que tiene una específica finalidad justificadora, esta finalidad no es otra que la de promover, incentivar y favorecer una realidad pre-legal que es la familia, familia que según la normativa internacional de derechos humanos es entendida de la siguiente manera; “La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el estado”³⁵¹, de esto se desprende que la familia es la comunidad social básica e indispensable para la sociedad y que las leyes en materia de familia no pueden constituir un orden neutral respecto de cualquier tipo de agrupaciones, con o sin connotación sexual, que la labor tanto de la sociedad como del estado frente a la familia no pueden ser neutras, sino protectoras y promotoras.

El Derecho de Familia es uno de los ámbitos del saber jurídico que más cambios ha experimentado en las últimas décadas, estas transformaciones se han caracterizado por una tendencia hacia una reconceptualización del matrimonio y la familia, manifestada como un cambio de énfasis legal desde la “Familia como grupo” a la “Familia como sus miembros individuales”, por pasar de considerar al matrimonio como una institución

³⁵¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16, inc 3; recogido luego por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art 23, inc. 1.

social necesaria para proporcionar el ambiente óptimo en la socialización del nuevo ser, a considerarla primordialmente como una relación íntima entre adultos.³⁵²

El sociólogo Herbert Spencer nos dice “Toda forma de evolución va de lo inorgánico o desorganizado hacia lo orgánico u organizado, primero fue la promiscuidad sexual, después las uniones poligámicas y por último la monogamia”

3.3 Historia de la homosexualidad en el Derecho

En la presente investigación también se hará uso de la historia del derecho o historia jurídica, pero en este punto se tomara como un relato cronológico de los sucesos relevantes en el tema de la homosexualidad para su posterior análisis en general, no entrando a detalles pormenorizados puesto que la historia es inmensa para ser contenida en un solo trabajo, y porque además no es la finalidad de esta investigación el análisis detallado de la historia, la finalidad es dar respuesta a la interrogante planteada. Por consiguiente el centro de investigación es la antropología jurídica del matrimonio, pero no se estudia al matrimonio en vacío, sino frente al fenómeno de la homosexualidad, por esto es de gran importancia conocer y entender el fenómeno de la homosexualidad y su trato a través de la historia ya que como se venía diciendo párrafos arriba, la práctica homosexual ha sido un tema de reciente discusión en todo el mundo, no obstante la historia demuestra que no es algo que haya surgido recién en nuestra época, ni se trata de un asunto o problema que hemos de abordar desde cero, del que no se conozca nada.

De **Prehistoria**³⁵³ aproximadamente a los 12,000 años a.c. se tiene algunas pinturas rupestres del homoherotismo asimismo hay objetos de esa data como lo es el llamado doble falo de Gorge d’Enfer, pero no hay registro alguno que pueda darnos algún acercamiento o alcance respecto al trato que se tuvo frente a estos actos, solo se sabe que si existo.

En la **Edad Antigua**³⁵⁴ era una práctica común especialmente en Europa, ya que se consideraba normal que un muchacho, entre la pubertad y el crecimiento de la barba,

³⁵² UGARTE MOSTAJO, Daniel (2014). La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Lima-Peru, 21-23.

³⁵³ Etapa de la historia humana que va desde la existencia del hombre en la tierra hasta el año 3500 A.C

³⁵⁴ Etapa de la historia humana que va desde el año 3500 A.C. hasta el año 476 D.C.

fuera el amante de un hombre mayor, el cual se ocupaba de la educación política, social, científica y moral del amado, se tenía la idea de que las relaciones sexuales con el hombre era para el placer, un placer exclusivo de la gente importante y las relaciones con la mujer para la reproducción, al ser esto algo necesario, lo curioso es que no era normal que dos hombres adultos mantuviesen una relación amorosa,

En la **Edad Media**³⁵⁵ se empezaron a instaurar y establecer leyes que castigaban la Sodomía, la práctica homosexual fue muy duramente perseguida y castigada principalmente por la Santa Inquisición, la tortura y la pena capital, generalmente en la hoguera, eran los suplicios a los que se condenaba en la mayor parte de Europa a los homosexuales, en este asunto los nobles y privilegiados eran raramente acusados, las penas recaían casi siempre sobre los pobres y las personas de baja importancia.

Posteriormente en la etapa de la **Modernidad**³⁵⁶ el panorama a inicios de este periodo no cambio demasiado, ya que se seguía persiguiendo a la homosexualidad para su posterior castigo a quien la cometiera, las penas iban desde la castración hasta la muerte, así pues en Inglaterra se adoptó la Buggery Act, que fue la primera ley gubernamental contra la sodomía en ese país, esto durante el reinado de Enrique VIII en el año 1533, ya que hasta entonces los encargados de perseguir el acto homosexual como delito eran los tribunales eclesiásticos, a su vez, el Sacro Imperio Romano Germánico en manos de Carlos V, creó la Constitutio Criminalis Carolina, que era el primer cuerpo de derecho penal alemán, aprobado en el año 1532, en el cual estaba contemplado la Sodomía como delito, en su art. 116 estipulaba “Castigad así al impúdico, cuando actúe contra natura. En el caso de que una persona actúe de forma impúdica con un animal, un hombre con un hombre, una mujer con una mujer, entonces han perdido el derecho a la vida. Y se deberá, según la costumbre, llevarlos a la muerte con el fuego”. A finales de esta época empezaron a evidenciarse los primeros focos de subcultura homosexual, en los suburbios de grandes ciudades como Paris Londres y otros, por supuesto que esto causo la ira de los estados, que empezaron a tratar de disuadir tal accionar a base de terror, es así que se empezaron a cometer ejecuciones solo como “escarmiento”.

³⁵⁵ Etapa de la historia humana que va desde el año 476 hasta el año 1453

³⁵⁶ Etapa de la historia humana que va desde el año 1453 hasta el año 1789

Y así, se llegó a la edad **Contemporánea**³⁵⁷, la cual vivimos en estos tiempos, en el año 1791, la revolución francesa abolió la idea de que la homosexualidad debía ser considerado delito, esto amparado en el espíritu de la libertad, el Código Penal francés de Napoleón (El también llamado código Penal Napoleónico), conservó tal despenalización, al entender como delito sólo las conductas que perjudicaran a un tercero. Las conquistas de Napoleón y la influencia cultural de Francia extendieron esta forma legislativa por gran parte de Europa y América, no obstante aun habían países de Europa en donde la homosexualidad masculina aún se consideraba delito, como en Alemania y toda Europa Central, esta idea se extendió durante la época Nazi, la homosexualidad era considerado como rasgo de inferioridad y defecto genético, los homosexuales de este país eran arrestados, encarcelados o internados en los campos de concentración, al igual que los homosexuales de los países ocupados, en 1930 se dio el primer caso de reasignación de sexo en la historia, el pintor danés Einar Mogens Wegener³⁵⁸ se sometió a 5 operaciones en Alemania, tomando así el nombre de Lili Elbe. Tras innumerables luchas, en el siglo XX, la mayoría de países Europeos y Americanos despenalizaron el acto homosexual empezando a aceptarlo y tolerarlo, en el Perú se legalizó el “acto homosexual” en el año 1921, este siglo estuvo cubierto por la sombra de lo que se llamó el “cáncer gay” la epidemia del SIDA, que era atribuida o ligada socialmente a los homosexuales y por el psicoanálisis que hizo cambiar la percepción de la homosexualidad de una conducta viciosa o pecadora para pasar a ser tratada como una enfermedad mental, los homosexuales corrían el riesgo incluso en los lugares en los que no era considerado delito de que se les intentara “curar”. El 28 de junio de 1969, en el “Stonewall Inn”, un local gay del Greenwich Village neoyorquino se dio un levantamiento violento de los homosexuales contra los policías, esto tuvo un gran impacto en la comunidad gay que dio lugar al punto de partida del “Movimiento de Liberación LGTB” , En 1973 La Asociación Americana de Psiquiatría (APA) votó de manera unánime sacar la homosexualidad de la sección “desviaciones sexuales”, El 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) retiró la homosexualidad de la “Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Otros Problemas de Salud”, se especuló que esta decisión . Una vez que en toda Europa y casi toda América se consiguiera la despenalización de la homosexualidad, se creyó que era

³⁵⁷ Etapa de la historia humana que va desde el año 1789 hasta el nuestros días.

³⁵⁸ En homenaje a esto, recientemente, a inicios del 2016 se estrenó una película titulada “La chica Danesa” la cual relata la vida del pintor y los sucesos que experimento en su camino hacia el pretendido cambio, película que tuvo buenas críticas.

un avance significativo en cuanto a derechos y libertades y que se estaba en vísperas de un nuevo mundo, y en efecto lo fue. Ya no bastaba con solo una “aceptación”, ahora se pedía la “integración”, esto dio paso a que en gran parte de los países europeos se empezara a instaurar formas jurídicas para protección de los intereses de las personas homosexuales, tales como los pactos de solidaridad, uniones civiles, uniones registradas y demás figuras, que apareció por primera vez en Dinamarca, por la ley del 07 de junio de 1989, se extendería después por otras legislaciones. Esto a su vez para el posterior matrimonio homosexual soñado, ya que después de haberse aprobado algún estatuto para la protección especial de las parejas homosexuales, en los países que se ha hecho esto, se empieza a instar a que esta unión sea equiparable a la unión matrimonial y por lo tanto sea reconocida como tal, el primer caso de esto se dio en Holanda que en Abril del 2001 se convirtió en el primer país en aprobar el “matrimonio homosexual”. Este es un escueto y resumido recorrido por la historia homosexual, de las demandas y exigencia que se tuvo que hacer ya que el respeto a los derechos no se pide, se exige, y por supuesto que hubo otros hechos relevantes que marcaron su historia, hechos en los cuales se profundizara en la investigación a la que se pretende alcanzar, con motivo de entender su proceder actual.

3.4 Marco normativo internacional

- Sistema universal de protección de los derechos humanos
 - Carta de las naciones unidas
 - Declaración universal de derechos humanos
 - Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos
 - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
 - Convención sobre los Derechos del Niño
- Sistema interamericano de protección de los derechos humanos
 - Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos
 - Protocolo Facultativo
 - Carta Democrática Interamericana
 - Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE – Sentencia de 24 de febrero de 2012

- CASO DUQUE VS. COLOMBIA – Sentencia de 26 de febrero de 2016

- Sistema Nacional
 - Código Civil Peruano
 - Constitución política del Perú

4. INTERROGANTES Y OBJETIVOS

❖ Interrogantes básicas de la investigación

a. Generales

- ¿Corresponde antropológica y jurídicamente denominar “Matrimonio” a la unión de pareja homosexual?

b. Específicas

- ¿Qué es la antropología jurídica y cuál es su importancia en el derecho?
- ¿Qué es matrimonio para la antropología jurídica?
- ¿Cuál es la finalidad del matrimonio y cuál es la finalidad de la unión de pareja homosexual?
- ¿Cuál ha sido el tratamiento jurídico de la homosexualidad a través de la historia?

❖ Objetivos

A. Objetivo general

- Determinar si corresponde antropológica y jurídicamente denominar “Matrimonio” a la unión de pareja homosexual

B. Objetivos específicos

- Entender la importancia y dimensión de la Antropología Jurídica, y la necesidad de intervención de esta rama del derecho en el presente problema.
- Conocer a profundidad el concepto de matrimonio, analizando los alcances, finalidad e importancia de esta institución desde un punto de vista de la antropología jurídica
- Conocer el tratamiento que se le ha dado al fenómeno de la homosexualidad, su paso en la sociedad a través de la historia en el derecho.
- Determinar la finalidad del matrimonio y la finalidad de la unión de pareja homosexual.

5. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Efectuada la revisión correspondiente en las bibliotecas de las universidades locales, así como en diversos catálogos de tesis digitales de universidades del Perú, se encontraron las siguientes investigaciones que podrían ser consideradas antecedentes investigativos.

- HERRERA ESCOBEDO, Jenny Fernanda (2015). **“Discriminación del reconocimiento de los derechos patrimoniales de las parejas homosexuales”**. Universidad Católica de Santa María. Esta tesis da un enfoque constitucional derivada de la problemática de ausencia de legalización del matrimonio y concubinato Homosexuales, concluyendo que al haber tal ausencia se está trasgrediendo y afectando derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, la libertad, a la dignidad y a la vida privada. De esta manera da una fundamentación favorable al tema matrimonio y concubinato homosexual, no obstante en la propuesta legislativa solo incluye al concubinato homosexual, no pronunciando en este extremo su postura a favor del matrimonio homosexual.
- FERNÁNDEZ REVOREDO, María Soledad (2014). **“LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y SU APLICACIÓN EN LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO Y LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ”**. Pontificia Universidad Católica del Perú. La investigación da un enfoque constitucional derivada de la problemática de ausencia de legalización del matrimonio y convivencia Homosexuales, concluyendo que se al haber tal ausencia se está trasgrediendo y afectando derechos fundamentales como el derecho a la libertad y a la dignidad. De esta manera da una fundamentación favorable al tema matrimonio homosexual
- ESCALA, Jorge (2005). **“UNIONES HOMOSEXUALES Y DERECHOS HUMANOS”**. Este artículo se propone responder desde el punto de vista de los Derechos Humanos a tres cuestiones: la posibilidad o no de los matrimonios homosexuales; las uniones de mismo sexo, y la posibilidad de adopción. Su aporte es el análisis exegético que hace de los textos de tratados internacionales de Derechos Humanos. Su conclusión es negativa a las tres cuestiones planteadas ya que tales atribuciones contradicen las normas internacionales vigentes.

- CORRAL TALCANI, Hernán (2007). **“LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES. UN CONTRASENTIDO PARA EL DERECHO DE FAMILIA”**. Este artículo se plantea analizar la problemática de las uniones registradas, uniones civiles y demás denominaciones que se les da a las uniones homosexuales que no son matrimonio. El aporte útil a nuestra investigaciones es que para tal ensayista, hay dos ideas medulares en esta discusión, una es el positivismo normativista, (es justo lo que dice la ley publicada en el Diario Oficial), o el positivismo sociológico, (es justo lo que de hecho se da de hecho en la realidad social). La conclusión a la que arriba es que este tipo de uniones registradas desnaturalizan el Derecho de Familia.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, (2014). **LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993**. Este artículo está dirigida al estudio de la estructura del matrimonio plasmada en nuestra constitución peruana. El aporte de tal trabajo es el reconocimiento del matrimonio como Garantía Institucional invariable, reconocida en nuestra carta magna. La conclusión es que el matrimonio es una institución jurídica constitucionalmente garantizada por el artículo 4 de la constitución de 1993, lo cual ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional en su condición de supremo intérprete de la constitución.
- AGUINAGA RAPRAY, Alicia Imelda. **MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**. Este artículo claramente plantea que su objetivo es determinar si la negación en nuestro sistema jurídico, del matrimonio entre homosexuales, atenta contra el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminar por motivos de orientación sexual. Llega a la conclusión que la regulación del matrimonio entre homosexuales no afecta el derecho fundamental a la dignidad, por cuanto el matrimonio es necesariamente formado por un varón una mujer.
- HERMIDA DEL LLANO, Cristina (2014). **VIEJOS Y NUEVOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DEL MALESTAR**. El objeto de tal artículo es el estudio de la interpretación evolutiva que ha venido ganando fuerza en los últimos años en España, generando en nacimiento de nuevos derechos, su análisis es a partir de la sentencia 198/2012. El aporte valioso de este trabajo a nuestra investigación está en que considera que el resultado que se dio en España respecto a la problemática del matrimonio homosexual, es

producto de llevar al extremo al principio de autonomía de la libertad, quedando los sujetos redimidos a la sociedad y al egoísmo individualista, esta misma es la conclusión a la que arriba.

- Rueda Romero, Paulino. **ANÁLISIS DEL LENGUAJE JURÍDICO: “MATRIMONIO HOMOSEXUAL” EN LA CORRIENTE NEOPOSITIVISTA. TEMA PARA UN DEBATE FILOSÓFICO Y JURÍDICO.** este trabajo se propone explicar desde la perspectiva de la filosofía del derecho, el uso del lenguaje jurídico aplicado a un tema concreto “Matrimonio Homosexual”. Como aporte considera que el lenguaje técnico – jurídico, es riguroso, ya que están perfectamente establecidas las reglas de su formación, por consiguiente el concepto de matrimonio debe ceñirse a su efecto real y no a uno simulado. Su conclusión reside en que de la corriente del neopositivismo y la filosofía del derecho, el lenguaje jurídico nos acerca a utilizar los términos en su mejor expresión, no obstante las opciones sexuales son respetadas desde todo punto de vista, ya que así lo sostienen los organismos internacionales de Derechos Humanos.

6. HIPÓTESIS

DADO QUE

- El matrimonio es una institución con una específica e inherente funcionalidad natural y social (productora y socializadora), tiene fines y es necesaria para la sociedad, y además se constituye como una realidad natural pre-existente aún a la creación del derecho y las normas, es decir el derecho identifico esta expresión social con una esencia inmutable y la denominó “Matrimonio”, más no la creo. Y pese a esto, en sistemas como los de España, Argentina y Uruguay, el legislador ha alterado el concepto de esta institución para poder regular y denominar legalmente a las uniones homosexuales como Matrimonio propiamente dicho.

ES PROBABLE QUE

- Esta medida (redefinir el concepto de matrimonio), haya colisionado contra criterios de la Antropológica Jurídica del Matrimonio, contra la esencia y origen

mismo de esta institución, en su menoscabo. Y que esta situación afecte al derecho y de forma concomitante al sistema jurídico, ya que trastoca la noción tradicional de matrimonio y ejerce una influencia ideológica en órdenes normativos, como es el caso del peruano.

7. ESQUEMA DEL CONTENIDO DEL INFORME

CAPÍTULO I

Antropología jurídica

- Antropología
- Antropología jurídica, una rama del derecho en abandono
- Falsa concepción del derecho “legalidad y legitimidad”
 - o Legalidad y positivismo
 - o Legitimidad y antropología
- Cuestionando a la norma

CAPITULO II

Historia de la homosexualidad en el derecho

- Prehistoria y Edad antigua:
- Edad media y Modernidad
- Edad contemporánea

CAPITULO III

Matrimonio

- Matrimonio y familia
- Origen del matrimonio y su terminología
- Esencia del matrimonio
 - o Elementos esenciales del matrimonio
 - o Reglas: ¿son necesarias sus reglas?
- Derechos fundamentales y matrimonio
 - o Sistema universal de protección de los derechos humanos
 - Declaración universal de derechos humanos
 - Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos
 - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
 - o Sistema interamericano de protección de los derechos humanos
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Finalidad de la unión homosexual y su rol dentro del matrimonio
- Libertad irrestricta vs matrimonio
- El matrimonio en el derecho comparado
- El llamado matrimonio homosexual en algunos pocos ordenamientos jurídicos

CONCLUSIONES

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Técnicas e instrumentos

1.1 Técnicas

De acuerdo con la variable e indicadores, la técnica utilizada para recolectar la información necesaria, será la observación documental, análisis bibliográfico y análisis cualitativo

1.2 Instrumentos

En concordancia con la técnica propuesta, los instrumentos serán:

- Fichas de Registro
- Fichas documentales

1.3 Cuadro de coherencias

Variable	Indicadores	Técnica	instrumentos
Legitimidad del matrimonio homosexual	Matrimonio	Observación documental, análisis bibliográfico y cualitativo	Fichas de Registro y Fichas documentales
	Antropología jurídica	Observación documental, análisis bibliográfico y cualitativo	Fichas de Registro y Fichas documentales
	Historia de la homosexualidad	Observación documental, análisis bibliográfico y cualitativo	Fichas de Registro y Fichas documentales

	Derechos Humanos	Observación documental, análisis bibliográfico y cualitativo	Fichas de Registro y Fichas documentales
	Derecho Comparado	Observación documental, análisis bibliográfico y cualitativo	Fichas de Registro y Fichas documentales

2. Campo de verificación

2.1 Ubicación espacial

La presente investigación se realizara en Arequipa – Perú

2.2 Ubicación temporal

Esta investigación se realizara en el año 2016

2.3 Unidades de estudio

Para la investigación documentaria, las unidades de estudio están constituidas por los dispositivos relacionados a:

- Normativa nacional
 - Código civil
 - Constitución política del Perú 1993
- Normativa internacional
 - Declaración universal de los derechos humanos
 - Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos
 - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

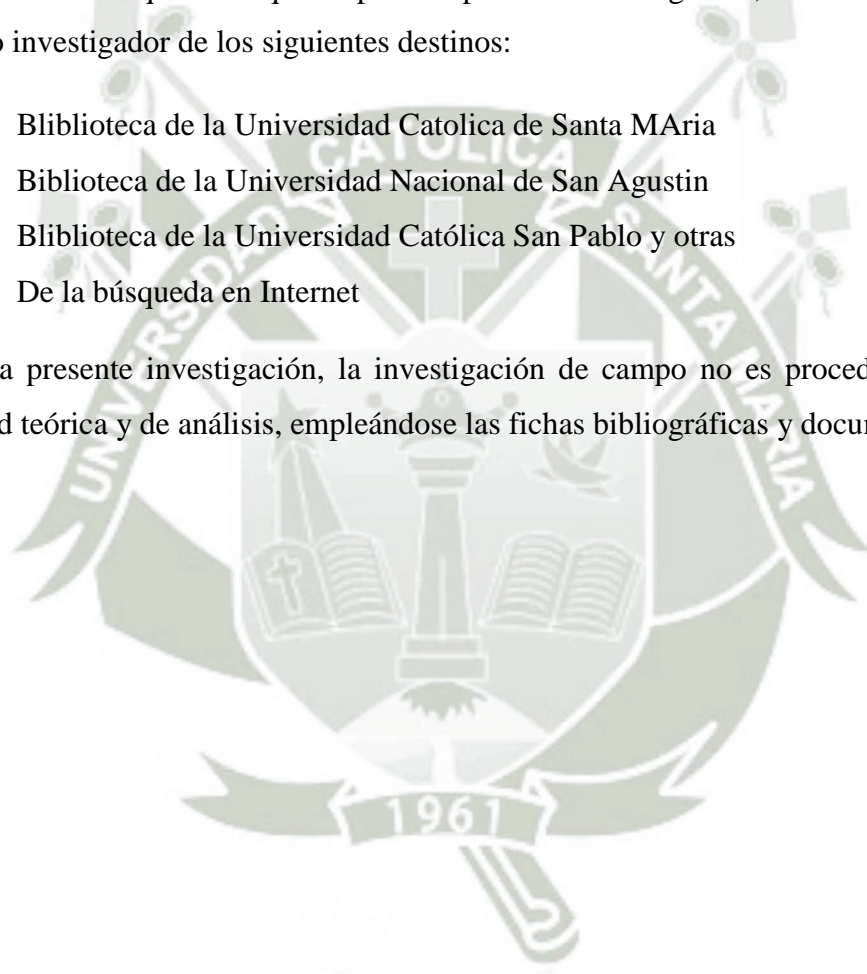
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Doctrina, Derecho Comparado y jurisprudencia
 - Bibliografía pertinente
 - Hemerografía pertinente
 - Información digital

3. Estrategia de recolección de datos

La información que se requiera para la presente investigación, será acopiada por el propio investigador de los siguientes destinos:

- Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María
- Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín
- Biblioteca de la Universidad Católica San Pablo y otras
- De la búsqueda en Internet

Para la presente investigación, la investigación de campo no es procedente, dada su calidad teórica y de análisis, empleándose las fichas bibliográficas y documentales.



CRONOGRAMA DE TRABAJO

Año 2016	Septiembre				Octubre				Noviembre				Diciembre				Enero (2017)				Feb. (2017)			
Actividades	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Preparación del proyecto	x	x	x																					
Aprobación del proyecto				x	x	x	x	x																
Recolección de información									x	x	x	x	X	x	X	x	x							
Preparación del borrador																	x	x	x					
Conclusiones y sugerencias																			x	x	x			
Presentación del informe final																							x	x

III. BIBLIOGRAFÍA

RAMOS NUÑES, Carlos (2014). Como hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento. Lima, 2014.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2007). Regulación Legal de las Uniones Homosexuales, Un contrasentido para el derecho de familia. Santiago-chile

RUEDA ROMAERO, Paulino. Análisis del Lenguaje Jurídico: “Matrimonio Homosexual” en la corriente neopositivista.

SCALA, Jorge (2005). Uniones Homosexuales y Derechos Humanos. Persona y Bioética, enero-junio, 86-100

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria (2013). Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la constitución venezolana. Cuestiones Jurídicas, Enero-Junio, 11-40.

CIEGA MONTENEGRO, Dante; CHUMIOQUE DELGADO, Rodrigo y otros (2008). Legalidad y Legitimidad en el sistema jurídico y político. Lima-Perú: Universidad San Martín de Porres.

UGARTE MOSTAJO, Daniel (2014). La garantía institucional del matrimonio en la constitución de 1993. Lima-Perú

VALLADARES DE LA CRUZ, Laura R. (2002). Reseña de "Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho". Alteridades, enero-junio, 155-159.

MOSQUERA, Susana (2013). Elementos esenciales del concepto jurídico de matrimonio. Pázmán y Law Review, 1, 35-44.

➤ **Artículos de la web**

RAMOS FLORES, José (2012). La variable en la investigación jurídica [en línea]. Disponible en: <http://institutorambell.blogspot.pe/2012/12/la-variable-en-la-investigacion-juridica.html>

BERNAL MANSILLA, Boris (2014). Antropología Jurídica [en línea]. Disponible en: <http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2014011801>

Investigador Anónimo (2016). Matrimonio [en línea]. Disponible en: <http://etimologias.dechile.net/?matrimonio>

MACHICADO, Jorge (2012). ¿Qué es el matrimonio?, Apuntes Jurídicos [en línea]. Disponible en: <https://jorgemachicado.blogspot.pe/2009/02/el-matrimonio.html>

Investigador no identificado (2013). La familia en la prehistoria [en línea]. Disponible en: <https://prezi.com/eox6h-ba32vt/familia-en-la-prehistoria/>

Investigador no identificado (2011). Historia de la homosexualidad contada para fundamentalistas. [en línea]. Disponible en:

- <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/11/14/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-1a-parte/>
- <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/11/17/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-2a-parte/>
- <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/11/25/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-3a-parte/>
- <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/12/15/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-4a-parte/>
- <https://lacienciaysusdemonios.com/2011/12/27/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-5a-y-ultima-parte/>

CASTILLO FREYRE, Mario. La unión civil no colisiona con la Constitución [en línea]. Disponible en: <http://elcomercio.pe/politica/actualidad/union-civil-no-colisiona-constitucion-noticia-1719751>

Anónimo (2014). Historia LGBT: recorrido por la Edad Moderna [en línea]. Disponible en: <https://derjugend.wordpress.com/2014/08/04/historia-lgbt-recorrido-por-la-edad-moderna/>

IV. ANEXOS

Instrumentos de recolección de información

ANEXO 1

FICHA BIBLIOGRÁFICA

FICHA BIBLIOGRAFICA N°: _____	
Apellidos y Nombres del Autor:	
Título del libro:	
Editorial, lugar y año:	
Biblioteca:	
Código:	
Tema e ideas:	

ANEXO 2

FICHA DOCUMENTAL

FICHA DOCUMENTAL N°: _____	
Nombre del autor	
Indicador	
Título	
Identificación del documento	
fecha	
Comentario o cita	
localización	