



**Informe Jurídico – normativo elaborado por la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
frente a la propuesta de regulación de la llamada
Unión Civil**

Chiclayo, junio 2014

Informe Jurídico – normativo elaborado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo frente a la propuesta de regulación de la llamada Unión Civil

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	PRINCIPIOS GENERALES	6
1.	EL DERECHO NO REGULA AFECTOS.....	6
2.	LA DEFENSA Y NECESIDAD DEL MATRIMONIO.....	7
3.	LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.....	10
4.	LA ORIENTACIÓN SEXUAL NO ES UN DERECHO	14
5.	NO SE TRATA DE DISCRIMINACIÓN NI HOMOFOBIA.....	18
6.	LA <i>RATIO IURE</i> DE LA LEY.....	22
III.	INCONSISTENCIAS DEL PROYECTO DE LEY	23
1.	SE NIEGA QUE LA “UNIÓN CIVIL” SE EQUIPARE AL MATRIMONIO (PERO SE PRETENDE REGULAR LO MISMO).....	23
2.	SE DICE QUE ES UNA OBLIGACIÓN DEL ESTADO PERUANO (PERO NO EXISTE NORMATIVA INTERNACIONAL QUE OBLIGUE AL PERÚ A LEGALIZAR LAS UNIONES HOMOSEXUALES)	24
3.	SE DICE QUE LA LEY ES NECESARIA PARA PROTEGER LOS DEECHOS DE LOS HOMOSEXUALES (PERO LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS VIGENTES SATISFACEN LAS EXIGENCIAS REQUERIDAS POR EL ART. 4º DEL PROYECTO).....	26
3.1.	Del régimen patrimonial similar al del matrimonio o las uniones de hecho, esto, es la posibilidad de crear una sociedad de gananciales.	27
3.2.	Creación de un parentesco de primer grado entre sus integrantes, y como consecuencia de ello el reconocimiento de varios derechos inherentes a la condición de cónyuge o en su caso de conviviente.	29
3.3.	La protección frente a la violencia familiar y beneficios asistenciales por parte del Estado.	35
IV.	EFFECTOS DE LA APROBACIÓN DE LA LEY DE UNIÓN CIVIL	37
1.	AFECTACIÓN AL CONTENIDO ESENCIAL DEL MATRIMONIO	37
2.	INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY POR LA GRAVE AFECTACIÓN A LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA PROTEGIDA DESDE EL NIVEL CONSTITUCIONAL.....	40
3.	AFECTACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A TENER UNA FAMILIA	41
V.	A MODO DE CONCLUSIÓN	45
VI.	ANEXO N° 01.....	48



Informe Jurídico – normativo elaborado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo frente a la propuesta de regulación de la llamada Unión Civil¹

I. INTRODUCCIÓN

Fiel al propósito de su constitución, *la consecución de una síntesis entre la fe y la cultura, que conduzca a la formación integral de las personas, y al desarrollo de la sociedad*, la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo presenta a la comunidad universitaria y a la sociedad, un pronunciamiento que considera necesario, en atención a la coyuntura que se vive en nuestro país – y que por ende, nos afecta a todos – sobre la pretensión de algunos parlamentarios de imponer la aprobación de la denominada Unión Civil.

Como señala Juan Pablo II, la Universidad Católica, “sin descuidar en modo alguno la adquisición de conocimientos útiles (...) se distingue por su libre búsqueda de toda la verdad acerca de la naturaleza, del hombre y de Dios. Nuestra época, en efecto, tiene necesidad urgente de esta forma de servicio desinteresado que es el de proclamar el sentido de la verdad, valor fundamental sin el cual desaparecen la libertad, la justicia y la dignidad del hombre”².

Este deseo de contribuir con la búsqueda de la verdad y la afirmación de los valores en defensa de la dignidad de la persona y al servicio de la sociedad; nos ha motivado a presentar los siguientes argumentos jurídico – normativos que revelan el peligro que supone asumir como verdad, postulados que carecen de sustento jurídico y/o legal. Peligro, pues se trata de pretensiones subjetivas que no colaboran a la consecución del bien común. Esto es así, porque determinadas relaciones afectivas no justifican una regulación legal especial ya que no tienen consecuencias jurídicas que beneficien a la sociedad, por tanto, no sería obligatorio un reconocimiento por parte del Estado.

¹ Documento elaborado por los miembros del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo: Mgtr. Milagros Olivos Celis, Abog. Rossana Muga Gonzáles, Abog. Kathia Vassallo Cruz, Mgtr. Angélica Burga Coronel, Abog. Erika Valdivieso López (Dir.). Se agradece asimismo la colaboración de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la USAT: Livyn Yurely Aguinaga Vidarte, Freyzer Cubas Abanto, Rosa Palacios Zambrano, José Luis Riojas Díaz, Erika Barboza Alarcón, Víctor Yrigoín Vera y Johana Ravines Silva.

² JUAN PABLO II, Carta Encíclica *Ex Corde Ecclesiae*, 1990, n. 4.

Cabe acotar, que la línea argumentativa señalada se desarrollará en el marco del más estricto respeto a la dignidad de cada persona y basándonos también, en el reconocimiento de la igualdad ante la ley en tanto personas y sujetos de derechos.

Así, se presentarán, en primer lugar, los principios generales que sustentan nuestra posición³. En segundo lugar, se señalarán las inconsistencias jurídicas de los proyectos de ley presentados⁴ y en tercer lugar se establecerán los efectos jurídicos y sociales que acarrearía la aprobación de dichos proyectos. Finalmente, se adjunta como anexo un cuadro comparativo entre las instituciones que regulan el matrimonio y la unión de hecho, y la pretendida “unión civil” que demuestra la similitud entre estas figuras pese a los argumentos de los proponentes.

La argumentación formulada asume como presupuesto metodológico un análisis técnico-jurídico objetivo, a pesar de reconocer la carga ideológica que lo inspira. Admitir que las conclusiones a las que arribamos son inspiradas por razones ajenas al derecho, supondría validar su aceptación sólo por parte de quienes son partidarios de nuestra misma ideología; y dicho presupuesto es totalmente inaceptable, pues partimos de un análisis lógico-objetivo de nuestra realidad. Por ello, cualquier oposición inspirada en una razón adicional a la descrita, carece de veracidad y credibilidad⁵.

Confiamos en que, basados en el respeto de nuestra Constitución Política, el orden jurídico vigente y el respeto por las instituciones fundamentales de nuestra sociedad – el matrimonio y la familia – se archiven estos proyectos y que, en su lugar, se abra camino al estudio y a la reflexión a fin de proponer medidas que logren superar desigualdades – donde las haya – sin desnaturalizar nuestras instituciones.

³ En ese sentido, ha sido comprobado que el 61% de la población peruana que desapueba la unión civil no matrimonial entre personas del mismo sexo, según los datos proporcionados por la encuesta realizada por la empresa Ipsos Perú del 13 al 16 de abril, con una muestra de 1.216 personas y un margen de error del 2,8 %. En: <http://www.ipsos-apoyo.com.pe/sites/default/files/imagenes%5Canuncios-interes/Uni%C3%B3n%20Civil.pdf>

⁴ Proyecto Ley N° 2647/2013-CR, que establece la Unión Civil entre personas del mismo sexo, respaldado por los miembros de la ahora bancada política Concertación Parlamentaria: Carlos Bruce Montes de Oca, Luciana León Romero, Mauricio Mulder Bedoya, Javier Velázquez Quesquén, Elías Rodríguez Zabaleta, Renzo Reggiardo Barreto. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/588055827c08debd05257be4005f45ec/\\$FILE/PL02647120913.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/588055827c08debd05257be4005f45ec/$FILE/PL02647120913.pdf). Cabe señalar que, anterior al proyecto en mención, la referida bancada política propuso el Proyecto Ley N° 108/2011-CR, que establece el Patrimonio Compartido, un proyecto alternativo que procuraba en su redacción beneficios a las personas del mismo sexo a través de fórmulas contractuales, y que ha sido desestimado su impulso, por el objetivo central hoy por hoy, de instaurar la unión civil de personas con orientaciones homosexuales. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/4f8e95644851cb4c052578f7007efb4d/\\$FILE/PL00108250811.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/4f8e95644851cb4c052578f7007efb4d/$FILE/PL00108250811.pdf)

⁵ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro; “Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo”, Editorial Rialp, Madrid, 2007, p. 13.

II. PRINCIPIOS GENERALES

1. EL DERECHO NO REGULA AFECTOS

El derecho regula la convivencia humana. Su existencia, se encuentra íntimamente ligada a la existencia de los hombres, así, el derecho existe porque existen las personas. Sin embargo, el derecho tiene un ámbito propio de aplicación, que incluso es distinto del plano de la política o de la moral: el derecho regula la actividad humana en cuanto esta se externaliza e involucra la afectación de bienes jurídicos.

En otras palabras. Todo lo que regule el derecho tendrá que ver con la relación entre personas, sus actos externos y el modo o la forma como estos actos afectan positiva o negativamente, bienes jurídicos. Todo ello, atendiendo a su fin: procurar la convivencia pacífica de la sociedad. Así, por ejemplo, la protección de la propiedad, la posibilidad de constituir una asociación, el derecho de requerir que se restituya aquello de lo que se nos privó, la relación del individuo con el Estado, la obligación de pagar impuestos, los deberes de los cónyuges, el respeto a las normas de tránsito, la obligación de pagar las deudas, el principio de no causar daño a otro. Todos estos actos son manifestaciones del ámbito jurídico del sujeto. De esto se ocupa el derecho.

En este sentido, podemos decir que el derecho tiene sus límites y éstos precisamente son aquellos que mantienen el plano de los sentimientos dentro de la esfera privada de la persona. Allí, lo jurídico, no tiene incidencia⁶. Debemos tener claro entonces que las relaciones afectivas como el amor, la amistad, entre otras, no tienen relevancia jurídica por sí mismas, son *indiferentes* para el derecho. Esto es así, porque la esfera de los afectos es estrictamente personal, no puede condicionarse, ni pueden imponerse reglas de obligatorio cumplimiento para dirigir o mantener los afectos entre las personas. Es el más íntimo plano de libertad del sujeto en el que el derecho no tiene cabida, antes bien, recibe una protección que limita cualquier intervención del Estado.

Así lo reconoce el Tribunal Constitucional:

“... tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma constitución consagra”⁷

Si el derecho regula el matrimonio (como institución) lo hace, no porque las personas “tengan derecho a amar”, sino porque el matrimonio es la base de la familia y ésta es la célula de la sociedad. El derecho, al regularlo, establece un mínimo de garantías para su protección y estabilidad porque reconoce su relevancia social. La finalidad del

⁶ Vid. D’AGOSTINO, Francesco, “Filosofía del Derecho”, Temis – Universidad de La Sabana, Bogotá, 2007, pp. 5-21.

⁷ STC N° 2868-2004-AA/TC - 24.11.2004 (José Antonio Álvarez Rojas – Sub Región de la Policía Nacional de Huari, Anchas).

derecho es procurar la perpetuación de la especie humana y la estabilidad social. De allí que regula el matrimonio (como medio natural de procreación) y protege la familia.

2. LA DEFENSA Y NECESIDAD DEL MATRIMONIO.

El Estado peruano, tiene el interés de legitimar y regular la unión entre un hombre y una mujer promulgando leyes que regulen los términos y condiciones del matrimonio⁸, en tanto que uno de los propósitos del matrimonio ha sido siempre, promover la unión de un hombre y una mujer con fines procreativos naturales y canalizar a las parejas hacia uniones/relaciones estables y duraderas con el fin de producir/generar y criar a la próxima generación.

Se defienden ambas instituciones (el matrimonio y la familia) por su natural y efectiva contribución a la perpetuación y estabilidad de la sociedad⁹. En ese sentido, es preciso acotar que a transmisión de la vida no sólo es una función propia de la familia, sino un campo dentro del cual las determinaciones competen exclusivamente al hombre y a la mujer unidos en matrimonio y al Estado sólo le corresponde estimular la procreación en el seno de las familias¹⁰.

En doctrina jurídica, es bastante claro lo descrito por CORNEJO FAVA:

“(…) el Derecho contemporáneo protege a la persona en todos los ámbitos de su actividad; la considera como ser individual, familiar y social y protege, por ende, al matrimonio y a la familia, instituciones ambas que la persona origina y forma como expresión de su naturaleza y parte de su vida”¹¹.

La Jurisprudencia por su parte, así lo reconoce:

“Por el matrimonio, el hombre y la mujer asociados, en una perdurable unidad de vida sancionada por la ley, se comprometen recíprocamente; y cumpliendo los fines de la

⁸ Art. 234° Código Civil: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por **un varón y una mujer** legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”. Art. 287° Código Civil: “Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos”.

⁹ La relevancia social del matrimonio se manifiesta en lo siguiente: (i) el matrimonio da origen a la familia, (ii) la familia humanizando a sus miembros humaniza a toda la sociedad, (iii) su relevancia social relama su institucionalización, (iv) por ello, es importante su celebración pública, (v) pide también la protección del Estado. Cfr. PERRIAUX DE VIDELA, Josefina, “Matrimonio ¿construcción cultural?”, Segunda edición, Colección Familia Escuela de Humanidades, Instituto para el Matrimonio y la Familia- Pontificia Universidad Católica Argentina, EDUCA, p.43-48

¹⁰ Cfr. MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de Familia: El matrimonio como acto jurídico*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1995, pp. 44 - 46

¹¹ CORNEJO FAVA, María Teresa. *Matrimonio y familia, su tratamiento en el derecho*. Lima, Tercer Milenio, 2000, p. 47.

especie, la perpetúan al traer a la vida la inmediata descendencia”¹²

Por su parte el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia reconoce el valor intrínseco del matrimonio y la familia y la obligatoriedad de su protección por parte del Estado¹³. Asimismo, reconoce el matrimonio y la familia como instituciones naturales – tal como lo hace nuestra Constitución Política - aunque explica que no se puede deducir del texto constitucional un denominado “derecho al matrimonio”:

“En primer lugar, el Tribunal ha de recordar que del artículo 4º de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el ‘Estado protege a la familia y promueve el matrimonio’, reconociéndolos como ‘institutos naturales y fundamentales de la sociedad’, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional (...) De manera que, desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución, con el derecho de contraer matrimonio, aunque en ambos existan evidentes relaciones”¹⁴.

Ahora bien, esta garantía de protección al matrimonio que otorga la Constitución, supone, a decir del Tribunal Constitucional, la imposibilidad de que se presente – a nivel legislativo o judicial – “una eventual supresión o afectación de su contenido esencial”¹⁵. En otras palabras, se convierte en el límite del legislador y del Juez, quienes deben actuar en el ejercicio de sus funciones, orientados siempre hacia la promoción y protección de estas instituciones naturales.

“En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido”¹⁶.

De hecho, el Estado y el legislador, reconociendo los beneficios apreciables que el matrimonio proporciona a los hijos, y por lo tanto a la sociedad, ha emitido una serie

¹² Cas. N° 3006-2001-Lima, El Peruano, 02.05.2002

¹³ Véase la STC 03605-2005-AA del 08 de marzo de 2007. El Tribunal Constitucional desarrolla la definición de familia y matrimonio: “Aun así, la Constitución ordena la promoción del matrimonio, para que se siga una formalidad establecida en la norma interna, y, asimismo, destaca como ideal que toda familia esté conformada matrimonialmente” (Fund. 3).

¹⁴ STC. N° 2868-2004-AA/TC, Fund. 13

¹⁵ Idem

¹⁶ Idem

de normas legales que protegen no sólo al menor sino también a los padres como generadores de la familia¹⁷.

Por tanto, el matrimonio y su regulación por parte del Estado no son producto de la realización o atención de los deseos personales de dos adultos que otorgan su consentimiento, ya sean del mismo sexo u opuesto. Tampoco se trata del reconocimiento legal de la autonomía moral del individuo para hacer lo que quiere en relación con otros. Por el contrario, el matrimonio se trata de la relación permanente de convivencia, con un objetivo común. Y también se trata de los hijos, que naturalmente vendrán como resultado de esta unión entre los sexos y del bienestar de la sociedad en un futuro. Así, autores como PLÁCIDO expresan que:

"(...) la familia comprende sólo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación, de tal forma que la familia está compuesta por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad, teniendo este contenido mayor importancia social, por ser un núcleo más limitado de la organización social"¹⁸.

Se destaca de esta manera el componente de complementariedad entre los sexos que la fundan y en consecuencia, quedan fuera de este ámbito las uniones que no cumplan con este requisito. Por tanto, al reconocer que la familia es una realidad presente y necesaria en toda sociedad; ésta en su forma organizada (a nivel de Estado) debe procurar proteger y garantizar la consecución de sus fines y el bienestar de sus miembros en pro del bien común.

¹⁷ Entre ellas podemos mencionar: el Plan Nacional de Fortalecimiento de Familias 2013-2021, Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65, Directiva N° 073-2006-DINEBR-DEI que contiene las “Normas sobre Organización y Funcionamiento de las cunas de educación inicial”, Decreto Supremo N° 002-2007-MIMDES por el que se “Dispone la implementación y funcionamiento de servicios de cuidado diurno a través de las Cunas o *Wawa Wasí* Institucional en las Entidades de la Administración Pública”, Ley de Fortalecimiento de la Familia Ley N°28542, Ley N° 29896 que “Establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y privado promoviendo la lactancia materna”, Ley N° 28983 “Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres”, Ley N° 26772 “Disponen que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato”, Ley N° 26644 y Decreto Supremo N° 005-2011-TR que “Precisan el goce del derecho de descanso pre-natal y post-natal de la Trabajadora Gestante”, Ley N° 28308 y Decreto Supremo N° 001-2005-DE/SG regula el Uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú bajo las mismas condiciones, Ley N° 27409 “Ley que otorga licencia laboral por adopción”, Ley N° 29409 y Decreto Supremo N° 014-2010-TR “Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la Actividad Pública y Privada”; Decreto Supremo N° 005-90-PCM que regula el Decreto Legislativo N° 276 y otorga licencia por gravidez (90 días), fallecimiento del cónyuge, hijos o hermanos (5 días, pudiendo extender 3 días más), con goce de remuneración; así como, licencia por matrimonio o enfermedad grave del cónyuge, padres o hijos a cuenta del periodo vacacional (límite de 30 días); entre otras.

¹⁸ PLACIDO V. Alex F. “Manual de Derecho de Familia: Un Nuevo Enfoque de estudio de Derecho de Familia”, 2da Edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2002, p .17

Cuando se dice que por sus fines, el matrimonio es una institución natural, se está afirmando que el Estado **solamente lo reconoce, no lo crea como institución**. Es decir, preexiste al Estado¹⁹. Así,

“(…) el matrimonio no depende de la voluntad humana, no es fruto de la evolución social ni resultado de la imposición convencional de la sociedad: ni la sociedad lo crea ni los esposos lo instituyen a su gusto. De otro lado, aun desde el punto de vista humano, resulta indispensable que el matrimonio tenga estas características: es una institución que constituye el mejor ambiente en que una persona debe desarrollarse en su vocación propia de ser social para encontrarse a sí misma y a los demás, de modo natural y casi espontáneo”²⁰.

3. **LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA**

El Estado protege a la familia porque, al formarse como consecuencia del matrimonio, garantiza el crecimiento y desarrollo de sus miembros y el fortalecimiento de la sociedad, “es donde nacen y crecen las personas que componen la sociedad y es el ámbito de aprendizaje personalizador por excelencia”²¹. Así, se evidencia un interés racional y legítimo en asegurar la perpetuación de la nación engendrando y criando a la próxima generación y asegurando que ésta se crie en un ambiente familiar estable que incremente la posibilidad de convertirse en miembros productivos e integrados de la sociedad²².

La familia se constituye en la primera escuela de aprendizaje y formación para el sostenimiento de la propia vida y de la vida en sociedad²³.

La mejor manera de asegurar esto, en la mayoría de los casos, es que los hijos crezcan en familias estables, con sus padres biológicos. Alternativamente, donde los hijos no

¹⁹ Cfr. RAMÓN AYLLÓN, José. “*Ética Razonada*”, 9ª Edición, Madrid, Editorial Palabra, 2012, p. 143. En el mismo sentido el autor señala: “Antes que el ciudadano, el hombre es miembro de una familia. Por eso, la familia es, sin duda, la tradición más antigua de la humanidad. Es, además, el único Estado voluntario que crea y ama a sus ciudadanos, capaz de sobrevivir a todos los avatares de lo que solo es historia política. Si la humanidad no se hubiera organizado en familias, tampoco hubiera podido organizarse en naciones.”

²⁰ MILLARES, Antonio. Op. Cit. p. 34. En: CORNEJO FAVA, María Teresa. Matrimonio y familia, su tratamiento en el derecho. Tercer Milenio, Lima, 2000, p. 38.

²¹ MITRECE DE IALORENZI, Myriam, “*La familia en la actualidad: ¿Cambió el modelo?*”. Colección Familia Escuela de Humanidad, Instituto para el Matrimonio y la Familia de la Pontificia Universidad Católica Argentina, EDUCA, Benos Aires, 2012, p. 41.

²² NICOLAS LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. “*Los proyectos de Ley de Modificación del Código Civil y Legalización de las Uniones de personas del mismo sexo*” en El Matrimonio, un bien jurídico indisponible. Publicación de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica Argentina. Obtenido en: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/El_matrimonio-_un_bien_jur_dico_indisponible.pdf.

Este autor señala que para establecer los planes de pensiones y el sistema de seguridad social para jubilados depende mucho de la productividad de las futuras generaciones conformadas de ciudadanos que estén integrados en la fuerza del trabajo y tejido de la sociedad. .

²³ Cfr. MITRECE DE IALORENZI, Myriam, Op. Cit. p. 42. Sobre el desarrollo de la vida en sociedad, la autora señala que dentro de la familia el niño puede vivir y ejercitar : (i) la equidad generacional, (ii) la obediencia a las leyes, (iii) la evitación de errores, (iv) el reconocimiento y agradecimiento a los ancestros, (v) la solidaridad y la participación responsable, (vi) la convivencia que hace a la socialización, (vii) el respeto y el valor de sí mismo.

se crían con sus padres biológicos en una familia intacta, existe un mayor riesgo de dependencia con los servicios sociales del Estado y mayor posibilidad de adoptar conductas anti-sociales, o incluso sufrir enajenación²⁴.

Los beneficios sobre los hijos criados por sus padres biológicos están ampliamente recogidos en literatura de las ciencias sociales:

"Comparados con sus compañeros criados por sus padres biológicos, estudiantes criados por padres no biológicos no salieron tan bien en los seis resultados (desempeño académico, aspiración educativa, capacidad de autocontrol, autoestima, problemas de conducta y tabaquismo)"²⁵.

El Derecho Internacional a su vez, ha reconocido el beneficio que reciben los hijos al ser criados dentro de familias estables con su padre y madre: "en la medida de lo posible, (el niño tendrá derecho) a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"²⁶. Reconoce además que la familia que resulta de la unión marital entre un hombre y una mujer, es la que juega un papel único y fundamental para lograr estabilidad social, y por ello merece un tratamiento preferencial. Por ello, no es extraño que las Convenciones Internacionales se refieran hoy en día a la protección jurídica debida a familia. Se resalta que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad reconociéndose el derecho de toda persona a fundar una²⁷ y el derecho de todo niño a crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad²⁸.

Cuando la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁹ indica que "*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad (...)*", hace referencia además a que la familia

²⁴ Cfr. BOTTINI DE REY, Zelmira. "La crianza de niños por parejas homoparentales y los trabajos científicos", Universidad Católica Argentina. Obtenido en: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo49/files/La_crianza_de_niños_por_parejas_homo__parentales_y_los_trabajos_cientifcos___Bottini_.pdf

²⁵ Véase Yongmin SUN, *The Well-Being of Adolescents in Households with No Biological Parents*, 65 J. of Marriage & Family 894, 903 (2003). Ver también Kristin Anderson MOORE, Et. Al., *Marriage from a Child's Perspective: How Does Family Structure Affect Children and What Can We Do About It?*, Child Trends Research Brief at 1-2 (June 2002). En: http://www.childtrends.org/files/Marriage_RB602.pdt. "It is not simply the presence of two parents... but the presence of two biological parents that seems to support children's development". Paul AMATO, "The Impact of Family Formation Change on the Cognitive, Social and Emotional Well-Being of the Next Generation, 15, *The Future of Children*" 75-96 (2005).

²⁶ Artículo 7º Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

²⁷ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16, párrafo tercero). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10, primer párrafo). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo VI). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23) "1). La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, 2). Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello". Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo). Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969 (artículo 17): "1). La familia es el **elemento natural** y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, 2). Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención"

²⁸ Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo).

²⁹ Cfr. Artículo 16.3

es institución no sólo en el sentido pre jurídico como “formación social”, sino también en el sentido propiamente jurídico-positivo de “institución jurídica”. Así, TAURAN señala:

“Si esta fuera de toda duda que el ordenamiento jurídico internacional reconoce la familia como institución que hay que tutelar y en cierta medida promueve su reconocimiento como sujeto de derechos y deberes, la efectiva tutela de la familia, y la eventual actuación de su personalidad jurídica, hallan su cumplimiento en la legislación de los Estados, en la medida que éstos toman y desarrollan el mandato internacional”³⁰.

Nótese que la legislación internacional también utiliza el término “natural” para calificar a la familia. Esto es así, porque se concibe a la familia como anterior al derecho, y éste último, simplemente se encarga de regular a través de la ley positiva una realidad que le antecede. Encontramos el fundamento en lo señalado por DE TRAZEGNIES:

“...el hombre es inconcebible sin relaciones familiares. La criatura humana es en sí misma incompleta, en cuanto no puede realizar una de las funciones propias de los seres vivos, sin la participación de otro de su especie pero del sexo opuesto. Así, la familia, no es otra cosa, sino una manifestación de que el hombre es sociable porque su propia naturaleza, su propia esencia así lo dicta. Y a través de la historia, la institución de la familia, es una manifestación del apotegma antes señalado”³¹.

Por esta razón, el Estado deba asegurar a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo. Este también es un deber reconocido por nuestro Tribunal Constitucional cuando se refiere a la protección de la familia y el derecho a fundarla:

“(...) Esto último no puede agotarse en el mero hecho de poder contraer matrimonio, sino en el de tutelar tal organización familiar, protegiéndola de posibles daños y amenazas, provenientes no solo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares”³².

La Constitución Política Peruana, en su artículo 4º, reconoce la protección de la familia, no solo como un deber del estado, sino que extiende dicha obligación a la sociedad en general:

“La comunidad y el Estado protegen al niño, al adolescente, madre, anciano en situaciones de abandono, a la familia y

³⁰ Cfr. TAURAN Jean-Louis. “Los Derechos del Hombre y la Defensa Jurídica de la Familia”, 2do Encuentro Europeo de Políticos y Legisladores, p. 237.

³¹ Cfr. DE TRAZEGNIES, Fernando. “La Familia en el Derecho Peruano”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990. p. 22

³² STC N° 09332-2006-PA/TC. Fund. 6 y 19.

promueve el matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”

Asimismo, reconoce ciertos deberes y derechos propios de sus miembros, como el de la obligatoriedad de los padres de educar a sus hijos o el reconocimiento de derechos especiales laborales según sea el caso³³.

Sin embargo, es importante señalar con PLACIDO que:

“La Constitución no obliga a proteger del mismo modo todo cuanto pueda darse en la espontaneidad social, pues esto realmente significaría no proteger nada, y hasta suprimir la distinción y diferencia consustancial a la existencia misma del derecho, como concepto real (todo límite entre lo correcto e incorrecto, entre lo justo e injusto, lo debido e indebido, lo mío y lo tuyo)”³⁴.

En este sentido, la familia que el Estado Peruano, según el Artículo 4° de nuestra Constitución se obliga a proteger es una realidad específica, con perfiles básicos determinados, un modelo de familia y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia, pues para eso basta la protección que la Constitución garantiza a los derechos de reunión y asociación en los artículos 2.12 y 2.13, además de la garantía de la libertad e inviolabilidad de la intimidad personal y del domicilio que garantizan los artículos 2.7 y 2.9, o en fin, más amplia y genéricamente, la garantía del derecho a la libertad en general que se contiene en el artículo 2.24.a.

Ahora bien, es verdad que en el derecho civil se observan y presentan algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella, o si la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales, lo que será de particular aplicación a los menores (sería el caso de la adopción). Pero tales ampliaciones solo podrán justificarse sobre la base del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona³⁵. En cualquier caso, las salidas planteadas por nuestro ordenamiento siempre van dirigidas a la necesaria atención a los niños o menores integrados en ella por razón de la filiación que deriva de la generación³⁶.

En base a lo anterior, el primer deber constitucional para los poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia según el modelo adoptado por nuestra Constitución.

³³ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 13: “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”. Artículo 24: “El derecho del trabajador para una remuneración para él y su familia”.

³⁴ PLACIDO Alex, Op. Cit., p.70.

³⁵ Idem

³⁶ Idem, p. 78

Evitando, por tanto, su desamparo como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico acorde a su naturaleza y en ese sentido, más protector que el que se dispense a formas de convivencia al modo doméstico contrarias al modelo familiar constitucional.

La redacción del Artículo 4º se justifica además sobre la base de entender que, para la Constitución, la familia guarda inmediata relación con el matrimonio³⁷. No debemos olvidar que el matrimonio es una realidad institucional que responde al ser de la persona humana, dentro del ámbito del desarrollo de su libertad. En ese sentido, “institucional” no significa el asiento en la realidad social, sino la fuerza virtual de la persona para dar origen a un tipo de relación particular. Una relación que la persona descubre en ella misma como algo definido, como algo a lo que se siente orientada, y a la vez como algo que es posible pero que no se impone con la fuerza de la necesidad³⁸.

4. LA ORIENTACIÓN SEXUAL NO ES UN DERECHO

Según los datos recopilados por la Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el mundo existen muchos países en los que aún se desarrolla una amplia gama de violaciones de los derechos humanos cometidas contra las personas por su condición de personas homosexuales. Entre las que la ONU destaca³⁹:

- Agresiones violentas, que abarcan desde el abuso verbal agresivo y la intimidación psicológica hasta la violencia física, las golpizas, la tortura, el secuestro y los asesinatos selectivos.
- Leyes penales discriminatorias, esgrimidas a menudo para hostigar y castigar a las personas homosexuales.
- Restricciones discriminatorias a la libertad de expresión y restricciones conexas al ejercicio de los derechos de libertad de expresión, asociación y reunión.
- Prevenir la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes contra las personas homosexuales que estén detenidas, prohibiendo y sancionando este tipo de actos y asegurando que se ofrezca una reparación a las víctimas.

³⁷ En el mismo sentido, Luis Sánchez Agesta, citado por LACRUZ BERDEJO, José Luis, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA. “Elementos de derecho civil”. Vol. IV. *Derecho de familia*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 27. ALZAGA, Óscar. “La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)”. Madrid: Ed. del Foro, 1978, p. 311. GARCÍA CANTERO, Gabriel. “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”. Tomo II. Madrid: EDERSA, 1982, p. 22.

³⁸ Cfr. BAÑARES, Juan Ignacio. “Matrimonio, Género y Cultura”, *Revista Ius Canonicum*, XLVIII, N° 96, 2008, p. 417.

³⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Asamblea General Naciones Unidas, 19º período de sesiones. A/HRC/19/41, 17 noviembre de 2011, párrafos 48 – 67.

- Trato discriminatorio, que puede ocurrir en una variedad de entornos cotidianos, incluidos lugares de trabajo, escuelas, hogares de familia y hospitales.

Cuando se reconoce que las personas homosexuales tienen los mismos derechos que todas las demás personas, se están reconociendo y aceptando dos principios fundamentales: la igualdad y la no discriminación.

Los organismos de Naciones Unidas fundamentan esta postura en el primer párrafo del artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

No obstante, es importante hacer una lectura correcta de dicha fundamentación. Lo que Naciones Unidas busca es evitar en el mundo la discriminación contra estas personas en el mercado laboral, en las escuelas y en los hospitales y en ciertos casos cuando son maltratadas y desheredadas por sus propias familias; o combatir el hecho de que en muchas ciudades del mundo aún son víctimas selectivas de ataques físicos: palizas, golpes, abuso sexual, tortura y asesinato. En todos estos casos, el Estado que permita o que no reaccione ante este tipo de violaciones estará incumpliendo las obligaciones asumidas al ratificar los tratados de Derechos Humanos⁴⁰.

Es importante comprender que en los tipos de violaciones documentados por Naciones Unidas no se señala que exista violación al derecho a la orientación sexual, pues la orientación sexual no ha sido reconocida como un derecho, ni en el ámbito nacional, ni en el internacional. Así, lo ha expresado Navi Pillay, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al expresar:

“Cuando planteo la cuestión de la violencia y la discriminación contra las personas por su orientación sexual o identidad de género, hay quienes se quejan de que pregono ‘nuevos derechos’ o ‘derechos especiales’, pero no hay nada nuevo ni especial acerca del derecho a la vida y a la seguridad de la persona, ni del derecho a estar libre de discriminación. Esos y otros derechos son universales, consagrados en el derecho internacional pero denegados a muchos de nuestros congéneres por su orientación sexual o identidad de género.”⁴¹

En este sentido, la problemática registrada por Naciones Unidas hace referencia a violaciones de derechos reconocidos en todos los tratados de derechos humanos, como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad de expresión, a la intimidad, a la educación, a la salud, la prohibición de la tortura, entre otros; que son derechos naturales reconocidos por todos los Estados universalmente desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH), el Pacto Internacional de Derechos

⁴⁰ Cfr. NACIONES UNIDAS. Nacidos Libres e Iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. Ginebra, Suiza, 2012. p. 5.

⁴¹ Cfr. NACIONES UNIDAS. Nacidos Libres e Iguales. Op. Cit. p. 64.

Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), y a nivel Americano, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADDHH).

En dichos instrumentos internacionales los Estados se han obligado a proteger todos los derechos listados sin ningún tipo de discriminación, a todos los individuos por igual, sin tener en cuenta si son heterosexuales u homosexuales, teniendo como fundamento la dignidad del hombre. Es decir, no se les protege contra los abusos o la violencia porque son tienen reconocido el derecho a la identidad sexual. Se les protege porque existe un deber de protección general para los seres humanos con todas sus individualidades y particularidades. Y esta es la obligación primaria que asumen los Estados Partes al ratificar un tratado de derechos humanos: la de respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho documento, debiendo garantizar que todos esos derechos se cumplan de manera efectiva dentro de su territorio sin que se configure ninguna de las categorías de discriminación aceptadas universalmente. Por ello, el Estado debe garantizar el ejercicio de los derechos por ser atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.

Los distintos órganos creados por los tratados de derechos humanos subrayan el principio de igualdad como regla general para la protección y promoción de los derechos que reconocen, y especialmente prohíben la discriminación en función de las clasificaciones: “raza, color, sexo idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁴². Asimismo, estos órganos internacionales o regionales, encargados de la aplicación y monitoreo de los tratados de derechos humanos han interpretado que la cláusula “cualquier otra condición social” o fórmulas equivalentes, son una especie de cláusula *numerus apertus* en las que se incluye además de nociones como edad, estado de salud, lugar de residencia, entre otros, la categoría de “inclinación sexual” u “orientación sexual”⁴³, señalando que los Estados deben cerciorarse que a través de dicha categoría se evite que todas las personas se vean privadas de gozar de los derechos reconocidos.

Es importante hacer una lectura correcta de dicha interpretación, la misma que no establece que la orientación sexual sea un derecho, sino una forma más de discriminación, respetando el sentido que los Estados quisieron darle a la cláusula estándar de discriminación que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos consideran, es decir, de no incluir una lista cerrada, sino abierta a diferentes posibilidades que puedan privar a los individuos del goce efectivo de los derechos reconocidos por los Estados.

⁴² Cfr. artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde se incluye una sola modificación, donde la Declaración estableció “cualquier otra condición”, el Pacto dispuso, “cualquier otra condición social”. Artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observaciones generales. Observación N° 20, E/C.12/GC/20, parágrafo 32.

En este contexto, no debe considerarse que la cláusula “cualquier otra condición social” se incorporó para favorecer solamente a las llamadas minorías sexuales, o para incorporar “nuevos derechos”, pues ello iría contra la voluntad pactada por los Estados al aprobar el texto de un tratado (principio *Pacta Sunt Servanda*). También iría contra el principio general de interpretación de los tratados: un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin⁴⁴. Por lo que, en virtud de estos principios no se puede dar un sentido distinto a ninguna disposición de un tratado.

Del mismo modo, es necesario recordar que vía interpretación, aunque se trate de órganos autorizados por los mismos tratados, no se pueden crear derechos superponiéndose al consenso de los Estados partes. En cualquier caso los instrumentos internacionales regulan en su propio texto la formalidad a seguir a fin de enmendar el tratado⁴⁵; por lo que si los Estados quisieran incluir otros derechos, deben respetar el procedimiento por ellos establecido para modificar el tratado

Al respecto, es necesario tener en cuenta lo afirmado por Cassese:

“...los tratados internacionales que establecen obligaciones en el sector de los derechos humanos deben ser lo más claros posibles y precisos: es necesario evitar formulaciones vagas y fumosas, como también excesivas limitaciones a la libertad de los singulares Estados...”⁴⁶;

En consecuencia, la existencia o reconocimiento de nuevos derechos no puede ser inferido vía interpretación.

Y si la orientación sexual NO es un derecho, tampoco es el fundamento para algún derecho. Por ello, manifestamos nuestra completa oposición a lo establecido en el Proyecto de Ley materia de análisis con respecto a la afirmación de que:

“... las personas heterosexuales son personas privilegiadas en cuanto su sexualidad por reconocérseles un derecho al matrimonio, efecto que no se aplica para persona con una orientación sexual distinta⁴⁷”.

Bajo este argumento, el derecho al matrimonio encontraría su fundamento en la condición sexual de los contrayentes, o en la intensidad de los afectos y, como hemos explicado *ad supra*, esa afirmación carece de toda lógica jurídica y social, en tanto que

⁴⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, adoptada el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 d enero de 1980.

⁴⁵ Cfr. Artículo 29 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 51 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículos 76 y 77 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴⁶ CASSESE, Antonio. *Diritto Internazionale. Il Problemi della Comunita Internazionale*. Il Mulino. Bologna, 2004. p. 90 (la traducción es nuestra).

⁴⁷ Exposición de Motivos, Proyecto de Ley 2647-2013/CR

NO se reconoce tampoco el “derecho al matrimonio”. Lo que se protege y garantiza es la institución del matrimonio por sus fines y su incidencia en la sociedad.

5. **NO SE TRATA DE DISCRIMINACIÓN NI HOMOFOBIA**

Por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos. Siendo este el sentido de la palabra discriminación es que subrayamos que la misma no se ajusta al presente caso. Para el derecho, no todo tratamiento jurídico diferente constituye necesariamente discriminación, en tanto la distinción obedezca a un fin legítimo y la medida se aplique de manera proporcional a dicho fin⁴⁸.

Así, negamos categóricamente cualquier acto de discriminación contra las personas que no mantienen una conducta heterosexual. El pronunciarnos en contra de una figura jurídica que pretende equipararse al matrimonio no es manifestarnos en contra de la gente homosexual. Simplemente es reconocer el ámbito de aplicación del derecho y su alcance para regular conductas en la sociedad.

Como señala MAZZINGHI, “probablemente el uso abusivo de la palabra “discriminación” es uno de los factores que ha causado mayor confusión en el derecho contemporáneo ya que se puede incurrir en el error de que discriminar es, de por sí, una actitud perversa, en vez de ser como es, el ejercicio de la inteligencia para tratar de modo distinto lo que es, en sustancia, distinto”⁴⁹. Sin embargo, al legislar de acuerdo a las exigencias de la realidad, se está contribuyendo con el bien común y a la justicia. No se puede legislar a partir de una equivocada idea de la “igualdad”, pretendiendo equiparar situaciones que en esencia no son lo mismo. Nadie puede negar que la unión de personas del mismo sexo es sustancialmente distinta a la unión de dos personas heterosexuales a través del matrimonio. Tienen distintas funciones, distintos fines. Legislar para superar esta desigualdad es, en todos los casos, injusto.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su interpretación de la discriminación ha determinado que ésta puede ser formal y sustantiva. En el caso de la discriminación formal es preciso que los Estados aseguren su erradicación estableciendo que la Constitución, las leyes y las políticas de Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos. Para el caso de la discriminación sustantiva señala que se debe asegurar la igualdad para el disfrute efectivo de los derechos, prestando suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares; por lo que es necesario adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las

⁴⁸ Cfr. *Caso Margarita Cecilia Barbería Miranda contra Chile*. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 56/10. 18 de marzo de 2010. Fundamento 35.

⁴⁹ Cfr. PERRIAUX DE VIDELA, Josefina, Op. Cit. p. 48

condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*⁵⁰.

Asimismo, el Comité refiere que los Estados deben evitar la discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos; y la discriminación indirecta cuando existen leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos protegidos afectados por los motivos prohibidos de discriminación⁵¹.

Al respecto podemos afirmar que el Estado peruano cumple con la obligación de regular la erradicación de la discriminación, pues en nuestra Constitución Política se ha consagrado como un principio que inspira todo nuestro sistema jurídico que la defensa de la persona y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; asimismo, la prohibición específica de la discriminación se encuentra establecida en el artículo 2 inciso 2 que reconoce el derecho a la igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. En el caso específico de las personas homosexuales, debemos afirmar que no existen leyes o políticas de Estado dirigidas contra ellas a fin de menoscabar el goce de los derechos que los Tratados de derechos humanos ratificados por el Perú y nuestra Constitución reconocen a todos por igual.

“El principio de derecho imperativo de protección efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos” y que “además, los Estados deben combatir prácticas discriminatorias y adoptar las medidas necesarias para asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley”⁵².

En el caso del Estado Peruano, legalmente se han tomado las previsiones legislativas pertinentes, desde el ámbito constitucional, al incluirse la cláusula “y de cualquier otra índole” en la regulación general contra la discriminación. Se entiende que la prohibición se da no solo contra las personas homosexuales, sino contra todas las otras categorías prohibidas por el Derecho. En el caso de que en la realidad se dieran conductas o trato discriminatorio contra las personas homosexuales, en nuestro sistema legal están regulados los medios necesarios para que las personas puedan reclamar por las violaciones a sus derechos, conforme a los procesos de garantías regulados en el Código Procesal Constitucional.

⁵⁰ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 20 (E/C.12/GC/20), parágrafos 8, 9.

⁵¹ Idem, parágrafos 10, 11.

⁵² *Caso López Álvarez contra Honduras*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1 de febrero de 2006. Serie C, N° 141. Fundamento 170. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-18/03. 17 de septiembre de 2003. Serie A N°, 18. Fundamento 89.

En este contexto, no se puede afirmar que al no regular el matrimonio igualitario o las uniones civiles en nuestro sistema jurídico exista un trato diferencial o una práctica discriminatoria contra las personas homosexuales, especialmente teniendo en cuenta que la regulación jurídica del matrimonio en todos los tratados de derechos humanos se refiere a hombre y mujer. Esto ha llevado al Comité de Derechos Humanos a señalar que “los Estados no tienen la obligación, en virtud del Derecho Internacional, de permitir el matrimonio homosexual”⁵³.

En el estado actual de cosas, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDDHH)⁵⁴ no obliga al Estado a dar acceso al matrimonio a parejas de personas del mismo sexo. En este sentido, en el caso *Schalk and Kopf v. Austria* la Corte concluyó de manera unánime que la redacción del artículo 12 no impone al Gobierno austríaco la obligación de garantizar a las parejas de personas del mismo sexo el acceso al matrimonio”⁵⁵. También de manera unánime sostiene que no hay violación del artículo 12 de la CEDDHH⁵⁶.

La Corte fundó su decisión en la doctrina del “margen de apreciación” de los Estados comunitarios, analizando si se tomaron todas las medidas necesarias para garantizar los derechos de los actores. Se determinó entonces que:

“no hay consenso en Europa en lo que concierne al matrimonio entre personas del mismo sexo, y no hay consenso como para modificar el concepto de matrimonio ni hay convergencia de estándares en lo que se refiere a matrimonios de personas del mismo sexo”⁵⁷.

En este sentido, los jueces Malinverni y Kovler destacan que el artículo 31° de la Convención de Viena de 1969 exige realizar la interpretación conforme al significado ordinario de los términos del tratado y están convencidos que, en el caso del artículo 12°, este significado "no puede ser ningún otro que el reconocimiento de que un

⁵³ Caso *Joslin v. Nueva Zelanda*. Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. CCPR/C/75/D/902/1999. 17 de julio de 2002. pp. 10 -11.

⁵⁴ De texto similar al artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos.- 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. Artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.- (...) 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

⁵⁵ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Schalk and Kopf v. Austria*. Aplicación 30141/04. Sentencia del 24 de junio de 2010, párrafo 63. "In conclusion, the Court finds that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage."

⁵⁶ Cfr. Opinión concurrente de los jueces Giorgio Malinverni y Anatoly Kovler anexo al final de la Sentencia del 24 de junio de 2010.

⁵⁷ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Schalk and Kopf v. Austria*. Aplicación 30141/04. Sentencia del 24 de junio de 2010, párrafos 46 - 58.

hombre y una mujer, es decir, personas de sexo opuesto, tienen el derecho a casarse"⁵⁸. Tal es la conclusión a la que se llega también si se interpreta el artículo "a la luz de su objeto y propósito" como exige el mismo artículo 31° citado. Además, subrayan que la interpretación literal constituye la regla general de interpretación y ello excluye la posibilidad de interpretar el artículo 12° en el sentido de que confiere el derecho al matrimonio a personas del mismo sexo. La regla de interpretación invocada impediría, según los jueces, una construcción evolutiva en la interpretación del texto del artículo 12° que separe el matrimonio de su finalidad percibida por la tradición. Por lo que, concluyen que la Corte no puede, bajo el pretexto de una interpretación actualizada, derivar la existencia de derechos no previstos al momento de la firma del convenio, como en este caso, el del matrimonio entre personas del mismo sexo ⁵⁹.

Debe quedar claro que restringir la institución del matrimonio, y aplicar sus reglas únicamente a parejas heterosexuales no constituye discriminación. Dos hombres o dos mujeres que buscan regular sus relaciones de pareja como matrimonio, no se encuentran en las mismas circunstancias que un hombre y una mujer que buscan hacerlo. La ley trata igual a todos aquellos que tienen las condiciones y se encuentran en las circunstancias en el que el supuesto de hecho de la norma debe ser aplicado.

Por otra parte, cualquier denuncia de discriminación por orientación sexual es ilusoria, ya que todos somos tratados por igual bajo la ley existente. Independientemente de la orientación, un hombre y una mujer homosexual tienen el derecho a casarse como cualquier otro hombre o mujer heterosexual, sin embargo, lo deben de hacer con una persona del sexo opuesto, porque eso refleja lo que realmente es el matrimonio⁶⁰. Es a la unión civil, como unión entre personas del mismo sexo a la que no le corresponde los derechos propios de una unión heterosexual, no estamos negando el derecho de las personas homosexuales a tener una familia o hijos; en realidad, por el mismo hecho de ser personas y por su constitución biológica, bien podrían ejercer tales derechos, sólo que no esperan ejercerlos naturalmente.

Restringir el matrimonio exclusivamente para parejas de sexo opuesto, no es la única distinción que hace el Estado. El Estado no solo no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que tampoco permite el matrimonio entre múltiples personas (poligamia), el matrimonio entre un hombre y una mujer ya casados

⁵⁸ Cfr. Opinión concurrente de los jueces Giorgio Malinverni y Anatoly Kovler anexo al final de la Sentencia del 24 de junio de 2010. *"There is therefore no doubt in my mind that Article 12 of the Convention cannot be construed in any other way than as being applicable solely to persons of different sexes"*.

⁵⁹ Idem. *"Admittedly, the Convention is a living instrument which must be interpreted in a "contemporary" manner, in the light of present-day conditions (see E.B. v. France [GC], no. 43546/02, § 92, ECHR 2008-..., and Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, §§ 74-75, ECHR 2002-VI). It is also true that there have been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention (see Christine Goodwin, cited above, § 100). However, as the Court held in Johnston and Others v. Ireland (18 December 1986, § 53, Series A no. 112), while the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, "derive from [it] a right that was not included therein at the outset". (...) I consider that Article 12 is inapplicable to persons of the same sex"*.

⁶⁰ Cfr. VILADRICH Pedro-Juan. *La Agonía del Matrimonio Legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*. Instituto de Ciencias Para la Familia, 4ta edición, Pamplona-Navarra, Editorial EUNSA, 2001, p. 70.

(bigamia)⁶¹, matrimonio entre personas menores de cierta edad⁶² y el matrimonio entre parientes con un cierto grado de consanguinidad⁶³. Las excepciones a la regla general, ayudan a esclarecer los intereses de la sociedad que están en juego, pues el Estado define y restringe el matrimonio para beneficio de la sociedad en su conjunto.

En ese sentido, cabe acotar que el Estado no protege el matrimonio ni promueve la familia, porque tenga algún tipo de preferencia por una u otra orientación sexual (léase, no privilegia a los heterosexuales por encima de las personas con alguna orientación sexual distinta); sino que, los reconoce, promueve y protege porque esas uniones por la misma naturaleza de su relación resultan beneficiosas para el cumplimiento de los fines del Estado, tal como lo hemos explicado a lo largo de nuestra argumentación.

Finalmente, es necesario subrayar que, al no existir consenso a nivel internacional sobre el matrimonio para personas del mismo sexo, y tampoco existir obligatoriedad jurídica que emane de los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Peruano, no existe obligación alguna de regular las uniones afectivas entre personas del mismo sexo y mucho menos calificarlas como matrimonio. Esto es así pues, en virtud de la doctrina del margen de apreciación, corresponde a los Estados, en ejercicio de su soberanía, decidir regular o no dicha materia. La falta de reconocimiento legal a un pretendido “matrimonio igualitario”, no implica violación alguna de los derechos protegidos; y en consecuencia, tampoco supone una actitud discriminatoria contra las personas homosexuales sino tan sólo un respeto y coherencia con los valores y principios sociales recogidos a nivel constitucional sobre la naturaleza y fines del matrimonio.

6. **LA RATIO IURE DE LA LEY**

La *ratio iure* de la norma, no puede ser el amor, como señalan los proponentes⁶⁴; porque tal como hemos dejado por sentado anteriormente, al Derecho, en cuanto ordenamiento jurídico, le es indiferente los sentimientos que tenga un contrayente para con el otro. En este sentido, el Estado no tiene ningún interés firmemente sustentado para legalmente crear y promocionar la figura de la unión civil homosexual.

Si se defiende el argumento que las personas homosexuales necesitan de una figura jurídica que ampare sus relaciones afectivas, podríamos decir –también– que todo

⁶¹ Así, contraer matrimonio con una persona casada es una conducta sancionada en el Código Penal Peruano como delito de bigamia. Y en ese sentido, el Art. 139 del mencionado cuerpo normativo señala: “El casado que contrae matrimonio será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si, respecto a su estado civil, induce a error a la persona con quien contrae el nuevo matrimonio la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.”

⁶² Al respecto el Artículo 241 del Código Civil señala: “No puede contraer matrimonio:

1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse. (...)”

⁶³ En el Artículo 242 del Código Civil se establecen que no pueden contraer matrimonio entre sí: “(...) 1.- Los consanguíneos en línea recta. (...); 2.- Los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y el tercer grados. Tratándose del tercer grado el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves.”

⁶⁴ Exposición de Motivos, Proyecto de Ley 2647-2013/CR

afecto de una persona es fundamento suficiente para la legitimación del mismo por parte del Estado. Es decir, el fundamento del derecho no sería ya la condición de persona y su dignidad intrínseca, sino sus inclinaciones afectivas. Así, si en este momento la legislación no sólo regula sino también fomenta las orientaciones sexuales excepcionales de una minoría de la población hacia personas de su mismo sexo; en un futuro, el Estado también debería respaldar (proteger, reconocer y promover) la diversidad de orientaciones sexuales que puede ostentar una persona, con el único afán de que no se “sienta” discriminada. Y de esta forma, dejaríamos de lado los fundamentos democráticos y del Estado de Derecho que sustentan nuestra vida política.

Aceptar esta situación sería estar dispuestos a vivir las consecuencias de una dictadura de las minorías en las que no se respeta el bien común, como bien para la persona de acuerdo a su condición ontológica. Sería no concebir como límite del poder los derechos fundamentales de cada persona. Sería aceptar que se debe proteger, ya no el bien común, sino los intereses individuales que se esconden bajo el argumento de la “no discriminación”.

III. INCONSISTENCIAS DEL PROYECTO DE LEY

1. **SE NIEGA QUE LA “UNIÓN CIVIL” SE EQUIPARE AL MATRIMONIO (PERO SE PRETENDE REGULAR LO MISMO)**

Para empezar, es importante hacer hincapié que el proyecto de ley materia de análisis destaca que, la unión civil no matrimonial es una institución distinta al matrimonio y a la unión de hecho; sin embargo, todo el desarrollo de este proyecto de ley se encuentra inspirado paradójicamente en las normas que regulan el matrimonio. Los impedimentos, las causales de disolución, las causales de nulidad, en gran parte son las mismas a las establecidas en el Código Civil; lo mismo sucede con el procedimiento de disolución previsto en la Ley del Notariado –conexa al Código Civil en materia de matrimonio.

Es decir, de la lectura de los derechos y obligaciones pretendidas para los “compañeros civiles” se reconocen casi similares características del matrimonio entre personas heterosexuales, sin embargo, debemos señalar que, curiosamente en el proyecto de ley no se consideran como causales de disolución de este vínculo al adulterio, el uso de estupefacientes ni la enfermedad grave de transmisión sexual, que si son obligatorias para la unión civil matrimonial.

Con ello, se demuestra que a pesar de pesar del supuesto propósito de regular sólo el aspecto económico de este tipo de relaciones, el proyecto de ley realmente busca regular derechos y deberes no patrimoniales y aún más beneficiosos⁶⁵ que los protegidos en el caso del matrimonio.

⁶⁵ La pretendida unión civil no matrimonial establece como derecho de los compañeros civiles el derecho a formar una sociedad de gananciales y además de ello, en el Artículo 10 del proyecto se establece: “Las personas que conforman la Unión Civil pueden celebrar contratos que regulen sus relaciones personales y efectos

En ese sentido, parece que la única variante entre el matrimonio y la unión civil entre personas del mismo sexo, es la orientación sexual de sus contrayentes. Y que cualquier orientación sexual distinta a la heterosexualidad, daría a su titular una especie de “*status privilegiado*” respecto del reconocimiento de sus relaciones de parejas, pues tanto en la regulación de sus uniones afectivo-sexuales tendrían mayores consideraciones que las establecidas para los casos de unión matrimonial y unión de hecho. Al respecto, revisar Anexo N° 01.

2. **SE DICE QUE ES UNA OBLIGACIÓN DEL ESTADO PERUANO (PERO NO EXISTE NORMATIVA INTERNACIONAL QUE OBLIGUE AL PERÚ A LEGALIZAR LAS UNIONES HOMOSEXUALES)**

En la fundamentación que expone el congresista Bruce, invoca como base de la regulación de las uniones civiles una serie de documentos internacionales⁶⁶, los mismos que, según su afirmación, serían vinculantes para el Estado peruano y los que le impondría una obligación de regular las uniones civiles.

Al respecto es necesario analizar los documentos antes mencionados desde la óptica de las fuentes de obligaciones para los Estados conforme a lo regulado por el Derecho Internacional, a fin de determinar cuáles instrumentos son obligatorios y cuáles corresponden al denominado “*soft law*”.

Las negociaciones interestatales clásicas han evolucionado desde producirse aisladamente entre Estados hasta concretarse actualmente por la acción de las organizaciones internacionales y los procesos de armonización legislativa. En este contexto, el instrumento clave de estos procesos no es el tratado internacional (*hard law*) sino una serie de documentos que han sido denominados por la doctrina internacional como *soft law*.

El significado de *soft law* depende del concepto que se tenga del Derecho Internacional. El término es usualmente empleado por la doctrina para describir principios, reglas, estándares o directrices que carecen de efecto vinculante⁶⁷. Thürer considera al *soft law*

patrimoniales derivados de la convivencia (...). Entonces, además de encontrarse cometido al régimen de sociedad de gananciales, con todos los beneficios que ello implica, cuentan además con la libertad de contratación entre ellos, situación que se encuentra totalmente prohibida entre los cónyuges.

⁶⁶ Entre ellos: Resolución 60/251 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 15 de marzo de 2006, en la que se dispuso que el Consejo de Derechos Humanos sería responsable de promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de ningún tipo y de una manera justa y equitativa; Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/63/635⁶⁶ que contiene la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual, identidad de género del 22 de diciembre de 2008; Resolución A/HRC/RES/17/19, aprobada en el 17° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos sobre Orientación Sexual e Identidad de Género del 14 de junio de 2011⁶⁶; los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, presentados el 26 de marzo de 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales; Observación General N° 13 del Comité sobre los Derechos del Niño; Observación N° 2 del Comité contra la Tortura; Observación General N° 28 del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra las mujeres, entre otros.

⁶⁷ Cfr. SZTUCKI, Jerzy, “*Reflections on International “Soft law”*”, Ramberg, Jan, et al. (eds), *Festskrift till Lars Hjerner. Studies in International Law*, Norstedts, Stockholm, 1990, pp. 549-575.

“como un fenómeno de las relaciones internacionales que cubre todas aquellas reglas sociales generadas por los Estados u otros sujetos del Derecho Internacional que no son vinculantes”⁶⁸.

Este fenómeno abarca una amplia gama de documentos internacionales: resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de determinados tratados o convenios; disposiciones programáticas o *non-self-executing*; acuerdos no normativos, acuerdos políticos o *gentlemen's agreement*, códigos de conducta, directrices, estándares, etc⁶⁹. Así, para Shelton se puede considerar la existencia de un *soft law* primario integrado por los textos normativos que no han sido adoptados en la forma de un tratado que se dirigen a la comunidad internacional en su conjunto, o a todos los miembros de una organización internacional. Tal instrumento podría declarar nuevas normas, a menudo, puede ser la etapa previa a la adopción de un tratado, o podría reafirmar la elaboración posterior de normas previamente adoptadas como textos no vinculantes. El *soft law* secundario incluye las recomendaciones y observaciones generales de los órganos supervisores de los tratados de derechos humanos, la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales y de los Comités, decisiones de los relatores especiales, entre otros; y las resoluciones de los órganos políticos de las organizaciones internacionales aplicando normas primarias⁷⁰.

En este sentido, si bien los instrumentos *soft law* se caracterizan por ser documentos que reflejan la tendencia actual de la comunidad internacional para una mayor interrelación, interdependencia y globalización⁷¹; ello no implica que dichos instrumentos impongan obligaciones internacionales vinculantes para los Estados⁷².

En el caso específico de las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), es necesario tener presente que se trata de un fenómeno de creación de normas jurídicas propias de la globalización que no constituyen *per se* normas jurídicas. Las resoluciones no vinculantes de organizaciones internacionales (recomendaciones) despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa, por cuanto proponen una conducta deseable, más no obligatoria para los Estados⁷³; por lo tanto su aplicación es flexible, y no compromete la responsabilidad internacional de los Estados. En el

⁶⁸ THÜRER Daniel, “*Soft Law*”, en Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2000. p. 454. (la traducción es nuestra)

⁶⁹ SHELTON, Dinah, “*Law, Non-law and the problem of ‘Soft Law’*”, en *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, New York, Oxford University Press, 2000. pp. 449-450.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Cfr. WOLFGANG, H. y MARTIN WITTE, Jan, “Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords” y O’Connell, Mary Ellen, “The role of Soft Law in a Global Order”, ambos en Shelton, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2000, pp. 76-114. También HEY, Ellen, “*Hard Law, Soft Law, Emerging International Environmental Law and the Ocean Disposal Options for Radioactive Waste*”, en *Netherlands International Law Review*, WL, 405-448, 1993; FITZMAURICE, Malgosia, “*International Protection of the Environment*”, *Recueil des Cours* 2001, t. 293, 2002, pp. 9-488

⁷² Cfr. CASSESE, Antonio, “*International law*”, Oxford University Press, 2002, pp. 160-161.

⁷³ Cfr. VIRALLY, M. “A propos de la Lex ferenda”, en *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le Droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 526.

mismo sentido Brotons ha señalado que el Estado que “[v]ota afirmativamente un proyecto de resolución, sea cual sea su alcance y resultado, no puede alimentar la presunción de que entre sus partidarios se ha establecido una relación convencional”⁷⁴.

Aun cuando en ocasiones se ha indicado que el contenido de las resoluciones de la AGNU puede devenir obligatorio en tanto que costumbre internacional, se ha enfatizado también que para que ello suceda siempre se debe verificar tanto la *opinio iuris* como la práctica necesaria.

Respecto a la regulación de las uniones civiles, si bien es cierto que en los documentos invocados por el congresista Bruce se exhorta a los Estados a regular este tipo de uniones, ello no debe considerarse como una obligación para el Estado peruano, pues el estado de la cuestión es que los Estados no han llegado a un consenso definitivo sobre la materia, es decir que no se puede probar la existencia de una *opinio iuris* que genere una consciencia de obligatoriedad, ni tampoco la existencia de una práctica generalizada de regulación de este tipo de uniones. Esto puede constatarse en la mínima cantidad de Estados que han firmado dichos documentos: 30 Estados en el caso de los Principios de Yogyakarta; y 23 en el caso de la Resolución A/HRC/RES/17/19⁷⁵. Finalmente, es importante dejar bien en claro que estos documentos, que - según lo afirmado por el Congresista Bruce - imponen una obligación de regular las uniones civiles en la forma que su proyecto de ley plantea, NO han sido firmados por el Estado peruano; por lo que en consecuencia, no constituyen fuente de obligaciones para el Perú.

3. SE DICE QUE LA LEY ES NECESARIA PARA PROTEGER LOS DEECHOS DE LOS HOMOSEXUALES (PERO LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS VIGENTES SATISFACEN LAS EXIGENCIAS REQUERIDAS POR EL ART. 4º DEL PROYECTO)⁷⁶.

En efecto, luego de un análisis integral del ordenamiento jurídico peruano, se puede concluir que tanto en la normativa vigente del Derecho Civil como en el resto de normas especializadas, existen instituciones y mecanismos jurídicos de tutela de los derechos de las personas. No en vano, el Art. 1º de la actual Constitución Política del Perú reconoce que “la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado” y por ende éste es responsable de garantizar la efectiva tutela de sus derechos. El análisis que a continuación se presenta sostiene y refrenda esta afirmación.

⁷⁴ A. Remiro BROTONS, *Derecho Internacional Público. Derecho de los tratados*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 31.

⁷⁵ Esta Resolución fue aprobada de la siguiente forma: Votos a favor: Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Cuba, Ecuador, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Francia, Guatemala, Hungría, Japón, Mauricio, México, Noruega, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Suiza, Tailandia, Ucrania, Uruguay. Votos a favor: Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Cuba, Ecuador, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Francia, Guatemala, Hungría, Japón, Mauricio, México, Noruega, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Suiza, Tailandia, Ucrania, Uruguay. Abstenciones: Burkina Faso, China, Zambia.

⁷⁶ En la Exposición de Motivos del proyecto de Ley se sostiene: “La figura de las uniones civiles para personas del mismo sexo, no desvirtúa ni ataca a la familia tradicional, pues ésta otorga derecho a personas que actualmente no lo tienen; no quita ni limita derechos a nadie.” Cfr. Proyecto de Ley 2647, Proyecto de ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo, p. 12.

La finalidad de este apartado es plantear un análisis del Art. 4° del Proyecto de Ley en virtud del cual se pretende reconocer derechos y “deberes”⁷⁷ a favor de los integrantes de las uniones civiles no matrimoniales.

De la normativa analizada se desprende que estos derechos exigidos por el Proyecto encuentran tutela en dos escenarios: por ser inherentes a la institución matrimonial, y por tanto su protección deriva de este reconocimiento; o por estar protegidos por otras normas sectoriales. En cualquier caso es válido y legítimo afirmar que no es necesario crear una institución jurídica independiente de las actualmente existentes para proteger dichos derechos.

El Art. 4° del proyecto se divide en tres partes cuyo contenido pretende reconocer a favor de las uniones civiles no matrimoniales⁷⁸:

1. La creación de un régimen patrimonial similar al del matrimonio o las uniones de hecho, esto es la posibilidad de crear una sociedad de gananciales;
2. La creación de un parentesco de primer grado entre sus integrantes, y como consecuencia de ello el reconocimiento de varios derechos inherentes a la condición de cónyuge, o en su caso de convivientes; y
3. La protección frente a la violencia familiar y beneficios asistenciales por parte del Estado.

A continuación se propone el examen de los contenidos de estas pretensiones y se demuestra su satisfacción y protección.

3.1. Del régimen patrimonial similar al del matrimonio o las uniones de hecho, esto, es la posibilidad de crear una sociedad de gananciales.

La primera exigencia contenida en el art. 4° del Proyecto reclama a favor de los integrantes de la unión civil la posibilidad de establecer como régimen patrimonial una sociedad de gananciales⁷⁹. De acuerdo a lo expresado en la Exposición de Motivos del Proyecto, los defensores de la propuesta sostienen que “Las parejas del mismo sexo, al ser reconocidas legalmente, forman también unidades económicas estables y por lo

⁷⁷ Cabe señalar que a pesar de que así recita la sumilla del referido artículo “Derechos y Deberes”, en ninguno de los literales del Art. 4 se hace referencia a los deberes derivados de este tipo de uniones, tal como sucede con el matrimonio e incluso las uniones de hecho; y que además se encuentran contenidos en los Arts. 287° y ss. del Código Civil peruano.

⁷⁸ Cfr. Art. 4 del Proyecto de Ley 2647, Proyecto de ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo.- Los integrantes de la Unión Civil no matrimonial tienen derecho a: a. Formar una sociedad de gananciales a partir del momento en que se inscribe la declaración, salvo pacto expreso en contrario, en cuyo caso, se registra la separación de patrimonios ante notario y se agrega en el registro en el momento de la celebración de la unión civil no matrimonial. b. Los compañeros civiles recibirán el mismo tratamiento y tendrán los mismos derechos que un pariente de primer grado en los siguientes casos (...) c) Los integrantes de la Unión Civil No Matrimonial recibirán protección contra la violencia familiar y otros beneficios de promoción social que pueda brindar el Estado, especialmente los programas de acceso a la vivienda.

⁷⁹ Cfr. Literal a del Art. 4 del Proyecto.

general con un patrimonio más grande” y por ende necesitarían de una adecuada regulación que les permita administrar dicho patrimonio.

Sin embargo, dicha propuesta desconoce que la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales no permite, de forma alguna, que dicho régimen patrimonial se derive como consecuencia de cualquier relación afectiva que no se equipara ni en los aspectos más esenciales al matrimonio. La sociedad de gananciales es una institución pensada única y exclusivamente para el matrimonio y **solo en lo que sea aplicable** para las uniones de hecho.

Este último reconocimiento tiene como punto de partida que en la vida en común que surge como consecuencia de las uniones de hecho se desarrolla de modo análogo a la que sucede en el matrimonio, y es en ese sentido que la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. Es decir, en primer lugar, el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso; en segundo término, ese régimen es uno de comunidad de bienes; y, por último, a esa comunidad de bienes se le aplican las reglas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuera pertinente; pero sólo por el hecho de parecerse al matrimonio.

Ahora, si una pareja de homosexuales desea compartir parte o la totalidad de su patrimonio, puede disponer de éste a favor de su compañero haciendo uso de las normas que regulan el régimen de las obligaciones y/o de los contratos que actualmente rigen en el ordenamiento. Es evidente que nada impide a las parejas homosexuales celebrar pactos, establecer la obligación de compartir bienes y ganancias, y hasta derechos sucesorios, por lo que no existe la necesidad de asemejarse al matrimonio para proteger sus derechos patrimoniales⁸⁰.

De esta manera queda claro que en caso de existir una relación afectiva, independientemente de los sujetos que la conformen, en la cual deseen celebrar contratos, compartir la propiedad, establecer un régimen patrimonial común, o disponer de derechos sucesorios no necesitan crear una institución jurídica nueva, sino bastará únicamente con recurrir a la normativa vigente. Para ello será suficiente revisar las normas sobre obligaciones⁸¹, contratos⁸² y derecho de propiedad⁸³.

⁸⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. *El derecho a amar y el derecho a morir*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 66 y ss.

⁸¹ En el régimen legal de las obligaciones generales existe la posibilidad de asumir obligaciones mancomunadas y solidarias reconocidas en los arts. 1182° y ss. del Código Civil. Más todavía en correlación con esta norma el Sistema Financiero permite la apertura de cuentas bancarias individuales y mancomunadas.

⁸² El Art. 2 inc. 14 de la Constitución Política del Perú reconoce que todas las personas tienen derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. De manera complementaria, el art. 62 del mismo cuerpo legal expresamente reconoce “*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)*”.

⁸³ Sobre los derechos de propiedad de los homosexuales que aparentemente no estarían protegidos cabe citar el Art. 899° en el que se establece el régimen de Coposesión y el Art. 969° que regula la copropiedad; en virtud de los cuales expresamente se señala que “*existe coposesión cuando dos o más personas poseen un mismo bien conjuntamente*”

3.2. Creación de un parentesco de primer grado entre sus integrantes, y como consecuencia de ello el reconocimiento de varios derechos inherentes a la condición de cónyuge o en su caso de conviviente.

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer que tienen por finalidad formar una familia. Ahora queda claro que sólo con la finalidad de garantizar ciertos derechos, la unión de hecho -al buscar finalidades y cumplir deberes semejantes y análogos a los del matrimonio- origina un vínculo similar a éste. Como consecuencia tanto del matrimonio como de la unión de hecho, más que crear un vínculo de parentesco, crea derechos y deberes que le son inherentes y exclusivos; pero excluyentes de cualquier otra relación de afectividad. En este sentido, aun cuando el Proyecto de Ley busca una aparente tutela de derechos desprotegidos, lo que realmente plantea no es más que una errónea asimilación de las uniones civiles no matrimoniales al matrimonio y en los aspectos que más le convienen a las uniones de hecho.

El Art. 326° del CC reconoce el alcance del parentesco consanguíneo señalando de manera clara y expresa que éste constituye la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. En el caso de las relaciones conyugales y filiales, el Derecho concede un valor especial a través de los efectos jurídicos que se les atribuye en diversos campos; precisamente porque uno de sus mandatos constitucionales exige al Estado proteger a la familia y promover el matrimonio reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La familia y parentesco son categorías que dependen una de otra. Como lo explica Zannoni "familia y parentesco no son dos conceptos que deban separarse: los unidos entre sí por el nexo del parentesco (y desde luego, por el vínculo conyugal) constituyen la familia"⁸⁴.

La finalidad de esta pretensión de reconocimiento de parentesco es dotar a los miembros de la unión civil de ciertas prerrogativas respecto del otro. Sin embargo, todos los derechos que se reclaman – derivados del parentesco – se encuentran tutelados por la legislación vigente, por lo que no sería necesario ni promover la unión civil, ni mucho menos, la relación de parentesco (similar a la de los cónyuges). A continuación se expone un análisis de cada uno de estos derechos reclamados y se demuestra lo afirmado:

3.2.1. *El numeral 1 y 3 del literal b del art. 4° reclama el reconocimiento del derecho a las visitas en los hospitales y el derecho las visitas íntimas en centros penitenciarios*⁸⁵.

y que "hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas", respectivamente. Más aún el Art. 970° reconoce que "Las cuotas de los propietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario. El concurso de los copropietarios, tanto en los beneficios como en las cargas, está en proporción a sus cuotas respectivas."

⁸⁴ Cfr. ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 25.

⁸⁵ Cfr. Art. 4 b. Los compañeros civiles recibirán el mismo tratamiento y tendrán los mismos derechos que un pariente de primer grado en los siguientes casos (...) 1. Visitas a hospitales, centros médicos y cualquier establecimiento de salud. (...) 3. Visitas íntimas en centros penitenciarios, en caso de que el otro integrante de la unión civil se halle privado de su libertad.

Sobre este primer requerimiento, los proponentes del Proyecto de ley olvidan que estas ***visitas a hospitales y/o centros médicos*** no tienen mayores restricciones, y menos por la orientación sexual. Por el contrario, se propicia este tipo de acontecimientos en la medida que aportan a la salud del paciente⁸⁶. En algunos centros de salud, especialmente aquellos que pertenecen al Estado, la única restricción radica en respetar un horario de visitas el cual está debidamente publicado en la entrada de dichos centros. En este sentido resulta innecesario reclamar la tutela de un derecho que se encuentra protegido independientemente de que se trate de parejas homosexuales o de parejas heterosexuales.

Respecto del segundo requerimiento, el reclamo del reconocimiento de ***visitas íntimas en centros penitenciarios*** es de resaltar que si bien los reos tienen derecho a recibir visitas de sus familiares y amigos⁸⁷ (con lo cual no habría discriminación es este aspecto), las ***visitas íntimas*** tienen como propósito fundamental coadyuvar en la consolidación de los cónyuges y de la familia. Sobre este aspecto, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido que

“El Estado, al permitir y garantizar la visita íntima a los internos, coadyuva decisivamente en la consolidación de la familia en el proceso de resocialización del reo, (...)”⁸⁸, agregando luego que “(...) el Estado al permitir la visita íntima está cumpliendo con su deber de especial protección a la familia como institución fundamental de la sociedad reconocido en el artículo 4° de la Constitución”.⁸⁹

Con esto, si bien se reconoce que no se trata de un único mecanismo para cautelar a la familia, este tipo de visitas:

“(...) son propicias y necesarias para fortalecer los vínculos de la pareja; pues una vez fortalecida la relación de pareja, se facilita la relación armónica con los hijos. (...)”⁹⁰

Agrega y enfatiza el mismo Tribunal que

“(...) para aquellos internos que tengan conformada una familia, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Y es que la visita íntima es aquel espacio que, como su nombre lo indica,

⁸⁶ Cfr. Art. II del Título Preliminar de la Ley General de Salud.- La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla. Art. III.- Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es

Irrenunciable.

⁸⁷ Cfr. Art. 37° del Código de Ejecución Penal que reconoce “El interno puede comunicarse periódicamente, en forma oral y escrita y en su propio idioma, con sus familiares, amigos, (...)” sin discriminación alguna. De forma paralela el art. 38° del mismo cuerpo normativo señala: “La Administración Penitenciaria estimula e intensifica las comunicaciones y visitas en cuanto sean beneficiosas para el interno y evita aquellos contactos con el exterior que le resulten perjudiciales.”

⁸⁸ Cfr. Expediente N° 01575-2007-PHC/TC, F.J. 18.

⁸⁹ Expediente N° 01575-2007-PHC/TC, F.J. 19.

⁹⁰ Ídem.

brinda a la pareja un momento de cercanía, privacidad personal y exclusividad que no puede ser reemplazado por ningún otro⁹¹.

De lo señalado por el Tribunal Constitucional, queda claro que este fundamento no es gratuito, sino que obedece al reconocimiento de la unidad y exclusividad de las parejas que integran un matrimonio, que aun cuando podrían ser asimilables a aquellas que ha formado una unión de hecho, jamás serán asimilables a aquellas que pretenden el reconocimiento de cualquier relación de afectividad. En este escenario, si el integrante de la unión civil no matrimonial carece de familia –salvo proceso de adopción que según el tenor del proyecto y de sus defensores no es lo requerido- sería un contrasentido reclamar este derecho.

3.2.2. *El numeral 2 del literal b del Art. 4 reclama la posibilidad de toma de decisiones para el inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencia, en caso de que el otro integrante de la unión civil no pueda expresar su voluntad*⁹².

Según el tenor de esta propuesta, los integrantes de la unión civil no matrimonial buscarían tener la posibilidad de prestar el consentimiento informado (autorizar) el inicio de ciertos tratamientos quirúrgicos; sin embargo, la normativa vigente del sector salud, afirma expresamente que este es un derecho que ni siquiera corresponde a las parejas heterosexuales.

Sobre el particular el Art. 4 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud⁹³ señala que ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo, sin embargo expresamente exceptúa de este requisito **las intervenciones de emergencia**⁹⁴. Asimismo, de forma complementaria la Norma Técnica N° 022-MINSA/DGSP-V02 señala que el consentimiento informado es “la conformidad expresa del paciente o de su representante legal cuando el paciente está imposibilitado, con respecto a una atención médica, quirúrgica o algún otro

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² Cfr. Art. 4 b. *Los compañeros civiles recibirán el mismo tratamiento y tendrán los mismos derechos que un pariente de primer grado en los siguientes casos (...) 2. Toma de decisiones para el inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencia, en caso de que el otro integrante de la unión civil no pueda expresar su voluntad.*

⁹³ Cfr. Art. 1 de la modificatoria contenida en la Ley N° 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, publicada el 30 de setiembre del 2009.

⁹⁴ Cfr. Art. 15.4.a.1 contenida en la Ley N° 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, publicada el 30 de setiembre del 2009 también exceptúa dicha posibilidad cuando se trata de situaciones de emergencia o de riesgo comprobado para la salud de terceros o salud pública. Literalmente la excepción se refiere en los siguientes términos: Toda persona tiene derecho a lo siguiente: (...) A otorgar consentimiento informado, libre y voluntario, sin que medie ningún mecanismo que vicie su voluntad, para el procedimiento o tratamiento de salud, en especial en las siguientes situaciones: a.1. En la oportunidad previa a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como su interrupción. Quedan exceptuadas del consentimiento informado las situaciones de emergencia, de riesgo debidamente comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública.

procedimiento (...).”⁹⁵ Agrega la norma citada que respecto de la forma del consentimiento, éste debe ser otorgado por escrito previamente y en un formato oficial cuando se realicen determinados procedimientos⁹⁶, pues en los demás casos -aquellos que no están previstos en la norma- el paciente deberán otorgar un consentimiento informado verbal.

Entonces, de dichas referencias se desprende que como regla general la Ley de salud permite que el consentimiento para tratamientos quirúrgicos pueda ser otorgado por el mismo paciente o su representante legal, evidentemente este último caso será necesario cuando el titular del derecho (el paciente) se encuentre impedido de manifestar su voluntad; no obstante, en caso que se trate del inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencia, a tenor de la norma, **dicho consentimiento no será requerido**; ni en parejas heterosexuales, ni en ningún otro tipo de uniones.

Por otro lado, cualquier persona es libre de designar como representante legal a quien estime conveniente (como podría ser el “compañero” homosexual), para que tome las decisiones que se requieran cuando la ley así lo contempla, por lo que, ni siquiera en este caso se puede decir que existe ausencia de mecanismos de protección de los derechos. Bajo estas consideraciones la tutela de dicho derecho carece de fundamento jurídico alguno y por tanto su aprobación debe ser rechazada.

3.2.3. El numeral 6 del literal b del Art. 4 pretende que se reconozca a favor de los integrantes de la unión civil no matrimonial la posibilidad de acceder a la nacionalidad peruana tras haber celebrado dicha unión con un ciudadano peruano⁹⁷.

Sobre esto, el Art. 3º de la Ley N° 26574, Ley de Nacionalidad permite que una persona extranjera -sin necesidad de integrar una unión civil no matrimonial- pueda adquirir la nacionalidad peruana cumpliendo los requisitos que señala la misma ley:

- (i) Residir legalmente en el territorio de la República por lo menos dos años consecutivos,
- (ii) Ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial; y
- (iii) Carecer de antecedentes penales, tener buena conducta y solvencia moral.

⁹⁵ Cfr. Norma Técnica N° 022-MINSA/DGSP-V02, Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica, Epicrisis, Informe de Alta y Consentimiento Informado” aprobada por la Resolución Ministerial N° 597-2006/MINA.

⁹⁶ Por ejemplo, procedimientos que puedan afectar la integridad del paciente (intervenciones quirúrgicas, pruebas riesgosas, anticoncepción quirúrgica u otros procedimientos), o cuando la paciente sea evaluada con fines docentes, o cuando sea objeto de experimentación. Cfr. Art. 15.4 literal a contenida en la Ley N° 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, publicada el 30 de setiembre del 2009.

⁹⁷ Cfr. Art. 4 b. Los compañeros civiles recibirán el mismo tratamiento y tendrán los mismos derechos que un pariente de primer grado en los siguientes casos (...) 6. Adquirir la nacionalidad peruana en caso de ser extranjero, luego de dos años de haber celebrado la unión civil no matrimonial con un ciudadano peruano.

Cabe resaltar que, tal como lo señala al mismo tenor del Proyecto, la norma también exige el transcurso de tiempo de 02 años por lo que su regulación no resultaría más eficiente de las ya existentes. Nuevamente, a evidencia que así como sucede en los supuestos anteriores, el reconocimiento de este derecho también se encuentra vigente en el ordenamiento, por lo que no existe la necesidad de crear esta nueva figura jurídica para garantizar su tutela.

3.2.4. *El numeral 8 del literal b del art. 4 busca que respecto del Estado civil, los integrantes de la unión civil no matrimonial tengan la obligación de inscribir en el RENIEC su cambio de estado civil y de cambiar su DNI para que en él figure su condición de integrantes de una unión de esta naturaleza*⁹⁸.

Sobres estos aspectos, el artículo 44° de la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil reconoce aquellos acontecimientos que se inscriben en el Registro de Estado Civil y entre éstos distingue “los nacimientos; los matrimonios; entre otros (...)”. Cabe resaltar que, a pesar de recibir un tratamiento similar al matrimonio por ser una situación de convivencia análoga a este, las uniones de hecho no tienen la posibilidad de inscripción. Si bien, con la promulgación de la Ley N° 30007, los convivientes al ser destinatarios de derechos y obligaciones, se les permite la inscripción de una declaración en el Registro Público, esta será siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos por la norma constitucional (Cfr. Art. 5° de la Constitución Política del Perú) y la norma sustantiva (Cfr. Art. 326° del Código Civil).

El fundamento de esta posibilidad legislativa (para las uniones de hecho distintas al matrimonio) radica en que el sistema registral, por medio de la publicidad, otorga una consistente garantía jurídica a los derechos patrimoniales nacidos como consecuencia de la *sociedad de bienes* generada por el cumplimiento de los requisitos que la norma exige para ello⁹⁹ introduciendo para tales fines la posibilidad de su inscripción en el artículo 2030° del Código Civil¹⁰⁰. Cabe resaltar que el acceso al registro de las Uniones de Hecho no es automática o posterior a su “instauración”, como si pretende serlo la inscripción de las uniones civiles no matrimoniales; sino que aquello que accede al registro es declaración obtenida como resultado de haber cumplido con los requisitos exigidos por la norma Constitucional y por la norma Civil. Por otro lado, el registro

⁹⁸ Cfr. Art. 4 b. Los compañeros civiles recibirán el mismo tratamiento y tendrán los mismos derechos que un pariente de primer grado en los siguientes casos (...) 8. Respecto del Estado civil, los integrantes de la unión civil tienen la obligación de inscribir en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) su cambio de estado civil y de cambiar su Documento Nacional de Identidad (DNI) para que en él figure su condición de integrantes de una Unión Civil no matrimonial.

⁹⁹ Cabe resaltar que antes del 17 de abril de 2013, la unión de hecho no constituía taxativamente acto inscribible en el Registro Personal. Sin embargo, recientemente con la publicación de la Ley N° 30007, publicada el 17 de abril del 2014 en el diario oficial “El Peruano” y que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, 831 y 425.4 del Código Procesal Civil y 35, 38 y 39.4 de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos”. El objeto de esta norma es reconocer derechos sucesorios entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que conforman una unión de hecho.

¹⁰⁰ Artículo 2030.- Se inscriben en este registro: (...) 10. Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial.”

NO crea un vínculo parecido o similar al vínculo que se genera a través del matrimonio. Lo que hace es reconocer ciertos derechos patrimoniales a quienes no tienen impedimento para casarse.

Bajo tales consideraciones el acceso al Registro no es una arbitrariedad del legislador, sino consecuencia de una evidente necesidad de tutela, en tanto la *sociedad de bienes* generada por las uniones de hecho requiere de la publicidad correspondiente, sin perjuicio del tratamiento similar al de la sociedad de gananciales en tanto y en cuanto le fueran aplicables.

Más todavía cabe precisar que según lo normado en la Ley N° 26497¹⁰¹ antes citada las funciones reconocidas al Documento Nacional de Identidad se desarrollan con la entrega efectiva del documento, independientemente de que en éste se reconozca la orientación sexual o la existencia de cualquier otra relación de afectividad. Esta situación se materializa en todos y cada uno de los ciudadanos independientemente de su pertenencia a un matrimonio, unión de hecho o de cualquier otra relación de afectividad. Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2273-2005-PHC/TC en el cual señala: “*el DNI tiene una doble función: de un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; y, de otro, constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución vigente*”¹⁰². En este sentido resulta innecesario el reconocimiento de este derecho contenido en el inciso en comentario.

3.2.5. Finalmente, para concluir con el análisis de literal b del Art. 4 del Proyecto, es imprescindible hacer referencia a los derechos contenidos en tres incisos no mencionados anteriormente¹⁰³: el derecho a los alimentos, el derecho de habitación y el derecho a la seguridad social.

Sobre estos tres derechos tampoco es posible reconocer una tutela exclusiva o diferenciada a favor de los integrantes de las uniones civiles no matrimoniales, toda vez que dichos derechos son consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial y por tanto no pueden ser predicables de cualquier relación de afectividad, sobre todo aquellas de carácter meramente sexual, temporal y no comprometida. Así

¹⁰¹ Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

¹⁰² Cfr. Exp. N° 2273-2005-PHC/TC - F.J. 25

¹⁰³ Cfr. Art. 4 b. Los compañeros civiles recibirán el mismo tratamiento y tendrán los mismos derechos que un pariente de primer grado en los siguientes casos (...) 4. Recibir alimentos del otro integrante de la unión civil, de acuerdo a lo establecido por los artículos 472 y siguientes del Código Civil. 5. Derecho de habitación, vitalicio y gratuito sobre la casa en que existió el hogar doméstico, en caso de fallecimiento del otro integrante de la unión civil, aplicándose en lo que corresponda los art. 731 y 732 del Código Civil. (...) 7. En seguridad social, si uno de los integrantes de la unión civil no matrimonial no tuviera cobertura de seguridad social, podrá ser inscrito como beneficiario por su compañero doméstico para que goce de los beneficios a los que el titular tenga derecho. Esto incluye, de modo enunciativo más no limitativo: el acceso a atención de salud de la pareja en ESSALUD y EPS; la cobertura de seguros; la pensión de invalidez de ESSALUD; las pensiones de sobrevivencia de AFP; el régimen mancomunado de jubilación en ONP y la pensión de viudez en la ONP.

por ejemplo, los derechos sucesorios de los cónyuges que nacen por imperio de la ley surgen exclusivamente porque derivan del matrimonio y no de otra cosa distinta.

Así, por ejemplo, a nadie se le ocurriría defender que una donación de inmuebles es válida si no cumple la forma legalmente prevista (por ejemplo, si se hace verbalmente), por mucho que pueda constar la voluntad de donar de quien la realiza; o que un empresario individual puede limitar su responsabilidad patrimonial si no constituye una empresa individual de responsabilidad limitada, cumpliendo a tal efecto con los requisitos legales, por mucho que conste su voluntad de no comprometer en la empresa más que el patrimonio que ha destinado a ella, o su deseo de que el resto de sus bienes no queden afectos a sus deudas empresariales, y por mucho que desarrolle una actividad idéntica a la del empresario que sí constituyó una empresa individual de responsabilidad limitada¹⁰⁴.

Sobre estas afirmaciones queda claro que la prohibición del matrimonio homosexual no solo NO es una conducta discriminatoria y mucho menos inconstitucional, sino que además es una política justa, por cuanto es de justicia dar a cada cual lo que le corresponde. En este sentido:

"si a las relaciones homosexuales se les otorgase el estatuto matrimonial se les estaría dando lo que es de otro -del matrimonio- y se cometería una injusticia; lo mismo sucedería si se las protegiese como al matrimonio, pues no pueden aportar a la sociedad lo que aquel aporta: el ámbito idóneo para la sustitución generacional, así como las seguridades psicológicas y espirituales que sí ofrece un matrimonio regular y estable"¹⁰⁵

3.3. La protección frente a la violencia familiar y beneficios asistenciales por parte del Estado.

En la tercera parte del analizado Art. 4º del Proyecto de ley, se pretende que los integrantes de la unión civil no matrimonial reciban protección contra la violencia familiar y otros beneficios de promoción social que pueda brindar el Estado, especialmente los programas de acceso a la vivienda, como si estas personas (homosexuales) individualmente consideradas no fuesen destinatarios de esta tutela. Al respecto cabe resaltar en un doble análisis los reclamos formulados.

Por un lado, respecto de la **tutela frente a la violencia familiar**, es necesario resaltar el ámbito de protección del Art. 2º del TUO de la Ley N° 26260¹⁰⁶, el cual literalmente reconoce:

“A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o

¹⁰⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El nuevo matrimonio civil” en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 28 y ss.

¹⁰⁵ Cfr. RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. *Ob. Cit.*, p. 66.

¹⁰⁶ Cfr. Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar.

coacción graves, que se produzcan entre: (...) f. Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.”

En este sentido, sin necesidad de recurrir al reconocimiento de una institución civil nueva, y que se asemeja a lo que en otros ordenamientos jurídicos se conoce con el nombre de matrimonio homosexual, es posible lograr la tutela y protección de las personas que están sometidas a la violencia familiar con la sola condición que las personas entre las que se genera este tipo de conflictos habite bajo el mismo techo. Entonces, independientemente del reconocimiento de la unión civil, las personas que son parte de una relación de afectividad y que viven en un mismo hogar se encuentran protegidas por el ordenamiento. Incluso en caso de no tener esta protección especial, el Código Penal peruano regula el delito de lesiones recogido en el Art. 121° y ss.

Por otro lado, respecto de la tutela de **inclusión en los programas de acceso a la vivienda**- cabe señalar que el Gobierno peruano, a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento se ha preocupado constantemente para que los peruanos tengan garantizados este derecho. En este sentido el Plan Nacional de Vivienda – “Vivienda para todos” contenido en el D.S. N° 005-2006-VIVIENDA promulgado el 15 de marzo del 2006 reconoció como principio fundamental:

“Una política de Estado que promueva el acceso de las familias - sobre todo las que se encuentran en condición de pobreza o indigencia - a una vivienda digna y a mejores condiciones de su entorno urbano o rural, constituye un factor estratégico para el fortalecimiento de las convicciones ciudadanas, de la autoestima, del sentido de nación, de la formalidad y de la confianza en las instituciones democráticas”.

Con estos fines, actualmente el Estado peruano tiene vigente entre sus programas sociales: “Nuevo Crédito Mi Vivienda” y “Techo propio” y en ninguno de ellos existe, en el acceso, discriminación para las personas por su preferencia sexual, así como tampoco beneficio alguno para los heterosexuales; el único beneficio es para aquellas personas que forman una familia. Entiéndase que se trata de la familia como institución natural protegida por el Art. 4° de la Constitución al que en anteriores oportunidades se ha hecho referencia.

Para validar esta afirmación cabe citar, por ejemplo, los requisitos del programa “Nuevo Crédito Mi Vivienda”¹⁰⁷ verificando que en ninguno de ellos se hace distinción por la opción sexual, pues el derecho a la vivienda constituye un derecho fundamental

¹⁰⁷ Los requisitos son: i) ser una persona natural residente en el Perú o peruano residente en el extranjero, ii) Ser calificado como sujeto de crédito por una Institución Financiera (IFI), iii) No ser propietario o copropietario, de otra vivienda en cualquier localidad del país. (...), iv) No haber adquirido, ni el solicitante, ni su cónyuge o conviviente legalmente reconocido, una vivienda financiada con recursos del Fondo MIVIVIENDA S.A. o del Programa Techo Propio, del FONAVI o Banco de Materiales, aun cuando ya no sean propietario de la misma. Los datos y demás referencias de los requisitos para acceder a este beneficio puede consultarse el website del Ministerio de Vivienda (www.mivivienda.com.pe).

inherente a la condición de persona cuya responsabilidad recae en el Estado y por tanto no es posible establecer limitaciones en razón de la sexualidad.

Además de las políticas de promoción de la vivienda del Estado, se encuentran aquellos productos que ofrece el sistema financiero que, por razones de competitividad en el mercado, pueden llegar a ofrecer tasas de interés muy bajas con el fin de ampliar su cobertura. Para el acceso a los créditos hipotecarios (aquellos obtenidos cuando se pretende adquirir una inmueble para vivienda) no existe restricción alguna, incluso, no se requiere que el adquirente sea casado o tenga alguna relación de convivencia reconocida legalmente.

Por estas consideraciones, tampoco se hace necesaria la aprobación de una ley que equipara las uniones homosexuales con el matrimonio, para cautelar este derecho.

IV. EFECTOS DE LA APROBACIÓN DE LA LEY DE UNIÓN CIVIL

1. AFECTACIÓN AL CONTENIDO ESENCIAL DEL MATRIMONIO

Como ya establecimos *ad supra*, el modelo de familia que nuestra Constitución protege se encuentra basado en el matrimonio, o en todo caso, en la unión de hecho de dos personas, un hombre y una mujer, en sus dimensiones más básicas, en sus cuerpos y mentes, los une con el fin de procreación y para compartir una vida de familia de manera permanente y exclusiva.

Así, de conformidad con el principio de unidad y concordancia normativa no se puede afirmar que se derive una obligación para el Estado de asegurar que las parejas del mismo sexo reciban un tratamiento igual al de las parejas heterosexuales. Porque esta unión no persigue los mismos fines, no los afectos son relevantes para el derecho.

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional y de lo establecido en nuestra Constitución Política no se ampara en estricto un derecho al matrimonio sino el derecho a contraer matrimonio.

“El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional (...) sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de persona, reconocido en el Art. 2º, inciso 1) de la Constitución. El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad”¹⁰⁸.

En este sentido, el derecho a contraer matrimonio, se deriva de la necesidad de la especie humana, no del individuo en sí mismo, por tanto, es un derecho renunciabile¹⁰⁹ y dependen de la voluntad del individuo y así lo reconoce el Tribunal Constitucional:

¹⁰⁸ STC N° 2868-2004-AA/TC, Fund. 14

¹⁰⁹ UNIVERSIDAD AUSTRAL. Bases para la Elaboración de las Políticas Familiares en Argentina. Argentina, Editorial del Congreso de la Nación, 2005, p. 17.

“uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal (...) ciertamente es el *ius connubii*. (...) Por consiguiente, toda persona en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quien contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad – para autorizar o negar – de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración”¹¹⁰.

Este derecho, como todo derecho cuenta con ciertas delimitaciones que nos permiten verificar si en algún punto puede ser desnaturalizado; y en ese sentido podemos encontrar los siguientes elementos:

- **Sujetos:** Varón y Mujer, porque los sujetos que se unen como esposos cuentan con una diferenciación sexual determinada, ambas son distintas pero complementarias sexualmente. Se distingue de cualquier otro tipo de vínculo en su específico carácter sexual y procreador.¹¹¹
- **Fundamento y Vínculo:** Aquello que se intercambia no es sólo el cuerpo, la esencia del matrimonio es “un hombre y una mujer vinculados entre sí de manera exclusiva” En cuanto varón-virilidad y en cuanto mujer-feminidad, es todo el ser.

“La relación varón-mujer no es sólo una apertura ocasional y fugaz, sino una *apertura estable*; por eso la tendencia de los sexos no es sólo al mero contacto transeúnte, sino al “establecimiento” de una *unión* (fundación de una comunidad en lo conyugal) o estado”¹¹²

- **Contenido:** Es en base a esa unión estable que surgen los distintos derechos y deberes que el Estado reconoce y que ya señalamos a lo largo de nuestra investigación.
- **Finalidad:** Debemos tener en cuenta que a lo largo del presente análisis nos hemos referido ya a los fines objetivos del matrimonio; los cuales debemos diferenciar de los fines subjetivos, propio de las expectativas de los esposos y que pueden o no condecirse con los fines objetivos del matrimonio; entre ellas contamos con las señaladas líneas arriba, procreación, mutua ayuda y ordenada realización de la vida conyugal.

Ya en este punto, es lógico cuestionarnos sobre la existencia de aquellos matrimonios que no logran tener efectivamente hijos o de aquellos que no consiguen de modo definitivo y pleno los otros fines del matrimonio, ¿podrían considerarse matrimonios?

¹¹⁰ STC N° 2868-2004-AA/TC, Fund. 14

¹¹¹ Cfr. VILADRICH Pedro-Juan. “La Agonía del Matrimonio Legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio”. Instituto de Ciencias Para la Familia, 4ta edición, Pamplona-Navarra, Editorial EUNSA, 2001, p. 70.

¹¹² *Ibíd.* p. 55

la respuesta es afirmativa si consideramos que estos fines del matrimonio se asumen como la causa final del mismo, es decir, no son solo metas que alcanzar o requisitos que cumplir, sino como aquella tendencia o disposición (en la que interviene la inteligencia y la voluntad del individuo) para asumir los fines del matrimonio. Al respecto VILADRICH señala:

“... En este segundo sentido, los fines ya no son las metas. Como tendencia, los fines están dentro de la esencia del matrimonio. Al primer sentido, se le llama *finés-meta*. Al segundo sentido, se le denomina *finés-ordenación interna*. (...) En el sentido de finés-ordenación interna, los fines objetivos están dentro del matrimonio, pues no son otra cosa que la misma unión conyugal *vista en tanto “ordenada internamente”* para *correr* hacia sus metas.”¹¹³

De lo señalado se puede afirmar que la tendencia hacia los fines objetivos es una ordenación interna y esencial de la propia unión conyugal, propia de la complementariedad masculina y femenina, sin la cual, esa unión no es matrimonio, tal tendencia viene a ser entonces una constitutiva apertura del matrimonio hacia la posibilidad de sus metas objetivas.

Ya hemos descrito cuáles son los elementos propios del matrimonio entre un varón y una mujer, ahora analicemos bajo los mismos presupuestos la unión entre dos personas del mismo sexo para determinar si corresponde a la luz de nuestro ordenamiento jurídico su equiparación normativa.

- **Sujetos:** Varón-Varón, Mujer-Mujer; no existe una diferenciación sexual determinada, se encuentra impedida por lo tanto de engendrar hijos comunes¹¹⁴.
- **Fundamento y Vínculo:** Las uniones de hecho homosexuales son uniones de personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida permanente en el tiempo que es conocida públicamente. El único objetivo de su convivencia permanente es la compañía mutua, la cohabitación, una vida de pareja y es en mérito a este factor de relaciones patrimoniales entre los convivientes homosexuales, que se considera necesario el otorgamiento de efectos jurídicos a las uniones homosexuales.
- **Finalidad:** Como consecuencia de su falta de aptitud natural para la procreación, la unión homosexual se limita a la satisfacción de sus miembros en el desarrollo de su personalidad individual, pero no genera ningún tipo de contribución a la continuación de la especie humana.

¹¹³ VILADRICH, Pedro-Juan, Op. Cit. p.164.

¹¹⁴ Para mayor referencia véase

NICOLAS LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. “Los proyectos de Ley de Modificación del Código Civil y Legalización de las Uniones de personas del mismo sexo” en *El Matrimonio, un bien jurídico indisponible*. Publicación de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica Argentina, [ubicado el 15.II 2014] Obtenido en http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/El_matrimonio-_un_bien_jur_dico_indisponible.pdf.

Es claro que sin una finalidad beneficiosa para el Estado se estaría concediendo regulación a una situación basada sólo en la orientación sexual. Ahora bien, si el Estado cede en este aspecto, en base a los mismos argumentos las uniones civiles exigirán la atribución de mayores derechos, aun cuando no les corresponda, como el derecho a formar una familia en base a un pretendido “derecho a tener hijos” y ya no habrían límites porque si se regula sobre esto, eventualmente se deberá regular sobre técnicas de reproducción asistida o adopción en caso de personas del mismo sexo.

Aun en aquellos casos en los que se permitiera la adopción de niños o la aplicación de técnicas de reproducción asistida a parejas del mismo sexo para que logren tener hijos, este tipo de uniones seguiría siendo insuficiente ya que no se necesitan sólo dos personas para criar a un niño, es indispensable incluir en la educación de los niños el rol diferenciado de progenitor masculino y femenino¹¹⁵.

2. **INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY POR LA GRAVE AFECTACIÓN A LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA PROTEGIDA DESDE EL NIVEL CONSTITUCIONAL**

Como vimos, los elementos de la relación jurídica, aunque presentes en ambos tipo de relación, no pueden equipararse dado que se diferencian en cuanto a su contenido mismo. La desnaturalización de los elementos propios del matrimonio y constitutivos básicos de la familia en nuestra normativa implica consecuencias negativas respecto del bien de la sociedad, ya que no debemos olvidar que con la protección del matrimonio, lo que también se protege es la familia y la dimensión social y el bien común que estas instituciones originan.

En este sentido, puede destacarse que a través del matrimonio y la constitución de familias¹¹⁶:

- a) Se entrelaza a las madres y a los padres entre ellos y con su hijos,
- b) Se permite a los niños conocer y ser conocido por sus padres biológicos,
- c) Se sienta las bases para que los padres biológicos puedan cumplir sus funciones biológicas, legales y de cuidado en su hogar,
- d) Se permite analizar la situación de las parejas infértiles o que aún no tengan hijos, no desde el punto de vista de los adultos, sino desde el punto de vista de los niños. No todas las parejas tienen hijos, pero todos los hijos tienen padres y toda pareja que se une en matrimonio se compromete a aceptar la tendencia a la apertura de la vida que el matrimonio en sí mismo significa,

¹¹⁵ Cfr. MEDINA, Graciela. *Uniones de Hecho, Homosexuales*, Buenos Aires-Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 39

¹¹⁶ Véase también ROBACK MORSE, Jennifer. *What you need to know about Marriage, Questions & Answers Driving the Debate*. Booklet. [ubicado el 02. IV 2014] Obtenido en <http://www.ruthblog.org/2014/03/07/married-to-the-state/>.

- e) Se acepta que todo niño tiene derecho a una relación con ambos padres y ningún niño puede defender ese derecho por sí mismo.

Lo que se está proponiendo en Perú es deshacerse de los siglos de acumulación de sabiduría y tradición, embarcándose en un gran experimento social. Lo que hace cuestionable la presunción de que las sociedades pueden separarse de una misma idea del bien común que ha sido transmitida de generación en generación, hacia una que enfatiza la autonomía individual sin que ello signifique experimentar una alteración radical en el tejido social.

Ya se ha señalado que a protección constitucional que tienen el matrimonio y la familia demanda una obligación del Estado de procurar – por todos los medios – que estas instituciones naturales no se vean afectadas por normas legales de rango inferior que pretendan desnaturalizarlas o socavar los fundamentos sobre los cuales se erigen.

En este sentido, una norma que regula las uniones civiles o el matrimonio entre personas del mismo sexo, sería simplemente inconstitucional. Es decir, que no se corresponde con el sentido ni el contenido de nuestra Constitución. Cabría por ello, interponer contra esta norma, todos los recursos de los que provee la propia constitución para obtener su declaración de inconstitucionalidad.

3. AFECTACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A TENER UNA FAMILIA

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional comprende un extenso uso de éste en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado. Conforme es reconocido en la actualidad por el Derecho Internacional Público y la Comunidad Internacional en general, el interés superior del niño supone que el “niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”¹¹⁷.

Este principio encuentra su reconocimiento interno a nivel constitucional en el Art. 4º CPP que establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”. Respecto al contenido de este artículo, específicamente en el extremo referido a la protección de la infancia, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

“[...] Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o

¹¹⁷ Declaración de los Derechos del Niño - ONU (1959) Principio 2º; Convención sobre los Derechos del Niño – ONU (1990) Artículo 3º.- Los intereses del niño deben ser considerados en primer lugar en todas las decisiones que los afecten. El niño tiene el derecho de recibir la protección y las atenciones necesarias para su bienestar. Véase también el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el que también se reconoce de manera genérica este principio al proclamar que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencias especiales”

inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral”¹¹⁸

Asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337) ha precisado en su Artículo IX que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

El principio del interés superior del niño, acarrea la obligación de protección por parte del Estado y de la sociedad en general. Así lo reconoce el artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando dispone que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. En línea similar, se reconoce en el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹⁹.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su jurisprudencia ha señalado que:

“...cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades...”¹²⁰.

Entre los derechos reconocidos y protegidos para procurar el bienestar del niño, se encuentra el derecho de los mismos a tener una familia¹²¹. Así, se entiende “que la

¹¹⁸ STC N° 0550-2008-PA/TC

¹¹⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - ONU (1966) Artículo 24: “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

¹²⁰ Caso Bulacio contra Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 18 de septiembre de 2003. Serie C, N° 100. Fundamento 134.

¹²¹ Cfr. Declaración de los derechos del Niño - ONU (1959) Principio 6: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (...)”. También, Convención sobre los Derechos del Niño ONU (1989): Art. 18° “(...) Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño (...)”. Véase también el Código de los Niños y Adolescentes, Art. 8° “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral”.

familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”¹²² y se reconoce que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”¹²³.

Este derecho, a decir del TC, es un “derecho constitucional implícito” que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución Política del Perú (CPP). Así, sostiene el TC:

“El derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (...) En contrapartida a dicho reconocimiento implícito, tenemos que precisar que en nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”¹²⁴.

Es decir, se reconoce el derecho del niño a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños¹²⁵. Esto se logra con “el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos” y que constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella¹²⁶.

Es un hecho indiscutible que la familia es la primera institución que puede prodigar al niño un ambiente de afecto y de seguridad moral y material que garantice el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, tal como lo reconocen las normas internas y los tratados internacionales.

El TC al respecto señala:

“(…)en virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de

¹²² Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño-ONU (1989), preámbulo.

¹²³ Idem

¹²⁴ STC N° 01817-2009-PHC/TC. Fund. 14

¹²⁵ STC N° 01817-2009-PHC/TC. Fund. 15

¹²⁶ Idem

cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos”¹²⁷.

Este es el escenario de la protección del niño en nuestro país. Por ello, legislar y admitir la unión de personas del mismo sexo, equiparando dichas uniones al matrimonio y en consecuencia, abriendo la posibilidad de que en dicha estructura – a la que podríamos considerar *pseudo* familiar – se incluyan niños como miembros de la misma – a través de la adopción, por ejemplo, sería inconstitucional y atentatoria del ordenamiento jurídico vigente. Si bien es verdad que el actual proyecto no contempla la adopción, esto no es óbice para que en la práctica se puedan generar situaciones como las descritas.

Debe entenderse que los derechos y el interés del niño tienen prioridad ante las exigencias subjetivas de los adultos. Así,

“...la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiere a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable...”¹²⁸.

Por ello, “no puede constituirse ni la orientación sexual ni ningún otro aspecto personal de los padres como una categoría inmune o principal o prioritaria, porque precisamente ese interés (el del niño), se entiende siempre como un interés superior a cualquier otro”¹²⁹.

Si bien no es objeto del presente informe pronunciarse sobre la conveniencia – o no – de que los niños sean criados por una pareja homosexual, o que su desarrollo se circunscriba a una realidad distinta a la de una familia natural, consideramos que debe tenerse en cuenta lo señalado por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH):

“...es importante constatar que la comunidad científica –y más concretamente los pediatras, los psiquiatras y

¹²⁷ STC N° 01817-2009-PHC/TC. Fund. 19

¹²⁸ *Amicus Curiae* Presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo e hijas contra el Estado de Chile (Caso 12.502) por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo; IUS- Revista de Investigación de la Facultad de Derecho, p. 14. En:

<http://intranet.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/12/Ang%C3%A9lica-Burga-Amicus-Curiae-Presentado-ante-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-en-el-Caso-Atala-Riffo-e-hijas-contra-el-Estado-de-Chile.pdf>

¹²⁹ Idem.

psicólogos— está dividida en cuanto a las posibles consecuencias de la acogida de un niño por un padre o padres homosexuales, teniendo en cuenta en particular el número restringido de estudios científicos realizados hasta ahora sobre la cuestión. A ello se añaden las profundas divergencias de la opinión pública nacional e internacional, (...),.. En estas condiciones, las autoridades internas (...), [tienen] como límite el interés de los niños...”¹³⁰

En este sentido, el límite para las decisiones que involucren sopesar el interés de los adultos (en este caso, el requerimiento de que legalmente se reconozca las uniones entre personas del mismo sexo) frente al interés de los niños (que supone brindarle las condiciones más adecuadas – en un entorno familiar – para su desarrollo integral), prevalecerá siempre, el interés del niño. Más aún, si la legislación se elabora por la pretensión de una minoría de la sociedad que en nada afecta positivamente al interés general o al bien común.

Finalmente, si pese a lo señalado en este apartado, aún se quisiera legislar sobre este tema, en cumplimiento de lo dispuesto por las normas internacionales, el Estado peruano debería acreditar que, al hacerlo, ha tenido en cuenta explícitamente el principio de protección al interés superior del niño. Es decir, debería explicar cómo se ha respetado este derecho en la legislación creada: qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos¹³¹.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

- Los argumentos aquí expresados tienen su raigambre en el ordenamiento jurídico peruano e internacional vigente. Éstos a su vez se amparan en principios constitucionales que reconocer el matrimonio y la familia como instituciones naturales dignas de protección por parte del Estado.
- El derecho no regula afectos. Esto significa que las relaciones afectivas o sentimentales entre los sujetos son irrelevantes o mejor, no obligan a legislar al

¹³⁰ Caso *Fretté* contra Francia. Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. 26 febrero 2002.

Fundamento 42. Criterio similar desarrolló la Corte Europea al negar al padre transexual su recurso sobre la custodia en el Caso *Alexia Pardo* contra España. Caso N° 35159/09 del 30 de noviembre de 2010. “Dos padres del mismo sexo no pueden ofrecer a un hijo la acogida que necesita, con toda la riqueza de lo masculino y femenino y la importancia de ambos referentes para una conformación sana de su identidad” Cfr. PERRIAUX DE VIDELA, Josefina, Op. Cit. p.34.

¹³¹ Convención sobre los Derechos del Niño. ONU (1989). Cfr. Art. 3°: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Véanse también las observaciones generales aprobadas por el Comité de los derechos del Niño, especialmente, la OG N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Estado para buscar una supuesta protección o reconocimiento. El derecho regula y protege instituciones – matrimonio y familia – que por sus fines aseguran la existencia de la sociedad. Pretender lo contrario es forzar al derecho a inmiscuirse en el ámbito más íntimo de la persona, que a efectos de la intervención del Estado se hace irreductible.

- No se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento el “derecho al matrimonio”, por tanto, su regulación no es producto de la voluntad de quienes piensan que pueden disponer de él o darle protección legal a sus relaciones afectivas. El derecho a contraer matrimonio, si bien no tiene protección constitucional directa, la tiene porque forma parte del derecho al libre desarrollo de la persona. Cada uno de nosotros es libre de contraer matrimonio cumpliendo los requisitos que la institución exige.
- El matrimonio es anterior al Estado, por tanto, este no lo crea ni modifica basado únicamente en las convenciones sociales o en presiones de las minorías. Se regula el matrimonio en tanto que, como institución garantiza el desarrollo de la sociedad ya que a través del mismo se constituyen naturalmente la familia.
- No se puede pretender que, bajo un nombre distinto, se pretenda regular un pretendido matrimonio entre personas del mismo sexo.
- Consideramos que si lo realmente querido es la regulación patrimonial en las relaciones entre personas del mismo sexo para asegurar su bienestar y estabilidad financiera, ésta puede lograrse en la esfera del derecho civil patrimonial, no hace falta elevarla al nivel de ninguna figura jurídica en especial, es contrario a derecho equipararlo a matrimonio y totalmente innecesario exigir el cambio de su estado civil.
- Finalmente, se ha comprobado que el propio ordenamiento jurídico contiene ya las instituciones jurídicas y mecanismos privados y públicos para garantizar el ejercicio de los derechos patrimoniales que se vienen solicitando. Y si hubiese alguna deficiencia normativa, será más sencillo establecer las disposiciones legales específicas para salvar estas diferencias, que pretender desnaturalizar una institución social, vaciarla de contenido, únicamente por fines personales o afectivos.

VI. ANEXO N° 01

“Cuadro comparativo sobre la protección de derecho entre el matrimonio, las uniones de hecho y las uniones civiles homosexuales”

CRITERIO	MATRIMONIO	UNIÓN CIVIL HOMOSEXUAL	UNIÓN DE HECHO
NORMAS ANALIZADAS	<ul style="list-style-type: none"> – Constitución Política del Perú de 1993 (CPP) – Código Civil de 1984 (CC) 	<ul style="list-style-type: none"> – Proyecto de Ley 2647, proyecto de ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo. 	<ul style="list-style-type: none"> – Constitución Política del Perú de 1993 (CPP) – Código Civil de 1984. (CC) – Ley N° 26662. – Ley N° 29560. – Ley N° 30007.
DEFINICIÓN	<p>Art. 234 “El matrimonio es la <u>unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada</u> con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.”</p>	<p>Art. 1 “La unión civil no matrimonial es la <u>unión voluntaria conformada por dos personas del mismo sexo</u> con el fin de establecer y garantizar derechos y deberes el uno para con el otro (...)”</p>	<p>Art. 5 de la CPP “La <u>unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial</u>, que forman un hogar de hecho (...)”</p> <p>Art. 326 del CC. “La <u>unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer</u>, libres de impedimento matrimonial, <u>para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio</u>, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, <u>siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.</u>”</p>
FORMALIDAD DE LA CELEBRACIÓN	<p>Art. 259 y ss. “El <u>matrimonio se celebra en la municipalidad, públicamente, ante el alcalde que ha recibido la declaración,</u></p>	<p>Art. 1 “(...) Para ello <u>se inscribe la declaración de unión civil no matrimonial en el Registro Personal de los Registros Civiles</u> debiendo los integrantes tener domicilio legal en el Perú, por lo menos dos años de anterioridad a la fecha que solicitan la inscripción”</p>	<p>Art. 1° de la Ley N° 29560 Los interesados <u>pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario</u> para tramitar según corresponda los siguientes asuntos: (...) 8. <u>Reconocimiento de unión de hecho.</u> (...)”</p>

	<p><u>compareciendo los contrayentes en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar.</u> El alcalde, después de leer los artículos 287, 288, 289, 290, 418 y 419, preguntara a cada uno de los pretendientes si persisten en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, <u>extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos.</u>”</p>	<p>Art. 2 <u>Procede la inscripción de las uniones civiles no matrimoniales</u> entre personas del mismo sexo, <u>cuando lo hayan solicitado voluntariamente ante el Registro Civil,</u> quien verificando lo dispuesto en el artículo 1 de la presente ley, <u>mandará a publicar un extracto de la solicitud de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 26662.</u> Transcurrido quince (15) días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición, <u>se extiende la declaración del reconocimiento de la unión civil entre los solicitantes.</u> (...)</p> <p>Art. 3 Para el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1°, a efectos de proceder a la inscripción civil, <u>se requerirá la presencia de (2) testigos, los que la acreditarán fehacientemente, la libre expresión de voluntad de los solicitantes.</u></p> <p>Además de estas referencias, el Proyecto de Ley 2647 no hace mayores indicaciones al respecto; sin embargo, en varias ocasiones se hace reseña al momento de la “celebración” de la unión civil no matrimonial. Cfr. Art. 4 literal b numeral 6, Art. 6 literal h y k, Art. 7 (primer párrafo).</p>	<p>Art. 46° de la Ley N° 29560 La solicitud debe incluir lo siguiente: (...) 6. <u>Declaración de dos (2) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (2) años continuos o más.</u> 7. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (2) años continuos.</p> <p>Art. 47° de la Ley N° 29560 El notario <u>manda a publicar un extracto de la solicitud</u> de conformidad con lo establecido en el artículo 13.</p> <p>Art. 48° de la Ley N° 29560 Transcurridos quince (15) días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición, el notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes.</p> <p>Art. 49° de la Ley N° 29560 Inscripción de la declaración de unión de hecho.- Cumplido el trámite indicado en el artículo 48, el notario remite partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes.</p>
<p>PARENTESCO</p>	<p>Art. 237 “El matrimonio produce <u>parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos</u> del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de</p>	<p>Art. 4 Literal b “Los integrantes de la unión civil no matrimonial tienen derecho a: (...) b. Los compañeros civiles recibirán el mismo tratamiento y tendrán <u>los mismos derechos que un</u></p>	<p>No regulado, pero al ser las uniones de hecho asimiladas al matrimonio se entiende la aplicación del art. 237 del CC.</p>

	parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. (...)”	<u>pariente de primer grado</u> en los siguientes casos (...)	
SOCIEDAD DE GANANCIALES	<p>Art. 295 Antes de la celebración del matrimonio, <u>los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios</u>, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. (...) <u>Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal.</u> A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.</p>	<p>Art. 4 Literal a Los integrantes de la unión civil no matrimonial <u>tienen derecho a: a. Formar sociedad de gananciales a partir del momento en que se inscribe la declaración</u>, salvo pacto expreso en contrario, en cuyo caso, se registra la separación de patrimonios ante notario y se agrega en el registro en el momento de la celebración de la unión civil no matrimonial.</p>	<p>Art. 5 de la CPP “[La Unión de Hecho] (...) <u>da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales</u> en cuanto sea aplicable.”</p>

