



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,
PARA A OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de
Investigación – RENATI. Resolución del Consejo Directivo de
SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: **TORRE RUBINA YAMIRA LEISLIE**

Código de alumno: **2007.1273.8.AB**

Correo electrónico: yami_tr@hotmail.com

Teléfono: **976809525**

DNI O Extranjería: **41427385**

2. Modalidad de trabajo de investigación:

Trabajo de investigación

Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

3. Título Profesional:

Bachiller

Título

Segunda especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

**LA INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL POR OMISIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 326 DEL
CÓDIGO CIVIL Y LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO**

5. Facultad de:

6. Escuela, Carrera o Programa: Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: **ROBLES TREJO LUIS WILFREDO**

Teléfono: **943631567**

Correo electrónico: llrobles@hotmail.com

DNI o Extranjería: **31658643**

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma: 

D.N.I.: **41427385**

FECHA: **26/08/2019**



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**LA INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL POR OMISIÓN
LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 326 DEL CÓDIGO CIVIL Y
LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO**

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención en Derecho Civil y Comercial

YAMIRA LEISLIE TORRE RUBINA

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2019

Nº. Registro: T0702

MIEMBROS DEL JURADO

Magister Víctor Efraín Flores Leiva

Presidente

Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza

Secretario

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

- A Dios por bendecirme e iluminarme día a día
- A la EPG de la UNASAM por haber permitido concretizar un anhelo personal.
- A los docentes y compañeros de la maestría por haber compartidos momentos agradables.
- A mi asesor de Tesis, por sus aportes y apoyo en esta tarea de investigación.

DEDICATORIA

A mi familia, esposo e hija con eterna gratitud
y ternura.

ÍNDICE

	Página
Resumen.....	viii
Abstract.....	ix
I. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Objetivos.....	8
1.2. Hipótesis.....	8
1.3. Variables.....	9
II. MARCO TEÓRICO.....	10
2.1. Antecedentes.....	10
2.2. Bases teóricas.....	12
2.2.1. El neoconstitucionalismo como nuevo paradigma jurídico para explicar los nuevos problemas del derecho contemporáneo.....	12
2.2.2. La inconstitucionalidad por omisión.....	24
2.2.3. El matrimonio y la familia.....	33
2.2.4. La unión de hecho.....	42
2.3. Definición de términos.....	53
III. METODOLOGÍA.....	56
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	56
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....	58
- Población.....	58
- Muestra.....	59
3.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....	59

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	60
IV. RESULTADOS.....	62
V. DISCUSIÓN	91
VI. CONCLUSIONES	115
VII. RECOMENDACIONES	117
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118
ANEXO	

RESUMEN

La presente investigación tuvo por finalidad determinar los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales para justificar la inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa del artículo 326° del código civil en relación a las parejas del mismo sexo. Para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático y por su naturaleza fue cualitativa; empleándose la técnica documental y análisis de contenido para la elaboración del marco teórico y la discusión; la técnica del análisis cualitativo para el análisis de datos y la argumentación jurídica, como método para validar la hipótesis y logro de los objetivos de la investigación.

Como resultado obtuvimos que conforme está regulado el Artículo 326° del Código Civil existe una inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa, precisando que en la actualidad las omisiones legislativas sin lugar a dudas actúan como mecanismo de control de la constitucionalidad ya sea en un sistema abstracto o concreto, sin embargo presentan diversos matices y variables.

Finalmente, arribamos a la conclusión que el reconocimiento de las parejas homosexuales o unión civil no matrimonial defiende el derecho a la igualdad en su relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad; donde ambos son piezas esenciales de la estructura que soporta el reconocimiento y la práctica de los derechos fundamentales y, por lo tanto, son valores protegidos por Estado Constitucional

Palabras Clave: Principio de igualdad, derecho al libre desarrollo de la personalidad, inconstitucionalidad parcial, matrimonio homosexual, código civil.

ABSTRACT

The purpose of the present investigation was to determine the dogmatic and jurisprudential grounds to justify partial unconstitutionality due to legislative omission of article 326 of the civil code in relation to same-sex couples. For which a legal research of dogmatic type was carried out and by its nature it was qualitative; using the documentary technique and content analysis for the elaboration of the theoretical framework and the discussion; the technique of qualitative analysis for data analysis and legal argumentation, as a method to validate the hypothesis and achieve the objectives of the research.

As a result, we obtained that pursuant to Article 326 of the Civil Code, there is a partial unconstitutionality due to legislative omission, stating that currently the legislative omissions without a doubt act as a mechanism to control constitutionality, whether in an abstract or concrete system, however, they have different nuances and variables.

Finally, we arrive at the conclusion that the recognition of homosexual couples or non-marital civil union defends the right to equality in its relation to the right to the free development of the personality; where both are essential pieces of the structure that supports the recognition and practice of fundamental rights and, therefore, are values protected by the Constitutional State

Key words: Principle of equality, right to the free development of the personality, partial unconstitutionality, homosexual marriage, civil code.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, pese a tratarse de una población con alto grado de vulnerabilidad, no existe un marco normativo ni políticas públicas a favor de la población LGBTI. Ello ha sido reconocido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que en su último informe periódico ha instado al Estado Peruano a «establecer clara y oficialmente que no tolera ninguna forma de estigmatización social de la homosexualidad, la bisexualidad o transexualidad, o la discriminación o la violencia contra personas por su orientación sexual o identidad de género». Igualmente señala que nuestro país «debería modificar su legislación con el fin de prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género».¹

La situación de discriminación también ha sido reconocida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU,² refiriéndose al Perú, advirtiendo la inexistencia de legislación específica en favor de la comunidad LGBTI, por lo que ha señalado su especial preocupación ante la posibilidad de que estos sean víctimas de actos de discriminación en el empleo, la vivienda, el acceso a la educación y la atención de la salud.³

¹ Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales del quinto informe periódico del Perú, adoptado por el Comité en su sesión 107. 29 de abril de 2013. En: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/10/PER%C3%9A-Observaciones-finales-Comit%C3%A9-de-DerechosHumanos-2013.pdf>

² Información tomada de: Informe Alternativo de la sociedad civil peruana sobre la aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Febrero, 2013. En: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/CCPR%20_CNDDHH_Peru107.pdf

³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales a los informes periódicos combinados segundo a cuarto presentados por el Perú, respecto a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 30 de mayo de 2012 (E/C.12/PER/CO/2-4).

Frente a lo señalado por los mencionados organismos internacionales, en efecto, el Estado peruano no cuenta con datos oficiales sobre la situación de la población LGBTI. Incluso, en el último Censo Nacional de Población y Vivienda del 2013, se generó una polémica porque en el protocolo de empadronamiento se indicaba que, en caso de encontrar una pareja homosexual, el empadronador debía «registrar a una persona como jefe del hogar» y a la otra persona como «no pariente»,⁴ lo que significa, en los hechos, invisibilizar esta realidad.

Las únicas fuentes de datos accesibles corresponden a las formuladas por organizaciones civiles que promueven los derechos de esta población, entre ellos: el Movimiento Homosexual de Lima (Mhol), la organización Demus - Estudio para la defensa de los derechos de la mujer, el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), Lesbianas Independientes, Feministas y Socialistas —Lifts y el Observatorio de Derechos Humanos LGTB y VIH/sida.⁵

De otro lado, el Informe anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2012, «Sin igualdad no hay Justicia», elaborado por la Red Peruana TLGB y el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX),⁶ citando un estudio del Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú, señala que el 25.6% de la población general encuestada refiere que «no le gustaría tener de

⁴ <http://peru21.pe/actualidad/inei-desata-polemica-no-incluir-parejas-homosexuales-censo-213978>

⁵ <http://www.observatorio-diversidad.org/>

⁶ Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Informe Anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2012. Lima, mayo de 2013. 79 pp.

vecinos a personas homosexuales», cifra solo por debajo de «drogadictos», «personas con antecedentes penales» y «personas que beben mucho». De igual modo, en materia de seguridad ciudadana, la «erradicación de homosexuales» sigue siendo una meta de algunos gobiernos locales. Asimismo, se percibe al serenazgo, a la Policía Nacional del Perú y a los centros educativos públicos como las instituciones que muestran «nada de respeto y poco respeto» a la población LGBTI.

Todos estos datos reflejan un alto nivel de estigmatización que dificulta gravemente el ejercicio de los derechos de esta población y que requiere de una actuación especial desde el Estado para superarla.

En consecuencia, en las últimas décadas las discusiones constitucionales y legislativas han abordado uno de los temas pendientes en materia de igualdad: el reconocimiento y protección jurídica en las parejas del mismo sexo. En estas discusiones y reformas, existen dos líneas discursivas que promueven este reconocimiento. La primera, a la que llamaremos protección igualitaria, y que otros denominan “asimilacionista”, que incorpora expresamente a las parejas del mismo sexo en las figuras de protección ya existentes para parejas heterosexuales; y, la segunda, que establece regulaciones especiales que determinan distintos regímenes de protección para parejas del mismo sexo.

Estas discusiones y decisiones sobre si garantizar a las parejas del mismo sexo de protección jurídica o no ha tenido lugar tanto a nivel legislativo como en el ámbito judicial. En el ámbito legislativo y constitucional, en América Latina, tenemos a Ecuador (2008) que otorgó rango constitucional a las uniones de hecho de parejas del mismo sexo, con algunas restricciones respecto a la adopción.

Seguidamente, Argentina (2010), México D.F. (2010) y Uruguay (2013), a través de reformas legislativas, establecieron igualdad jurídica para las parejas del mismo sexo, habilitando el derecho a la celebración del matrimonio.

Estas reformas legislativas han caminado en la línea de asimilar la protección para las parejas del mismo sexo a las figuras de protección existentes para parejas de sexo distinto. Por otro lado, el Parlamento chileno (2015), aprobó la unión civil para parejas del mismo sexo, creando así una figura especial de protección patrimonial y personal para estas parejas.

En los escenarios judiciales, la disputa por la igualdad también ha tenido particular protagonismo, claros ejemplos son México, Brasil, Argentina y un caso paradigmático, el de Colombia, en el que la Corte Constitucional colombiana a través de decisiones judiciales progresivas en la Sentencia C-075 del 2007 declararían constitucional las uniones de hecho de parejas homosexuales, mediante Sentencia C-577 del 2011, la Corte estableció que respecto al matrimonio civil existía un déficit de protección jurídica para parejas del mismo sexo, exhortando al Congreso de la República colombiana legislar al respecto en un plazo de 2 años, dentro de los parámetros establecidos por su decisión, y que concluido ese plazo las parejas del mismo sexo podrían acudir ante notarios y jueces a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

En el Perú, el debate público respecto a la igualdad legal de las parejas del mismo sexo es reciente. En el ámbito legislativo, podríamos decir que tímidamente los intentos de reformas iniciaron en el año 2003, con el Proyecto de Ley N° 80.1 presentado por la congresista Martha Moyano que propuso un registro de uniones

de hecho extendía a parejas del mismo sexo, el Proyecto de Ley N° 4181-2010/CR en el año 2013 el Proyecto de Ley N° 2647-2013/CR, que proponía la Unión Civil No Matrimonial para parejas del mismo sexo.

Esta última propuesta fue la que de manera más audaz y retadora pusiera en manos del legislativo la posibilidad de establecer deberes y derechos personales y patrimoniales derivados de las uniones voluntarias de personas del mismo sexo. Sin embargo, dicho proyecto fracasó en el debate legislativo archivándose definitivamente en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el 15 de abril de 2015, debido a una fuerte oposición religiosa instalada en el legislativo.

A nivel judicial, el debate sobre la igualdad para las parejas del mismo sexo se instala por primera vez en el fuero judicial el 12 de noviembre 2015, fecha en que el ciudadano Armando Zorrilla interpuso una demanda solicitando que, al amparo del derecho a la igualdad y no discriminación, se reconozca jurídicamente su unión de hecho sostenida con Alejandro Grieve por un periodo ininterrumpido de 26 años, convivencia que culminó con la muerte de Grieve, tras la cual Armando quedó en absoluto desamparo jurídico.

Este caso plantea al sistema judicial uno de los retos constitucionales más importantes de nuestra historia. Los jueces tienen en sus manos la posibilidad de garantizar los derechos de estas uniones para quienes el legislativo no ha establecido ningún tipo de regulación, apelando al principio-derecho a la igualdad y no discriminación (art. 2.2 de la Constitución), al derecho- principio de la dignidad de la persona (art. 1 de la Constitución) y a una interpretación conforme con estos del

artículo 5 del mismo texto, que regula las uniones de hecho. Muchas preguntas de carácter legal y constitucional se plantearán alrededor de este caso.

En dicho contexto se han formulado los siguientes problemas: **General:** ¿Cuáles son los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales para justificar la inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa del artículo 326 del código civil en relación a las parejas del mismo sexo? y **específicos:** ¿Es constitucionalmente válido sostener que la Constitución excluye de su protección a las parejas del mismo sexo?; ¿A qué se debe la invalidez constitucional de la unión de hecho restringida para las parejas de sexo distinto?; ¿Cuáles son los parámetros constitucionales y jurisprudenciales para justificar la inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa del artículo 326 del código civil en relación a las parejas del mismo sexo?; ¿Se justifica que en un Estado constitucional sean los jueces los llamados a remediar las omisiones del legislador?

Respecto a la estructura del informe final, elaborado en base a los lineamientos u reglamentos de la EPG de la UASAM comprende los siguientes ítems:

La introducción que explica la importancia de la investigación y algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos.

Luego se desarrolla el **marco teórico**, que comprendió el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justificaron el

problema de investigación y por otro lado dar sustento y justificación al trabajo de investigación, enfocados en los fundamentos teóricos doctrinales.

Asimismo, comprendió el desarrollo de la **metodología**, que involucro: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de investigación, empleándose los métodos y técnicas de la investigación cualitativa y dogmática jurídica.

En seguidamente, se presentan los resultados, por la naturaleza de la investigación relacionado a los aspectos doctrinales, normativos y jurisprudenciales, y determinar las posiciones dogmáticas sobre el problema, los alcances y limitaciones de la regulación normativa y los argumentos jurisprudenciales sobre el problema de investigación planteado.

Luego se procedió a la discusión, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, los cuestionamientos a las bases teóricas, los problemas en la aplicación, los criterios y razonamientos jurídicos; la validez de las teóricas. Por último se incluyen, finalmente las conclusiones al que se han arribado, las recomendaciones del caso, y las referencias bibliográficas citadas y consultadas en el proceso de investigación.

1.1. Objetivos

Objetivo general

Determinar los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales para justificar la inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa del artículo 326 del código civil en relación a las parejas del mismo sexo en las uniones de hecho.

Objetivos específicos

- a) Explicar si es constitucionalmente válido sostener que la Constitución excluye de su protección a las parejas del mismo sexo en las uniones de hecho.
- b) Analizar a qué se debe la invalidez constitucional de la unión de hecho restringida para las parejas de sexo distinto o de parejas homosexuales.
- c) Describir los parámetros constitucionales y jurisprudenciales para justificar la inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa del artículo 326 del código civil en relación a las parejas del mismo sexo.
- d) Establecer si se justifica que en un Estado constitucional de Derecho sean los jueces los llamados a remediar mediante sus sentencias las omisiones del legislador.

1.2. Hipótesis

El reconocimiento del principio de dignidad, igualdad, y los criterios jurisprudenciales sobre discriminación por orientación sexual constituyen los fundamentos para justificar la inconstitucionalidad parcial de la regulación del

artículo 326 del Código Civil peruano por discriminación por orientación sexual a las parejas del mismo sexo, no existiendo ninguna justificación razonable dentro de un Estado Constitucional para establecer dicha diferencia y desprotección.

1.3. Variables

Variable Independiente:

(X1): Inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa

(X2) Código civil

Variable Dependiente:

(Y): Las parejas del mismo sexo

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Efectuado la búsqueda de los antecedentes de investigación se han podido encontrar los siguientes trabajos:

MEDINA S. Graciela (2001), titulado: “Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio”, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, quien concluye que el ordenamiento jurídico no puede ignorar la existencia de uniones de hecho homosexuales; las relaciones sexuales de dos personas libres y capaces, que no ofenden la moral pública, integran el ámbito de su privacidad y toda constitución democrática obliga su respeto y la posición del Derecho frente a las uniones que tienen como cohabitación homosexual pública y esta debe de ser la de respeto, reconocimiento y diferenciación.

MONTIEL CORTES, José (2012), titulado “La violación de los derechos humanos de las personas homosexuales para contraer matrimonio en e l estado de Yucatán”, investigación para optar el título de Licenciado en Derecho por el Centro Educativo José Dolores Rodríguez Tamayo, Yucatán- México, quien concluye que el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo, en todo el territorio mexicano, es muy polémico, y sobre todo en el Estado de Yucatán, sin embargo es un hecho que se está dando cada vez con mayor frecuencia en diferentes partes de las sociedades del mundo entero y los matrimonios entre personas del mismo sexo, debe ser reconocido por las leyes locales pues, en el Distrito Federal estos ya tienen pleno reconocimiento y no solo ahí sino que los Ministros de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación les dieron valor para que estos matrimonios sean y obtengan todo el reconocimiento en los demás Estados de la República mexicana, incluido el Estado de Yucatán.

CÁRDENAS MANQUEMILLALA, Dora Alejandra (2012). “Evolución del concepto de familia, su protección en el ordenamiento jurídico chileno y relación con el derecho de igualdad”. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valdivia – Chile. La familia ha tenido una evolución dentro de la sociedad, la cual no ha sido recogida por el ordenamiento jurídico chileno, dando una protección fragmentaria a la misma, en este sentido no contamos con un concepto de familia en nuestro ordenamiento y al regular los distintos tipos de familias se otorgan diversos derechos a cada uno de sus miembros. La regulación fragmentaria implica que existen diversos tipos de familia que no cuentan con una protección legislativa, lo que vulnera al derecho de igualdad, que está recogido en la Constitución Política de la República de Chile, puesto que éste derecho permite hacer diferencias, pero prohíbe absolutamente la discriminación arbitraria que se ha producido en la regulación de la familia en nuestro país, lo que se ha intentado corregir a través del proyecto de acuerdo de vida en pareja. La regulación disímil se refleja, por ejemplo, al analizar el Derecho Civil donde se protege mayormente la familia matrimonial. En Seguridad Social, se pasa de proteger sólo a la cónyuge y los hijos, a amparar a todos los miembros de la familia reconocidos en la Ficha de Protección Social, tengan estos un vínculo jurídico o no y por último en materia Penal, existe una tendencia a la protección de manera amplia de la familia, incluyendo al conviviente y a los que han tenido una relación de convivencia.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. El neoconstitucionalismo como nuevo paradigma jurídico para explicar los nuevos problemas del derecho contemporáneo

Como punto de partida, se debe determinar si para entender, explicar, enseñar, en definitiva, dar cuenta de los nuevos fenómenos jurídicos, hay que proceder a una revisión o no del «paradigma» teórico que se formó en torno a la idea de «imperio de la ley», de la «soberanía del parlamento», «método subsuntivo».

La disputa versa, en definitiva, sobre si los cambios que supone la constitucionalización del orden jurídico son meramente cuantitativos (de grado), en cuyo caso no hace falta formular un nuevo paradigma teórico; o si, por el contrario, se trata de cambios verdaderamente cualitativos que exigen una revisión profunda de los esquemas teóricos con los que se aprehenden y transmiten los fenómenos jurídicos. Prescindiendo de muchos detalles, a los primeros, es decir, a los que afirman la continuidad del paradigma, se les puede llamar positivistas o partidarios del paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como «imperio de la ley»; y a los segundos, a los que afirman la necesidad de la revisión de dicho paradigma, postpositivistas, neoconstitucionalista o partidarios de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como Estado constitucional.⁷

⁷ AGUILÓ, Josep. (2007). “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas en pocas palabras”. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30, Alicante, p. 268.

Por ello consideramos que, si existe la necesidad de justificar, aclarar, redefinir el conjunto de conceptos con los que se arma (se construye) la imagen del Derecho, ello encuentra sustento en el paradigma postpositivista o neoconstitucionalista que se constituye como el nuevo paradigma jurídico, frente a la crisis del positivismo jurídico. En esa línea de pensamiento Sánchez expresa que: “[h]oy en día hay un cierto consenso académico en hablar del fin del ciclo positivista, debiéndose entender que entramos a un periodo que por ahora vienen llamando flexiblemente como postpositivista”.⁸

Por lo que, como afirma el profesor español Prieto Sanchís: “el neoconstitucionalismo o el constitucionalismo contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica” (2003: 101), los mismos que puede ser compartidos al mismo tiempo por la gran mayoría de teóricos legales y filósofos del derecho de la actualidad (Dworkin, Alexy, Aguiló, Puzzolo, Nino, Carbonell, Ferrajoli, y, que han convertido al neoconstitucionalismo en el paradigma jurídico para poder explicar los fenómenos jurídicos de derecho contemporáneo⁹.

Así, sobre su orígenes y característica Miguel Carbonell expresa que “Se entiende básicamente por neoconstitucionalismo a la teoría constitucional que surgió tras la segunda guerra mundial (...) caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de

⁸ SÁNCHEZ, Luis. (2011). Después del positivismo. Re-sustantivando el Derecho. México: Fontamara, p. 8.

⁹ ROBLES TREJO, Luis. et al. (2016). El paradigma jurídico neoconstitucionalista en la configuración del Estado Constitucional: El caso peruano según la Constitución de 1993. Lima: Ffecaat, p. 34.

ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos”.¹⁰

Ahora, respecto a la valoración del neoconstitucionalismo Paolo Comnaducci expresa que esta posea dos dimensiones, en los siguientes términos: “(...) el doble significado vehiculado por los términos "constitucionalismo" y "neoconstitucionalismo", designan, en una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción designan, en cambio, algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el neoconstitucionalismo como ideología. En esta segunda acepción (...) designan un modelo constitucional. O sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales (...) que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.”¹¹ (2009: 75).

Y sobre el sentido actual del neoconstitucionalismo en la cultura jurídica actual o contemporánea Ricardo Guastini precisa que: “El neoconstitucionalismo o el constitucionalismo contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica, los mismos que puede ser compartidos al mismo tiempo por la gran mayoría de teóricos legales y filósofos del derecho de la actualidad...”¹²

En consecuencia, debemos entender al neoconstitucionalismo como aquella teoría jurídica contemporánea, que se origina en la incompatibilidad o insuficiencia

¹⁰ CARBONELL, Miguel (2007). “El Neoconstitucionalismo en su Laberinto” En: Carbonell, M. (Editor). Teoría del Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, pp. 9-10.

¹¹ COMANDUCCI, Paolo (2009). “Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico”. En: Carbonell, M. (Compilador). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, p. 75.

¹² GUASTINI, Ricardo. (2010). Interpretación, Estado y Constitución, Lima: ARA Editores, p. 56.

del positivismo jurídico para explicar los fenómenos jurídicos de la “nueva realidad del Estado constitucional”, la cual se nutre de valores y principios de naturaleza moral, estableciéndose en consecuencia una conexión necesaria entre derecho y moral; le otorga a la constitución una fuerza normativa y vinculante, el cual goza de una protección jurisdiccional.

Así, el surgimiento del neoconstitucionalismo o si se quiere del Estado constitucional, supone pues diferencias claras con el modelo anterior, que se ha dado en llamar Estado legislativo; estas diferencias se pueden observar, como lo dice Patricia Lopera, a partir del análisis de los elementos característicos del Estado de derecho, vale decir, reconocimiento de derechos, separación de poderes, principio de legalidad y control judicial, así¹³:

a.- Reconocimiento de derechos: los derechos mantenían una relación de dependencia con la ley, de tal manera que su consagración legal se presentaba como condición necesaria para su reconocimiento, ejercicio y eficacia; en el Estado constitucional los derechos “cobran autonomía respecto de la ley y pasan a tener fundamentación constitucional, convirtiéndose así en parámetro de control de ley”. Es decir, no se creía que la Constitución fuera una norma jurídica directamente aplicable en los casos concretos, sino un simple sistema de fuentes, situación que difiere de lo acontecido con el texto constitucionales contemporáneos (España 1978, Colombia 1991, Perú 1993, Argentina 2004 etc.) en el cual se atribuye “una particular fuerza jurídica” a los derechos fundamentales o humanos, lo que implica

¹³ LOPERA, Patricia. (2004). “La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados”. Cuadernos de investigación Universidad EAFIT, Medellín. Disponible en: publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/article/.../1325/1196/

la “vocación de aplicación judicial” del texto constitucional y la “protección judicial de la constitución”.

Retomando a Prieto Sanchís, este autor diría que se incorpora el modelo de Constitución normativa, entendiendo por tal a aquella que “(...) además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho –que son dos aspectos de una misma realidad-, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles”.¹⁴

b.- Separación de poderes: entendiendo que, en el esquema del Estado legislativo, de facto se presenta un estado de separación simplemente formal que impide el adecuado control recíproco de los órganos de poder; en el Estado constitucional se mira la forma clásica del sistema de “frenos y contrapesos”, impidiendo la tradicional subordinación de las ramas del poder público a una de ellas.

c.- Principio de legalidad: identificado “con el imperio de la ley en el sistema de fuentes, su carácter vinculante para los demás poderes públicos y la reserva de ley como garantía de los Derechos de los ciudadanos”¹⁵.

En el Estado constitucional se sustituye el tradicional “imperio de la ley” por la supremacía constitucional, la que lleva a: i) que la normatividad tenga que sujetarse a la Constitución, huelga decir, tanto en su proceso de producción como en su interpretación, la que, en consecuencia, se desarrolla mediante procedimientos

¹⁴ PRIETO, Luis. (2002). Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra. P. 116.

¹⁵ LOPERA, Patricia. (2004). Ob. cit. p. 22

de “interpretación conforme” y ii) que toda la normatividad tiene que desarrollar la Constitución. Robert Alexy diría: “La Constitución ya no es sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y el de Estado de Derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico”.

Retomando una vez más a Prieto Sanchís, sobre el debilitamiento de la ley en el neoconstitucionalismo manifiesta que: Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, pues se presenta un fenómeno de “desbordamiento constitucional”, que implica la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico y destaca que la remisión de los jueces a la Constitución se da de manera permanente, considerando que “es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.”¹⁶

c.- Control judicial: el que en desarrollo del Estado legislativo alcanza un opaco papel, limitado a ejercer: i) control sobre la actividad judicial, mediante el recurso de casación; ii) control sobre la actividad administrativa mediante la implantación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁷, y; iii) control formal del proceso de producción legislativa, mediante la sala constitucional de la Corte Suprema de justicia. En el Estado constitucional, se mantienen las dos primeras formas de control judicial anteriormente comentadas, pero se sustituye el tercero, pues se elimina la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia y se

¹⁶ PRIETO, Luis. (2002). Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra, p. 116.

¹⁷ LOPERA, Patricia. (2004). Ob. cit. p. 22

da paso a la Corte Constitucional, la cual no se limita a examinar el proceso formal de la expedición normativa, sino que mira además que el contenido de los actos del legislador efectivamente desarrolle la Constitución. Mediante las labores de la Corte Constitucional se garantiza la supremacía constitucional.

En consecuencia, el neoconstitucionalismo como teoría e ideología que justifica al Estado Constitucional, concordando con los planteamientos de Prieto Sanchis el Estado constitucional no puede simplemente ser entendido como aquel en el que hay una Constitución vigente y una distribución de poderes, pues de ser así, todos los estados, o casi todos lo serían, sino que debe ser entendido como aquel en el cual el texto mismo de la Constitución y su aplicación, determinan la forma en que ha de interpretarse y aplicarse el derecho, dada la existencia y reconocimiento de unos derechos fundamentales. En este sentido, no cabe duda que el Estado constitucional representa una fórmula del Estado de derecho, acaso su más cabal realización, pues si la esencia del Estado de derecho es el sometimiento del poder al derecho, sólo cuando existe una verdadera Constitución ese sometimiento comprende también al legislativo; de ahí que quepa hablar del constitucionalismo como un perfeccionamiento del Estado de derecho¹⁸.

En consecuencia, la definición más óptima de neoconstitucionalismo, a nuestro juicio, la brinda, entre varios autores, Luis Prieto Sanchís, para quien esta novísima expresión del tradicional Estado constitucional, implica, vía el Estado

¹⁸ PRIETO, Luis. (2002). Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra, p. 116 y ss.

neoconstitucional, “un cierto tipo de Estado de derecho, (...) una teoría del derecho (...) y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada”¹⁹.

En cuanto a concebirlo como un Estado de derecho, señala el autor español²⁰ que “es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales: la tradición norteamericana originaria que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política; y la de la revolución francesa, que concibe a la Constitución como un proyecto político bastante bien articulado”. Para nuestro dilecto profesor de la Universidad de la Mancha, el neoconstitucionalismo reúne elementos de las dos tradiciones: de un fuerte contenido normativo y de garantías jurisdiccionales. Entonces solemos hablar de “constituciones normativas garantizadas”.

La propuesta es sumamente interesante por cuanto la tradición norteamericana constitucional, ha sido concebir su Constitución²¹ – la misma desde el discurso original de Benjamin Franklin- como herramienta para la defensa de los derechos de los ciudadanos, y a su vez, como instrumento para la materialización de los derechos a la propiedad, la vida, la libertad, en tanto que la tradición francesa ha optado por el sentido de garantías que ofrece una Constitución. De una lectura comparativa entre las Declaraciones de Derechos de Filadelfia y sus enmiendas (1787) y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789).

¹⁹ PRIETO SANCHIS, Luis (2001). “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, p. 85.

²⁰ Ibidem.

²¹ La Constitución de Filadelfia de 1787 tiene 7 artículos originales y 27 enmiendas.

De la misma forma, como ideología que defiende una fórmula política designada, Prieto Sanchís²² señala que “puede identificarse con aquella filosofía política que considera que el Estado Constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política (...) y como modelo óptimo de Estado de Derecho”. Naturalmente no constituye el neoconstitucionalismo una panacea frente a los problemas de toda democracia, pero las herramientas del sistema permiten enfrentar, de mejor modo, de garantías judiciales.

Por último, para nuestro autor ibérico, el neoconstitucionalismo también es una teoría del derecho y es aquí donde vamos a centrar nuestros esfuerzos dada la vinculación natural respecto a nuestro tema.

Prieto Sanchís²³ indica, en este extremo, que el neoconstitucionalismo “representa la incorporación de postulados distintos y contradictorios e impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del derecho”. Efectivamente, las nuevas herramientas de interpretación que esta tradición propone- entre ellas la ponderación de intereses, el principio de proporcionalidad y la postulación de principios como mandatos de optimización- nos plantea la interrogante válida de cuánto está cambiando nuestra tradicional forma de resolver los conflictos.

Si bien antes al juez antes solo le bastaba acudir a la ley para resolver una controversia, hoy en día la evolución incesante de los derechos fundamentales en el plano de los ordenamientos jurídicos nacionales, y de los derechos humanos en la justicia supranacional, con un marcado carácter de progresividad, nos hace

²² PRIETO SANCHIS, Luis. Ob. Cit., p. 64

²³ Ibid., p. 65.

reflexionar sobre la insuficiencia de los métodos de interpretación propuestos a comienzos del siglo XIX, por Von Savigny, fundador de la Escuela histórica del derecho alemana, para la dilucidación de controversias que, en forma constante, van a implicar valorar la aplicación de principios frente a normas, e inclusive, en otros casos, van a significar la confrontación de principios unos frente a otros.

Es pertinente afirmar, con certeza, que en algún momento el intérprete, al resolver conflictos de la justicia ordinaria, aplica principios. Ello ocurre, por cierto, si el juez, al observar un vacío, se cerciora de que la ley no acude suficientemente en su ayuda para resolver el conflicto.

Sin embargo, no nos referimos simplemente a una actividad integradora de llenar las lagunas que se producen, sino a una teoría de la Constitución como actividad de integración. En este caso, los principios y sus distintas valoraciones, representan una nueva concepción de teoría del derecho, en tanto propone, sobre la base de una Constitución normativamente garantizada, producto de las tradiciones norteamericana y francesa, nuevas fuentes de derecho en cuanto herramientas de interpretación.

Pasando revista a otras acepciones sobre neoconstitucionalismo, en relación a la vinculación entre derecho y democracia, Fioravanti²⁴ señala: “La Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, una norma directiva fundamental”. Por otro lado, en la misma línea de

²⁴ FIORAVANTI, Maurizio (2000). Los derechos fundamentales. Apuntes de la teoría de las Constituciones. Madrid: Trotta, p. 133.

ideas, Ferrajoli²⁵ argumenta: “Podemos resaltar una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente un Estado Constitucional.”

En ese sentido, Zagrebelsky²⁶, señala: “el Derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho (...) La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente de Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista”. Commanduci²⁷ sostiene que: “En el neoconstitucionalismo se esconden una teoría, una ideología, y también una metodología”.

La concepción es muy similar a la de Prieto Sanchís en tanto considera una tesis triple de definición del neoconstitucionalismo. Para Bernal Pulido²⁸, en alusión al neoconstitucionalismo “los derechos de la Constitución son principios, que se aplican judicialmente, mediante su ponderación”.

Podemos inferir, a tenor de lo expuesto, una tendencia común a redefinir los criterios primigenios del Estado Constitucional, reposicionando tendencias definidas y orientadas hacia una nueva forma de entender el Derecho, a una reformulación de las premisas tradicionales en que el sistema de fuentes fue

²⁵ Cfr: FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En: CARBONELL Miguel (2003). Neoconstitucionalismos. Madrid: Editorial Trotta.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo (1995). El Derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta, p. 65.

²⁷ COMMANDUCI, Paolo (2005). “Constitucionalización y teoría del derecho”. En: Conferencia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo XLIV, Córdoba, p. 175.

²⁸ BERNAL PULIDO, Carlos (2006). “El neoconstitucionalismo a debate”. En: Temas de Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, N° 76, p. 29.

concebido. En el Estado neoconstitucional, variamos los supuestos de antaño de la forma del Estado, redefinimos la fórmula política hacia una concepción más garantista de las demandas sobre derechos fundamentales y replanteamos la forma de resolver las controversias constitucionales.

Importante es notar que no se trata de una tendencia aislada. Por el contrario, se trata de una comunidad de ideas y no simplemente de una posición solitaria en la interpretación del Derecho. Creemos que, por el principio de progresividad, esta corriente de la historia debe inclusive mejorar sus contenidos, haciéndolos inclusive más garantistas, reformando sus bases mismas para la consecución de la defensa plena de los derechos fundamentales.

En consecuencia, según el neoconstitucionalismo, todos los poderes públicos deben encontrarse sujetos a un marco normativo que los modere y limite – principios de interdicción de la arbitrariedad²⁹-. Así, el constitucionalismo defiende la idea de que la autoridad gubernamental, independientemente de que emane de una ley fundamental, debe ser controlada por leyes escritas que, a su vez, funcionen como el principio básico de la organización social del Estado.

La constitución, pues, vendría a ser ese marco normativo sobre el que se sustenta el ordenamiento jurídico de un Estado y, en este sentido, la base de la

²⁹ El Tribunal constitucional expresa al respecto que: “Al reconocerse en los artículos 3° y 43° de la Constitución Política del Perú el Estado Social y Democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo” (Cfr. Exp. N° 0090-2004-AA/TC).

pirámide normativa a la cual se deben supeditar el resto de las leyes de un país, en ese sentido los problemas que se presentan en el ordenamiento deben de ser resueltos en dicho marco y las normas deben ser interpretados en el marco de la Constitución, lo que el Tribunal Constitucional denomina interpretación acorde a la Constitución.

2.2.2. La inconstitucionalidad por omisión

2.2.2.1. La supremacía constitucional y el control de constitucionalidad

El principio de supremacía constitucional³⁰, sustento del constitucionalismo contemporáneo, supone necesariamente el control y la sanción consecuente de las infracciones a la Constitución, las que pueden originarse tanto en acciones positivas que violenten la ley fundamental como en omisiones que contraríen los preceptos que ella consagra.

La doctrina constitucional de los últimos tiempos se ha preocupado de la facultad que tendrían los Tribunales Constitucionales de intervenir frente al silencio u omisión de la autoridad, silencio que podría devenir en una inconstitucionalidad,

³⁰ Sobre la supremacía constitucional, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que a partir de la consideración de la Constitución como norma jurídica, vinculante a todo poder (político o privado) y a la totalidad de la sociedad, la supremacía constitucional en el Estado Constitucional significa que: «Una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder deviene entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.» (STC 5854-2005-AA, fto. jco. n° 3, in fine). De tal manera, «La Constitución es, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al ‘Derecho de la Constitución’, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente.» (Ibidem, ff.jj. N° 5 y 6)

si no se cumple con la obligación de normar un precepto o principio impuesto por la Constitución ya sea expresa o implícitamente.

La declaración de la inconstitucionalidad por omisión se traduce generalmente en la constatación por parte del órgano jurisdiccional de la inercia del legislador de dar cumplimiento a la obligación constitucional de dictar leyes ordinarias que desarrollen preceptos constitucionales de manera que dichos preceptos se tornan ineficaces o en las recomendaciones que frente a estas situaciones el Tribunal formula al legislador.³¹

La doctrina define la acción de inconstitucionalidad mediante la cual se solicita la declaración de inconstitucionalidad por omisión como una institución jurídica procesal por la que se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad de un órgano del poder público que ha omitido cumplir un deber concreto que la Constitución le asigna expresa o tácitamente de manera que un precepto constitucional resulta ineficaz por su falta de desarrollo, lo que produciría la vulneración constitucional³².

Para que se origine la omisión legislativa se requiere que el silencio del legislador produzca una situación contraria a la Constitución, sea que exista o no la obligación de legislar una determinada materia. La omisión se caracteriza siempre por el incumplimiento de una obligación, expresa o implícita, de desarrollar una disposición o precepto constitucional.³³

³¹ BULNES ALDUNATE, Luz (2006). “La inconstitucionalidad por omisión” en: Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Chile, p. 252.

³² Ibidem

³³ Ibidem

2.2.2.1. Concepto

De acuerdo a la vigencia del paradigma neoconstitucionalista se viene desarrollando un nuevo modelo de constitucionalismo basado en derechos y justicia, y un nuevo órgano de control constitucional con funciones y competencias plenamente definidas, entre esas novedades encontramos incorporado el control constitucional por omisión. Según Germán J. Bidart Campos, “la labor de interpretación constitucional no se reduce a desentrañar el significado de normas opuestas al texto constitucional y a eliminarlas, sino que se extiende a llenar los vacíos que por “omisión dejan a la Constitución congelada”.³⁴

En ese sentido, la inconstitucionalidad por omisión aparece ante la inacción legislativa para normar una determinada materia señalada en el texto constitucional, cuyo ejercicio pierde eficacia ante el vacío normativo, provocando con ello un vicio de inconstitucionalidad.³⁵ La omisión se evidencia si la Constitución defiere a la ley y dicha ley no se expide. Es decir, cuando se incumple una orden de legislar. El propósito de la inconstitucionalidad por omisión es lograr que la voluntad del constituyente se cumpla plenamente. La inconstitucionalidad por omisión observa los siguientes elementos³⁶:

³⁴ BIDART CAMPOS, Germán (1997). “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en BAZÁN, Víctor, (coord.). Inconstitucionalidad por omisión, Bogotá: Editorial Temis, p. 3.

³⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1995). “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en: Inconstitucionalidad por omisión, Bogotá: Editorial Temis, p. 11.

³⁶ MONROY CABRA, Gerardo (2015). “Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la corte Constitucional colombiana”, ver en: www.lrkt.lt/.../INCONSTITUCIONALIDAD%20POR%20OMISION%20EN%20]. Acceso: 11-02-2019.

- a) El mandato constitucional del deber de actuar del legislador;
- b) El deber de actuar del legislador debe ser concreto y no abstracto; y,
- c) La omisión no debe ser razonable teniendo en cuenta el tiempo que ha transcurrido para el cumplimiento del deber constitucional.

En consecuencia, esta expresión alude a una inactividad del legislador en el desempeño de la función normativa que la Constitución le atribuye, pero, como ya lo hemos dicho, no todos los silencios son constitutivos de una omisión contraria a la Constitución, sino solo aquellas jurídicamente relevantes que conllevan consecuencias normativas contrarias a la Constitución.

En este sentido, Jesús Casal excluye la inactividad en la aprobación de acuerdos y otros actos dictados en el cumplimiento de las funciones del legislativo, por lo que los silencios en actos a los cuales estaba constitucionalmente obligado, como el nombrar ciertos funcionarios, escapa de la noción que tiene de omisión legislativa inconstitucional³⁷. En ese sentido, Jesús Casal agrega que la inconstitucionalidad por omisión “... se produce cuando el legislador no observa en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no

³⁷ CASAL, Jesús (2003). “La protección de la Constitución frente a omisiones legislativas”. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Buenos Aires: Ciedla I Konrad Adenauer Stiftung, p. 51.

acorde con la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la norma suprema exigía”³⁸.

Criterio que, a diferencia de lo sostenido por autores como Hemández Valle o Ahumada³⁹, incluye dentro de la figura de la omisión, los casos en los que regule una materia en forma incompleta o deficiente, violando el principio de igualdad, lo que es valedero, porque se estaría reconociendo una inconstitucionalidad por omisión parcial, en la cual ya existe un objeto sobre el cual declarar tal inconstitucionalidad, que sería la ley dictada de forma incompleta o deficiente.

Sin embargo, José Fernández, citado por Morón Urbina, es quien sienta las características o elementos de mayor trascendencia, definiendo a la omisión inconstitucional como “... la falta de desarrollo legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que impide su eficaz aplicación”⁴⁰. A partir de esta definición, podemos establecer varios elementos que nos permitirán tener una visión más amplia de su significado y alcance.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Según Hemández Valle la omisión legislativa se suele definir como la abstención del legislador para desarrollar preceptos constitucionales. Para Ahumada, la omisión es todo tipo de abstención de disponer frente a lo prescrito según los términos de la Constitución.

⁴⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos (1999). “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional. Lima, p. 460.

2.2.2.2. Clases de omisión legislativa inconstitucional

Las omisiones legislativas se pueden clasificar según diferentes criterios, pero la doctrina las ha clasificado en dos grandes grupos a partir de lo propuesto por Wessel. Estos dos grandes grupos son⁴¹:

- **Omisiones absolutas:** En forma general se las concibe como la “pura y simple” no emisión de la norma, que implica la ausencia total del desarrollo legal de la norma constitucional. Existe una inactividad que lesiona el deber jurídico de legislar (que genera laguna) o de depurar (que mantiene situaciones jurídicas no queridas por el legislador) el ordenamiento jurídico que defraudan la voluntad soberana del pueblo.

Hernández Valle, citado por Morón Urbina, manifiesta que “... ésta se produce cuando falta todo tipo de actuación normadora, destinada a aplicar el precepto o principio constitucional. En este caso la inconstitucionalidad reside en la propia falta o insuficiencia normativa por parte del legislador para dar actuación al mandato del constituyente”⁴². Villaverde señala que son silencios totales que pueden transformarse en omisiones absolutas en la medida que conserven o generen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución.

- **Omisiones relativas:** Se dan cuando el legislador al normar cierto instituto, en ejercicio de su potestad normativa, excluye supuestos o relaciones que no debían ser omitidos en atención al principio de igualdad. Este tipo de omisión

⁴¹ ANDRÉS PARRA, Diego (2005). “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Perspectivas del problema”. En: FORO Revista de Derecho, No. 4, Quito: UASB-Ecuador / CEN, pp. 81-82.

⁴² MORÓN URBINA, Juan Carlos (1999). Ob. cit., p. 468.

surge a posteriori de la regulación normativa, es decir, la norma existe pero es insuficiente, parcial, incompleta o no idónea, ya que regula unas relaciones y no otras análogas, por lo que no cubre todos los supuestos que abarca la norma constitucional, omitiendo contenidos o previsiones que el constituyente exige que el legislador desarrolle en forma integral.

2.2.2.3. Diferencias entre la omisión legislativa absoluta y relativa

Juan Carlos Morón identifica cuatro criterios de diferenciación entre estas dos clases de omisión: así tenemos, en primer lugar⁴³:

- *En cuanto a la diferencia conceptual*, esta diferencia radica en que, en la omisión absoluta, este silencio es el objeto mismo del control, mientras que en la relativa es el motivo para impugnar una norma positiva existente, existiendo una conexión material entre el silencio y el acto normativo.
- *En cuanto a los efectos del mecanismo de control*, encontramos que en la omisión absoluta hay una cierta renuencia para activar la intervención represiva con carácter general, por el hecho de la separación de poderes, siendo su único mecanismo de presión la opinión pública; en cambio, en la omisión relativa hay espacios más amplios para la actuación del intérprete de la norma incompleta, siendo factible acudir a los instrumentos tradicionales de control constitucional, como ocurre cuando se suprime el precepto legal o parte de él, para hacer extensible el beneficio a otras persona, o simplemente extendiendo en su sentencia el beneficio a la

⁴³ Citado por ANDRÉS PARRA, Diego (2005). “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Perspectivas del problema”. En: FORO Revista de Derecho, No. 4, Quito: UASB-Ecuador / CEN, pp. 85-86.

categoría de sujetos o casos no previstos por la ley, o también mediante una sentencia declarativa que simplemente exhorte al legislador a tomar cartas en el asunto.

- ***En cuanto a la frecuencia:*** indudablemente las omisiones absolutas son menos frecuentes que las relativas; estas últimas tienen más posibilidades de ser examinadas por la jurisdicción general en virtud de que la producción del derecho es la regla general, la inactividad legislativa es solo una excepción.
- ***En cuanto a la posibilidad de control:*** también es evidente que la posibilidad de control de las omisiones absolutas es mucho menor que el de las relativas, sobre todo basándonos en los argumentos esgrimidos en su contra en páginas anteriores; la falta de objeto procesal se constituye en el mayor problema para configurar un control jurisdiccional seguro. En las relativas la posibilidad de control es mayor y aceptado doctrinalmente, por cuanto hay un control objetivo de la norma.

Jesús Casal también hace referencia a múltiples criterios de clasificación según sus causas, de acuerdo a este criterio, las omisiones legislativas pueden ser de las siguientes clases⁴⁴:

- *Aquellas que se producen por mandatos concretos de legislar, y que suponen la falta de desarrollo legal de algún precepto constitucional dentro*

⁴⁴ Citado por ANDRÉS PARRA, Diego (2005). “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Perspectivas del problema”. En: FORO Revista de Derecho, No. 4, Quito: UASB-Ecuador / CEN, pp. 86-87.

del plazo⁴⁵ establecido por la Constitución, o dentro del plazo razonable que se pueda deducir de las circunstancias.

- *Las omisiones por violación de directrices constitucionales sobre el contenido de las leyes:* se trataría de omisiones relativas, pues no habría una absoluta dejación legislativa, sino una actuación legislativa que merece ser censurada por parcial o incompleta a la luz de lo ordenado por el precepto constitucional; así, por ejemplo, la legislación sobre los pueblos y nacionalidades indígenas sería inconstitucional si no garantiza el desarrollo de la justicia indígena.
- *Las omisiones por incumplimiento del deber de protección de los derechos constitucionales que han sido consagrados constitucionalmente,* lo que comporta la obligación del Estado de protegerlos de las amenazas y daños que puedan sufrir por la acción de los órganos del poder público o de los particulares. A estas obligaciones constitucionales se suman las internacionales en materia de derechos humanos; en estos casos la inconstitucionalidad de la ley que regule o afecte un derecho constitucional puede derivarse del incumplimiento de ese deber de protección que frecuentemente se origina en una omisión de la ley correspondiente; con esto volvemos a la discusión si la omisión en el desarrollo legislativo de los tratados internacionales puede derivar en una omisión legislativa inconstitucional.

⁴⁵ Generalmente las constituciones suelen utilizar un plazo máximo y no un término, por lo que la sanción de la ley justo antes de que ese plazo venza no es indiferente para la Constitución, aunque no pueda ser tildada de inconstitucional. CASAL, Jesús. Ob. Cit., p. 57.

- *Las omisiones por desconocimiento del reparto constitucional de competencias*, que se da cuando el reparto de competencias constitucionalmente desarrollado por una ley no reconoce la participación de ciertos órganos, por lo que este reparto es insuficiente para articular una forma más completa de distribución de competencias.
- *La omisión por vulneración del principio de igualdad*, que, como ya lo señalamos, estamos ante el caso de la omisión relativa en donde se excluye a ciertas categorías de personas o situaciones del ámbito de aplicación de un precepto, que concede algún beneficio. Esta forma de vicio ya fue concebida por la doctrina alemana con la expresión “exclusión arbitraria o discriminación de beneficio”, la cual ha sido cuestionada generalmente por sentencias de carácter declarativo de inconstitucionalidad omisiva de la ley, que remiten por entero la corrección de la inconstitucionalidad mediante sentencias aditivas o integradoras según el caso concreto.

2.2.3. El matrimonio y la familia

2.2.3.1. Generalidades

La familia como fenómeno natural tiene su origen en la unión de los sexos y como institución jurídica, en el matrimonio, que es la unión sancionada por la ley. Empero, Cornejo Chávez⁴⁶ manifiesta que el matrimonio “es la unión de los sexos sancionados por la ley; es aludir a un hecho y a una forma, pero sin penetrar, como es forzoso para configurar el concepto, en la esencia del fenómeno matrimonial, a

⁴⁶ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1999). Derecho familiar Peruano. Lima: Gaceta Jurídica, p. 43.

cuya comprensión es posible llegar a través de un estudio teológico del mismo”.

Desde el punto de vista jurídico, es la unión legal de un hombre y una mujer consagrada por un convenio solemne y que tiene efectos jurídicos señalados por la ley, la que determina un régimen jurídico inalterable del matrimonio mismo.

Por su parte, Plácido⁴⁷ manifiesta que la palabra matrimonio tiene tres significados diferentes, de los cuales sólo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. Así, *“en un primer sentido, matrimonio es el acto de celebración; en un segundo sentido, es el estado que para los contrayentes deriva de este acto; y, el tercero, es la pareja formada por los cónyuges. Las significaciones jurídicas son las dos primeras, que han recibido en la doctrina francesa las denominaciones de matrimonio-fuente (o matrimonio-acto, in fieri) y matrimonio-estado, (in facto esse) respectivamente. Matrimonio-fuente es el acto jurídico que tiene por objeto establecer la relación jurídica matrimonial. Matrimonio-estado es la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de celebración”*.

La legislación internacional, la nacional y la comparada amparan y protegen el matrimonio, como se puede apreciar de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el

⁴⁷ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2003). Manual de derecho de familia. Nuevo enfoque del estudio del derecho de familia. 2ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, p. 39.

matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.”

En el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se tiene el Artículo 23 “(...)

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

En el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales se tiene:

“Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio.

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.”

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se tiene el Art. 17: “Protección a la Familia” que prescribe: “(...)

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.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

En el Derecho comparado, vale citar al Código Civil de Cataluña⁴⁸ que precisa:

“Artículo 231-1. La heterogeneidad del hecho familiar.

⁴⁸ Código de Cataluña del 15 de Julio de 1998: Art. 231 Numerales 231-1 y 231-2

1. La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor sólo con sus descendientes.

2. Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor.

Artículo 231-2. Matrimonio.

1. El matrimonio establece un vínculo jurídico entre dos personas que origina una comunidad de vida en que los cónyuges deben respetarse, actuar en interés de la familia, guardarse lealtad, ayudarse y prestarse socorro mutuo.

2. Los cónyuges tienen en el matrimonio los mismos derechos y deberes, especialmente el cuidado y la atención de los demás miembros de la familia que estén a su cargo y convivan con ellos, y deben compartir las responsabilidades domésticas”⁴⁹.

⁴⁹ En tanto que el Código Civil de México, establece en su artículo 130 que: El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Según el Código Civil de Guatemala, artículo 78: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliares entre sí.”

En la Constitución de Paraguay, artículo 52, se establece: “La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia.

En tanto que otras constituciones sólo se limitan a incluir al matrimonio en diversas disposiciones sin precisar en qué consiste, pues derivan ello para las normas de inferior jerarquía.

En lo que atañe al Perú, actualmente, el matrimonio es una institución regulada en el Código Civil y otras leyes por disposición expresa del Art. 4° de la Carta Magna de 1993:

“Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio

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

Sin embargo, cabe mencionar que en el Art. 5° de la misma Constitución se admite el concubinato. Dicha norma expresa: *“La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.”* En otras palabras, la unión de hecho da lugar a un concubinato, que va a generar obligaciones y derechos muy similares a los de los hogares constituidos por matrimonio; no habiendo expresado la Constitución que se considere como familia a los integrantes del hogar de hecho (concubinos e hijos).

En el Código Civil actual, el matrimonio está regulado en el Libro III: Derecho de Familia y, más concretamente, en el Título Primero de la Sección Segunda de dicho Libro (Arts. 239 al 286), aunque su definición consta en el artículo 234 que establece:

“Artículo 234.- Noción del matrimonio

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.”

Norma que se complementa con el artículo 237° de este mismo Código, referido al parentesco por afinidad y prescribiendo que el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro; que cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad; y que la afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce, pero subsiste en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

Estas normas reflejan el ideal de lo que normalmente se ha contemplado respecto al matrimonio, considerándolo como fuente originaria y fundamental de la familia. Sin embargo, es de reconocerse que actualmente el régimen matrimonial, en general, está sufriendo sustanciales y necesarias modificaciones, afirmación de fácil comprobación al compulsar la normativa que corresponde a los derechos y deberes matrimoniales, la cual está siendo cada vez más flexible ante el avance de las nuevas formas de constitución familiar que debilitan a la institución matrimonial bajo su concepción tradicional.

Tal debilitamiento se puede observar en el Perú, pues, según el INEI (2012): *“Las Oficinas de Registro del Estado Civil y Oficinas Registrales informaron de 107 mil 380 matrimonios inscritos en el año 2012. El total de divorcios inscritos en*

*el país fueron 13 mil 126, de los cuales 8 mil 353 corresponden al departamento de Lima*⁵⁰. De lo que se puede inferir que existe una significativa cantidad de divorcios.

En el Código Civil y Comercial, actualmente vigente en Argentina, estas mismas normas han sido modificadas significativamente: pues sobre derechos y obligaciones de los cónyuges subsisten solamente el deber de cooperación, convivencia, deber moral de fidelidad, la asistencia mutua y alimentos (Arts. 431 y 432). En cuanto a las normas sobre matrimonio se elimina la figura de separación personal; y en cuanto al divorcio vincular, se elimina —entre otros— el requisito de tres años para solicitar el divorcio (Art. 435 y ss).

En Francia, según el diario *Le Monde* del 10 de febrero del 2001, los datos también señalan cómo la institución matrimonial está en constante declinación, aunque parece que últimamente se está estabilizando. El número de divorcios se incrementa y un porcentaje cada vez mayor de la población nace en familias recompuestas. En París, por ejemplo, en el año 2001 había más hogares individuales que familiares; de 29,6 millones de personas que vivían en pareja, 4,8 millones no estaban casadas; y las familias monoparentales suponían el 16% de los hogares con hijos.

Por tanto, se puede decir que el matrimonio es la base fundamental de la sociedad, porque así lo prescribe la Constitución; es más, el Código Civil establece con meridiana claridad y taxatividad que el matrimonio es la unión legal de un varón

⁵⁰ Instituto Nacional de Estadística e Informática (2012). Perú: Nacimientos, Defunciones, Matrimonios y Divorcios 2012. Lima: INEI, pp. 41-51.

y una mujer, libres de impedimento legal, los cuales se unen con la finalidad de formar una familia; normas con las que manifiesto mi total conformidad; y, como es de apreciarse, en ellas no se acepta a las uniones convivenciales de personas que tienen impedimento matrimonial o no son pareja constituida por varón y mujer.

2.2.3.2. Fines del matrimonio

Montoya Calle⁵¹ señala: “El matrimonio, “como institucionalización de la unión libre entre hombre y mujer, satisface finalidades que están ínsitas en la razón de ser de su reconocimiento social y de su protección por el derecho. Cuando hablamos de fines del matrimonio nos referimos a la cuestión del porqué se celebra tal acto. Regularmente, las fórmulas que resumen los fines del matrimonio desde la perspectiva de la realización de la pareja unida legalmente con el objeto de constituir una familia, conformada por los esposos e hijos, tiene por finalidad, brindarles lo apropiado en función a la Sociología y la Ética”.

Ulpiano, según menciona Varsi Rospigliosi⁵², manifestaba que los requisitos para contraer válidamente el matrimonio en Roma, se refieren al consentimiento matrimonial e igualmente a la aptitud procreadora dentro del matrimonio. Ello permite esgrimir, con no poca consistencia, que el proyecto matrimonial romano, aquel consorcio de plena comunión según el derecho divino y humano, estaba conducido de manera significativa hacia la procreación, sin perjuicio del objetivo de la vida común entre los esposos.

⁵¹ MONTROYA CALLE, Mariano (2006). Matrimonio y separación de hecho. Lima: Editorial San Marcos, p. 74.

⁵² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, p. 186.

Por consiguiente, el matrimonio tiene por finalidad la procreación y educación de la prole; pero a ello se le suma otro fin genérico: el matrimonio tiende hacia el mutuo auxilio de una plena comunidad de vida. Así, por el matrimonio, el hombre y la mujer, asociados en una perdurable unidad de vida sancionada por la ley, se complementan recíprocamente cumpliendo los fines de la especie, la perpetúan al traer a la vida la inmediata descendencia.

Como se aprecia, el matrimonio tiene como fines la procreación, la educación de los hijos y el amor y ayuda mutua entre los cónyuges. Por la procreación, los cónyuges propician o cooperan en la creación de los hijos; pero existen algunos casos en los que recurrirán a la adopción o a la reproducción asistida. Los seguidores de estos criterios manifiestan que el matrimonio tiene que estar abierto a la vida, caso contrario, se desnaturaliza, atentando contra la perpetuación de la especie. En ese sentido desde una visión tradicional se debe entender a dichos fines.

2.2.4. La unión de hecho

2.2.4.1. Acepciones terminológicas

Según Cornejo Chávez⁵³ el concubinato debe ser definido desde dos dimensiones, la primera en sentido amplio, por la cual dos personas libres (si quiere llamarse solteros) o atadas se unen en una relación que exige un carácter de permanencia y/o habitualidad; no puede considerarse como concubinato a la unión

⁵³ Cfr.: CORNEJO CHAVEZ, Héctor (1985). Derecho familiar peruano. Tomo I. Lima: Studium Ediciones.

esporádica, es decir a aquella unión sexual casual entre un varón y una mujer y tampoco puede considerarse concubinato al libre comercio carnal⁵⁴.

En sentido restringido el concubinato es la convivencia habitual, continua y permanente, desenvuelta en un ámbito de fidelidad y sin impedimentos de transformarse en un futuro en una unión de derecho o unión matrimonial⁵⁵.

A las uniones de hecho se les denomina también como: “concubinato”, “convivencia adulterina”, “convivencia extramatrimonial”, “convivencia fuera del matrimonio”, “matrimonio de hecho”; precisamente para hacer notar que no se ajusta a la familia matrimonial⁵⁶.

La calificación de la unión viene dada por una fórmula lingüística que alude a la familia, ya sea como “familia paramatrimonial” o “familia de hecho”, el término «familia» no sólo aproxima el fenómeno a la familia fundada en el matrimonio, sino que, además, transmite un patrimonio de valores y emociones, sensaciones que componen un cuadro de referencias importantes: la convivencia de dos personas de sexo diferente, fundada en la comunión material y espiritual, alegrada por la presencia de los hijos. Sin embargo, creo que también en aquella calificación de familia “de hecho” se puede advertir cierto giro oculto que, de una u otra manera, pretende acuñar que no es una familia de “derecho”, es decir, una unión matrimonial⁵⁷.

⁵⁴ CALDERÓN BELTRAK Javier (2008). Uniones de Hecho en el Perú. Disponible en sitio web: <http://escribiendodercho.blogspot.com/2008/04/uniones-de-hecho-en-el-per.html>. Consultado el 23 de febrero del 2018.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem.

Se usa la expresión «convivencia more uxorio», para hacer referencia a la ausencia de hijos aun cuando se aluda a la vida en común. En una posición, si se quiere, más tirada a la libertad o facilidad de disolución, el jurista prefiere hablar de “unión libre”, apuntalando la presencia de espacios de autonomía privada más amplios a los que suele encontrarse en el matrimonio⁵⁸.

En España, y desde el año 1998, las legislaciones forales (siguiendo el ejemplo de Cataluña) han optado por la expresión “pareja estable”. Si tuviéramos que especular sobre las razones por las cuales se ha preferido esta etiqueta, muy probablemente encontraríamos dos motivos. Con el vocablo “pareja” entiendo que se alude a dos personas unidas, sin necesidad de la presencia de hijos, lo cual encuentra explicación desde el momento que las legislaciones autonómicas españolas admiten las uniones homosexuales.

Nos parece que la calificación de “estable” tiene como propósito atacar el mito de la precariedad con la que se acostumbre tildar a las convivencias no matrimoniales. En Bélgica, a raíz de la reforma de su Código civil para dar espacio a las uniones de hecho, se habla de la “cohabitación legal” como una forma de legalizar la cohabitación no matrimonial, término que, por lo demás, es frecuentemente utilizado en los Estados Unidos de América⁵⁹.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

2.2.4.2. Tipos de Unión de Hecho

• **En sentido amplio**, el concubinato (unión de hecho) puede darse entre personas libres o atadas por vínculo matrimonial con distinta persona, o tengan impedimento para legalizar su unión o no lo tengan, sea dicha unión ostensible o no lo sea; pero siempre que exista un cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación. Quedan en consecuencia, excluidos del concubinato, la unión sexual esporádica y el libre comercio carnal⁶⁰.

• **En sentido restringido**, el concubinato puede conceptuarse como “la convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio, de donde se infiere que no se considera incluida la relación sexual esporádica y el libre comercio carnal y la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio⁶¹.”

Para Yolanda Vásquez⁶², la Ley civil define dos clases de concubinato:

• **Concubinato propio**: El artículo 326° del Código Civil dice que “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio origina una sociedad de gananciales, en cuanto

⁶⁰ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Ob. Cit., p. 63.

⁶¹ Ibidem.

⁶² VASQUEZ GARCIA, Yolanda. (1988) Derecho de la Familia. Teórico-Práctico. Tomo I. Lima: Editorial Rodhas, pp. 187-188.

le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos...”.

- **Concubinato impropio:** De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 402° inciso 3, hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí hacen vida de tales.

Esta autora sostiene que el primero tiene los efectos jurídicos de una sociedad de bienes y, el segundo, la acción de enriquecimiento indebido.⁶³

2.2.4.3. Características: Requisitos de la unión de hecho

- La unión debe ser voluntaria, es decir, debe surgir de la espontaneidad, conocimiento y libre albedrío de las partes; no cabe, no es posible pensar en una convivencia forzada. Es en esta decisión en la que se revela el *affectio maritalis* aunque voluntad y afectos sean distintos (pero claramente complementarios)⁶⁴.

- Además, debe ser una unión entre un hombre y una mujer, es decir, debe tratarse de una unión heterosexual, quedando descartadas las parejas homosexuales⁶⁵.

- Cuando ambas normas se refieren a “un” varón y a “una” mujer aluden a la exigencia de la singularidad, de la exclusividad o monogamia, que se traduce en el deber de fidelidad entre los convivientes, que muchos se niegan a concebir para los concubinos bajo la excusa (o denuncia) de que se trata de uniones libres.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ VEGA MERE, Yuri (2010). Consideraciones Jurídicas sobre las Uniones de Hecho. Disponible en sitio web: <http://blog.pucp.edu.pe/item/24616>. Consultado el 09 de enero del 2018.

⁶⁵ Ibidem.

Por ello, no es posible que se mantenga varias relaciones a la vez, aun cuando todos los involucrados carezcan de impedimentos matrimoniales⁶⁶.

- Cuando se hace referencia a la estabilidad o permanencia, se entiende que la pareja debe tener una comunidad de vida estable y duradera. En el caso de la ley peruana, es claro que se exige un plazo mínimo de dos años. Pero debe tratarse de un lapso de dos años ininterrumpidos; la unión no puede ser sostenida –se ha dicho- de forma interrumpida, ni los dos años pueden ser producto de la acumulación de períodos discontinuos⁶⁷.

- La estabilidad implica, de suyo, compartir un techo común y además cohabitar, es decir, vivir maritalmente como pareja, tener vida sexual. Como dice Beatriz González, debe haber “...existencia efectiva de relación sexual”, para añadir luego que, dado que estas uniones constituyen una relación de afectividad análoga a la conyugal, cuando no hay hogar común no hay concubinato, quedando excluidas por la ausencia de dicho requisito las uniones esporádicas o circunstanciales, las homosexuales, las de los transexuales, las adúlteras, las de los mal llamados matrimonios a prueba, debiendo seguir la misma suerte aquellas situaciones en las que no se comparte una vida en común y sólo se comparte el lecho los fines de semana o de modo infrecuente⁶⁸.

- Los miembros de la pareja, además, deben encontrarse libres de impedimento matrimonial. Le asiste razón a Bigio cuando señala que, en este sentido, no basta que no sean casados, pues este autor entiende que resultan

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

aplicables los artículos 241 y 242 del Código Civil que regulan los impedimentos absolutos y relativos, respectivamente, para contraer matrimonio⁶⁹.

- La convivencia, sin embargo, no se “realiza y mantiene” (en palabras poco técnicas del Código civil) para tener sexo, compartir techo y nada más. Es indispensable que la unión cumpla deberes semejantes a los del matrimonio, lo cual “... implica que el comportamiento de la pareja deberá ceñirse a las pautas generales que el Código Civil señala respecto de las relaciones personales entre los cónyuges”⁷⁰.

- Debe ser una unión notoria, pública, cognoscible por los terceros; de allí que la propia norma civil haga referencia a la “posesión de estado”. No debe ser oculta, clandestina, pues ello podría denotar que la situación de los convivientes podría encontrarse al margen de tales exigencias⁷¹.

- Es evidente que las uniones libres, por ser tales, carecen de las formalidades que se requieren para la celebración del matrimonio.

Los concubinos asumen una relación de manera voluntaria, y así la sostienen, sin recurrir a autoridad alguna, especialmente en nuestro medio en el que, a diferencia de las legislaciones escandinavas o de las que se inspiran en ellas (como Francia, Alemania y algunas autonómicas de España), no existen registros para la convivencia *more coniugali*⁷².

No es requisito el que la pareja tenga hijos, aunque sea un indicio de convivencia o de relaciones maritales. Pese a todo, aun cuando la convivencia

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Ibidem.

presente los caracteres antes indicados, ella no genera estado civil distinto al que tengan los concubinos.

Cuando no se cumplen con los requisitos antes señalados se acostumbra a señalar que nos encontramos ante un concubinato “impropio”, aunque no falta quien, con agudeza, señale que también podría considerarse como “forzosa” la convivencia en la que uno o los dos miembros tienen ligamen nupcial anterior del cual no pueden desprenderse, muchas veces por razones ajenas a su propia intención⁷³.

El cumplimiento de tales exigencias, por lo demás, pese a la exigua regulación que tiene la unión de hecho en nuestro medio, resulta de particular interés (de la lectura del texto se desprende que la ley exige estabilidad por dos años, singularidad o exclusividad, notoriedad, comunidad de techo y de lecho, cumplimiento de fines similares al matrimonio, heterosexualidad y ausencia de impedimentos, dándose por entendido que se trata de uniones que carecen de formalidad), pues la no observancia de alguno o algunos de ellos tendrá notables diferencias en cuanto a los efectos que la norma reconocerá a los llamados concubinatos impropios o imperfectos⁷⁴. Para los cuales quedan restringidos algunos derechos.

Es cierto, por otro lado, que el Código no castiga de manera directa al concubinato adulterino en el sentido de asignarle efectos perjudiciales a la relación convivencial en sí misma, pero podría servir de justificación para el cónyuge a fin de poder demandar la disolución del matrimonio por causal, con las consecuencias

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

que la ley prevé en contra del comúnmente calificado como cónyuge culpable dentro de las normas del divorcio-sanción que coexisten con la reciente modificación que introduce el divorcio por el cese efectivo de la convivencia y siempre que no se hubiere cumplido el plazo de caducidad establecido por el artículo 339 del Código civil para fundar la acción en el adulterio.

2.2.4.4. El reconocimiento legal de la unión de hecho

Muchas parejas eligen vivir bajo la forma de la unión de hecho o convivencia en lugar de optar por el matrimonio, debido a diversos factores de orden económico, social, cultural o meramente sentimental.

Esta institución, que también es conocida como convivencia more uxorio, pareja de hecho, matrimonio de hecho, unión libre, concubinato, pareja no casada, o unión extramatrimonial, es una figura jurídica importante en el mundo del derecho de familia.

Así las cosas, es necesario conocer las condiciones que se deben cumplir para que una convivencia sea declarada «legal», o dicho en otras palabras, para que sea reconocida por la Ley nacional y surta todos sus efectos jurídicos personales (derechos sucesorios, en cuanto a los hijos filiación y prestación alimentaria) y patrimoniales (sociedad de gananciales).

Esta institución se encuentra regulada en el artículo 5 de la Constitución Política del Perú⁷⁵ concordante con el artículo 326 del Código Civil⁷⁶.

La ley reconoce una sociedad de hecho compatible con la sociedad de gananciales que está regulada para el matrimonio, por ello las parejas deben reconocer su convivencia en la vía notarial o judicial. En este caso los convivientes no pueden decidirse por el régimen de separación de patrimonios.

a. Reconocimiento ante la notaría

Para reconocer e inscribir la unión de hecho ante una notaría, se debe presentar una solicitud que debe contener lo siguiente:

- Nombres y firmas de los solicitantes
- Reconocimiento expreso que conviven no menos de dos años de manera continua
- Declaración expresa que se encuentran libre de impedimento matrimonial y que ninguno hace vida en común con otro hombre o mujer.
- Certificado de domicilio de los solicitantes

⁷⁵ Artículo 5.- Concubinato. La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

⁷⁶ La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

- Certificado negativo de la unión de hecho expedido por los Registros Públicos.
- Declaración testimonial de dos personas que den fe sobre la convivencia de la pareja por dos o más años.
- Otros documentos que acreditan la unión de hecho.

El notario manda a publicar un extracto de la solicitud en el Diario Oficial El Peruano y en otro diario de amplia circulación del lugar.

Transcurridos quince días útiles desde la publicación del último aviso y, si no se hubiera formulado ninguna oposición, el Notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la Unión de Hecho entre los convivientes y luego remite partes al Registro Personal del lugar donde estos domicilian.

b. La unión de hecho: inscripción ante la SUNARP

Al inscribir la unión de hecho en el Registro de Personas Naturales de la Sunarp, la pareja precisa la fecha de inicio de la relación, así como la de su finalización, en caso se produjera, ello con el objetivo de establecer con exactitud los bienes muebles e inmuebles generados durante la relación y así evitar, posteriormente, una injusta redistribución de los bienes, una vez culminada la convivencia.

En consecuencia, al inscribir su unión de hecho en la Sunarp, los convivientes garantizan la preservación de sus derechos patrimoniales o de propiedad.

2.3. Definición de términos⁷⁷

- **Código Civil.** - Es un conjunto unitario, ordenado y sistematizado de normas de Derecho privado, es decir, un cuerpo legal que tiene por objeto regular las relaciones civiles de las personas físicas y jurídicas, privadas o públicas, en este último caso siempre que actúen como particulares desprovistas de *imperium*.
- **Derechos fundamentales.** - Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana. Pues bien, son fundamentales los derechos “que no se pueden comprar ni vender”, esto es, aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de sujetos con capacidad de obrar.
- **Minorías.** - Es una categorización sociológica dentro de la demografía, que se refiere a un grupo de población humana numéricamente inferior y con ciertas creencias y costumbres en común, que permiten definir y diferenciar a sus miembros entre todos los habitantes de la sociedad o comunidad mayoritaria a la que pertenecen. Parte menor de los individuos que

⁷⁷ Ver: TORRES CARRASCO, Manuel (2013). Diccionario Civil. Lima: Gaceta Jurídica. Así mismo FLORES POLO, Pedro (2002). Diccionario Jurídico Fundamental, Editorial Grijley, Lima.

componen una nación, ciudad o comunidad y que puede referir por la raza, lengua, ideología, religión, u orientación sexual e identidad de género, etc.

- **Homosexualidad.** - La homosexualidad es la orientación sexual que manifiesta una interacción, una atracción de tipo sexual, emocional, sentimental y afectiva hacia los individuos del mismo sexo.
- **Derechos Humanos.** - Son aquellas condiciones instrumentales que le permiten a la persona su realización. En consecuencia, subsume aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna.
- **Omisión legislativa por parte del legislador.**- Es contraria al carácter normativo que la Constitución ostenta ya que la misma “no solo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo constitucionalmente prohibido), sino que aquellas obligaciones que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativa-mente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo constitucionalmente ordenado).
- **Principio de igualdad.**- El presupuesto esencial de este principio, es el hecho de que debe existir igualdad de situaciones entre las personas que se consideran víctimas de la violación y otras que se señalen como término de comparación, es decir la determinación del quebranto constitucional, se hace

mediante un cotejo de supuestos en que la desigualdad aparezca de una forma notoria, como en el caso en examen, donde no es necesario hacer distinciones artificiosas o arbitrarias, para establecer la violación

- **Unión homosexual.** - El matrimonio entre personas del mismo sexo, también conocido como matrimonio homosexual, matrimonio igualitario o matrimonio gay, reconoce legal o socialmente un matrimonio formado por contrayentes del mismo sexo biológico o legalmente reconocido.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Correspondió de acuerdo a su finalidad a una investigación Básica o Teórica, y de acuerdo a la tipología de la investigación jurídica, tomando en consideración el objeto de investigación se denomina Investigación Dogmática – Normativa y Teórica⁷⁸.

Siendo la investigación jurídica dogmática aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, el derecho en abstracto, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución motivo de la investigación, norma jurídica o estructura legal en cuestión,⁷⁹ su objeto de estudio estuvo constituido por las fuentes formales que lo integran; es decir, por la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina que permitió recoger información y profundizar conocimientos respecto a la inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa del artículo 326 del código civil y las parejas del mismo sexo.

⁷⁸ QUIROZ SALAZAR, Willian (2007). Investigación Jurídica. Lima: Editorial Imsergraf, p. 54. La finalidad de este tipo de investigación es evaluar las estructuras del derecho... visualizará su problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales, y por consecuencia, su horizonte se limitará a las normas legales vigentes en los que está inscrito el problema. No serán parte de su labor inquisitoria los factores reales que han generado esa normatividad. El objeto de la investigación jurídica queda reducido, por tanto, a las fuentes formales, que son las únicas dotadas de eficacia para resolver las interrogantes que una tesis de derecho de tipo dogmático presenta”. Por ello, siendo la presente una investigación dogmática, de naturaleza teórica no es requisito la delimitación temporal ni espacial, requisito valido solo para las investigaciones empíricas o jurídicas sociales, que no es el caso de la presente investigación. Por tanto, especificar el lugar y tiempo de ejecución no es necesario.

⁷⁹ Cfr. WITKER Jorge y LARIOS, Rogelio (1997). Metodología jurídica. México: Universidad Autónoma de México.

3.1.2 Tipo de diseño

Correspondió a la denominada No Experimental⁸⁰, debido a que las investigaciones teóricas carecen del aspecto experimental por carecer del control y manipulación intencional de la variable independiente, además no poseerá grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, tomando datos de la doctrina, jurisprudencia y la normatividad para poder explicar el hecho jurídico tal y conforme se presenta en la realidad.

3.1.3. Diseño General

Se empleo el diseño Transversal⁸¹, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito fue en un primer momento describir las variables de estudio; y en un segundo momento explicar el estado de cuestión de la misma en un momento dado.

3.1.4. Diseño específico

Se empleo el diseño explicativo⁸², toda vez que se estudió las causas que generan nuestro problema de investigación, luego se identificaron los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y finalmente

⁸⁰ ROBLES TREJO, Luis et al (2012). Fundamentos de la investigación científica y Jurídica. Lima: Editorial Fecatt, p. 34.

⁸¹ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto et al (2010). Metodología de la investigación. México: Editorial McGrawHill, p. 151.

⁸² Ibid. p. 155.

se explicó la inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa del artículo 326 del código civil y las parejas del mismo sexo.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se ha seguido en el recojo y construcción de la información y/o conocimiento:

Proceso que incluyeron:

- a) Determinación de la población o sujetos de estudio
- b) Selección de la muestra
- c) Diseño del instrumento
- d) Aplicación del método para recojo y procesamiento de la información

- Población⁸³

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito o espacio mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que generaron la jurisprudencia correspondiente.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al periodo de los años 2017-2018.

⁸³ ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 251- 258.

- Muestra⁸⁴

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales.

Unidad de Análisis

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad. Además, la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: Categorías de análisis - Indicadores.
- Unidad de registro: Documental en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenidos mediante los IRI.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información⁸⁵

- a) Para recoger la información para validar, cuestionar y alcanzar los objetivos de la investigación propuestos se empleó la Técnica Documental⁸⁶, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.

⁸⁴ Ibid., pp. 251- 258.

⁸⁵ ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). Metodología de la investigación jurídica. Lima: Ediciones Jurídicas, pp. 127-132.

⁸⁶ VILCAPOMA, José Carlos (2013). Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario. Lima Editorial Argos, pp. 81 y ss. Las técnicas de investigación documental centran su principal función en todos aquellos procedimientos que conllevan el uso óptimo y racional de los

- b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.
- c) Para obtener datos y/o información de las normas jurídicas se empleó la técnica exegética, hermenéuticas, teleológica, con el cual se pudo determinar el contenido de las mismas.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de la información, por la naturaleza de la presente investigación se empleará la técnica del análisis cualitativo⁸⁷, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo

Los criterios que se siguieron en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información.

recursos documentales disponibles en las funciones de información. Basándose en una investigación documental la principal técnica reconocida es la revisión documental donde tenemos como principal técnica el arqueo bibliográfico En la investigación jurídica, la elaboración de todo tipo de fichas de fuentes de información ha sido y es una tarea básica del investigador del derecho. Todos estos instrumentos se aplicarán en un momento en particular, con la finalidad de buscar información que será útil para la investigación.

⁸⁷ BRIONES, Guillermo (1986). Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. México: Editorial Trillas, p. 43.

- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información.

Finalmente, los datos que se obtuvieron en la etapa de ejecución y discusión sirvieron para validar la hipótesis⁸⁸ en base la teoría de la argumentación jurídica⁸⁹, debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados de forma coherente y racional.

⁸⁸ ROBLES TREJO, Luis (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Lima: Editorial Ffecaat, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino (2011). Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho. Lima: Grijley, pp. 112 y ss. “Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida un determinado marco teórico y permanece en él. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico”

⁸⁹ GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). La argumentación en el derecho. Lima: Editorial Palestra, p. 49.

IV. RESULTADOS

4.1. El reconocimiento de las parejas homosexuales⁹⁰

El derecho al libre desarrollo de la personalidad permite garantizar la efectiva capacidad de elegir y concretar las concepciones personales sobre lo mejor para uno mismo y, conforme a ello, la posibilidad de definir un plan de vida con autonomía. En esta línea de razonamiento, la igualdad garantiza la atribución y reconocimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de derechos y libertades con la única limitación proveniente de los derechos de terceros. La igualdad exige valorar las razones que permiten categorizar a los individuos de una forma en particular, para definir las condiciones que deben recibir en el trato, en términos de legitimidad.

La igualdad implica necesariamente el reconocimiento de la diferencia, pues del examen de ésta surge la garantía del derecho en forma coherente con la realidad del sujeto. Y el reconocimiento de los derechos es precisamente lo que se buscaba con el proyecto de la unión civil no matrimonial. Por eso es que no existe el derecho a la igualdad ni el derecho al libre desarrollo de la personalidad, si el punto de referencia para categorizar a los sujetos proviene de un modelo ideal de valores naturales e interfiere en la autonomía del sujeto.

La unión civil entre dos personas significa que el Estado reconoce y vela por los derechos y obligaciones mutuas de esas dos personas. Significa fundamentalmente dos cosas: primero, que la sociedad reconoce esa unión;

⁹⁰ VIERA ÁLVAREZ, Christian (2012). “El concepto de familia y la unión civil de personas del mismo sexo” En: Nomos. Universidad de Viña del Mar - N° 1, pp. 199 y ss.

segundo, que esa unión acarrea derechos y obligaciones, entre los que pueden encontrarse los derechos de herencia, de patrimonio, de tutela, cargas impositivas y beneficios de diversa índole.

Actualmente hay 15 naciones del mundo (entre ellas España) y un estado norteamericano donde las uniones del mismo sexo tienen los mismos o casi los mismos efectos legales que las uniones heterosexuales.

Hay también una cantidad de estados menores (municipios, o provincias y estados de naciones federales) que reconocen socialmente la unión mediante un registro, y le otorgan algunos derechos que están en poder del municipio o la provincia; estas legislaciones son muy importantes porque simbolizan un reconocimiento social y abren el camino hacia el otorgamiento pleno de los derechos de unión.

Las leyes de unión tradicional son las heterosexuales, que se llaman “leyes de casamiento”. Únicamente en Holanda las personas del mismo sexo se unen con las mismas leyes que lo hacen las parejas heterosexuales. En todos los demás países y regiones o bien la unión está prohibida o está legislada mediante un conjunto de leyes específicas para las parejas del mismo sexo.

En ese sentido, “Matrimonio” y “casamiento” son dos nombres dados a la unión de dos personas que se constituyen en una unidad ante el Estado. El matrimonio es una institución de origen religioso. Lo define la posibilidad de fecundidad, ya que “matrimonio” tiene la misma raíz que “madre”. Se aplica a las

uniones donde uno de los dos integrantes puede llegar a ser madre por obra del otro. Esto exige que los integrantes de la pareja sean de distinto sexo.

El casamiento es una institución de origen laico. Lo define la convivencia, ya que tiene la misma raíz que “casa”. Se aplica a las uniones donde los dos integrantes viven o desean “vivir en la misma casa”. Casamiento y matrimonio coinciden cuando la unión, celebrada por la Iglesia, es reconocida como válida para el Estado. A partir del siglo XIX, el Estado se hizo cargo de la función de unir a sus ciudadanos mediante uniones civiles. En los países de habla inglesa esa unión se llamó marriage; la palabra matrimony quedó reservada a las uniones sagradas.

En los países de América Latina los matrimonios celebrados por la Iglesia tuvieron validez civil hasta que el Estado reclamó para sí la unión de ciudadanos e instituyó el Registro Civil. Para mantener el prestigio de la unión, bautizó “Ley de Matrimonio Civil” al instrumento legal por el cual celebra casamientos. Al mismo tiempo, la Iglesia Católica (imitada después por las sinagogas y otras iglesias cristianas) ordenó a sus sacerdotes no hacer ceremonias religiosas si los contrayentes no presentaban “la libreta”: de este modo evitó tener que celebrar matrimonios que corriesen el riesgo de no tener consecuencias legales. Esta confusión de “matrimonio” y “casamiento” contribuye a mantener imprecisa la separación de la Iglesia y el Estado.

A partir de la Segunda Guerra Mundial una corriente de opinión entre los homosexuales propuso como estrategia antidiscriminatoria reclamar reconocimiento de las uniones del mismo sexo. Las tácticas difirieron en ambos

lados del Atlántico. Los europeos efectuaron reclamos políticos ante partidos políticos y gobiernos.

Los norteamericanos usaron dos tácticas: en la década del setenta comenzaron los reclamos al Poder Judicial. En la década del ochenta presionaron a los estados municipales para que se reconociera la “sociedad doméstica” (domestic partnership). En la década del noventa, los canadienses fueron gradualmente conquistando por lobby político y demanda judicial los derechos otorgados a las uniones de hecho heterosexuales.

4.2. Proyectos de Ley sobre la unión civil en el Perú

La unión civil entre personas del mismo sexo es un tema muy debatido en el mundo, y el Perú no es una excepción. Hasta el momento existen hasta 3 proyectos de ley que pretenden regular de alguna manera la unión efectiva entre personas homosexuales.

4.2.1. El proyecto de Bruce: unión civil no matrimonial (Proyecto de ley N° 2647-2013-CR)

Iniciativa presentada por el congresista Carlos Bruce, del grupo parlamentario Concertación Parlamentaria, y denominada “Ley que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo”. Tiene como objetivo establecer las garantías, derechos y obligaciones que tendrían los integrantes de la unión civil afectiva denominados “compañeros civiles”.

Entre los derechos que se reconocen se encuentran:

- a. Formar una sociedad de gananciales al momento de inscribir la unión, salvo pacto en contrario.
- b. Los mismos derechos que un pariente de primer grado, entre los que encontramos: visitas íntimas en centros penitenciarios, recibir alimentos, toma de decisiones para tratamientos quirúrgicos, goce de beneficios de salud por extensión del compañero, cambio del estado civil, etc.
- c. Podrán recibir protección contra la violencia familiar y otros beneficios de promoción social que brinde el Estado.
- d. Ser considerados herederos de tercer orden.

Para surtir efectos la unión se deberá inscribir en el Registro Personal de los Registros Civiles.

4.2.2. El proyecto de Martha Chávez: régimen de sociedad solidaria (Proyecto de ley N° 3273-2013-CR)

Propuesta legislativa presentada por la congresista Martha Chávez Cossío, integrante del grupo parlamentario Fuerza Popular. Este proyecto se denomina “Ley que propone el régimen de sociedad solidaria”.

Dicho proyecto, tiene como objetivo regular la vida en común que dos personas (no necesariamente del mismo sexo) acuerdan para “asistirse y apoyarse”. Esta no altera el estado civil ni la relación de parentesco. Entre lo que se regula se encuentran:

- a. Los bienes que adquiera cualquiera de los integrantes de la sociedad se presumen comunes, y su administración es ejercida por ambos. Sin

embargo, cada miembro conserva la libre administración de bienes propios y podrá disponer de ellos.

- b. Los integrantes de la sociedad están obligados a prestarse ayuda mutua y contribuir al sostenimiento del domicilio común.
- c. Cualquiera de los integrantes puede asegurar al otro en la seguridad social en las mismas condiciones que los cónyuges.
- d. Tomar decisiones sobre el inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencia en caso de gravedad de uno de los integrantes.
- e. Tienen derecho a percibir la pensión y demás beneficios sobrevivientes en la proporción que fija la ley para los cónyuges siempre que se haya cumplido 5 años de haber inscrito la sociedad.
- f. La sociedad se constituye mediante escritura pública ante Notario público y se inscribe en el Registro Personal de la oficina registral del lugar del domicilio del solicitante.

4.2.3. El proyecto de Rosas Huaranga: atención mutua (Proyecto de ley N° 2801-2013-CR)

Fue presentado por el congresista Julio Rosas Huaranga, integrante del grupo parlamentario Fuerza Popular. Llamada “Ley de atención mutua”, tiene como objeto establecer un régimen jurídico para aquellas personas que quieran unirse para el reconocimiento de derechos patrimoniales, sean de carácter pensionario o hereditario.

Dicho acuerdo no alterara el estado civil de los participantes. Las regulaciones que contemplan son las siguientes:

- a. Solo se reconoce derechos sucesorios y pensionarios.
- b. Derecho a decidir sobre el inicio de tratamientos quirúrgicos en caso de emergencia.
- c. Los derechos a los que da efecto el acuerdo solo surgirá efectos luego de haber transcurridos 2 años desde su inscripción en Registros Públicos.

4.3. El reconocimiento de las uniones homosexuales en el derecho comparado

4.3.1. Generalidades

En muchas sociedades de la Antigüedad, la unión de parejas homosexuales era tolerada e incluso, en algunos casos, permitida; baste recordar que, en la antigua Grecia y Roma, las prácticas homosexuales no sólo eran permitidas sino incluso bien vistas. Sin embargo, con el advenimiento del cristianismo, dichas prácticas y uniones no sólo pasaron a ser mal vistas, sino incluso prohibidas y duramente penalizadas.

Es durante la segunda mitad del siglo XX, a raíz de la revolución sexual y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, y el impulso que éste ha dado a minorías discriminadas, cuando empieza a surgir una tendencia legislativa, primeramente en Europa y luego extensiva a otros continentes, a reconocer las uniones homosexuales.

4.3.2. Reconocimiento de las uniones homosexuales

Bajo una perspectiva del derecho comparado, el reconocimiento de las uniones homosexuales se ha dado a través de dos vías distintas: vía judicial (a través

de sentencias de tribunales judiciales) y vía legislativa. Si bien, no es lo más común, existen algunos casos en los que las uniones homosexuales, desconocidas o incluso prohibidas por la ley, fueron reconocidas jurídicamente a través de las sentencias de los tribunales judiciales. Tal es el caso de Canadá y algunas entidades federativas de los Estados Unidos e Israel.

4.3.2.1. Reconocimiento por vía judicial

Si bien, no es lo más común, existen algunos casos en los que las uniones homosexuales, desconocidas o incluso prohibidas por la ley, fueron reconocidas jurídicamente a través de las sentencias de los tribunales judiciales. Tal es el caso de Canadá y algunas entidades federativas de los Estados Unidos e Israel.

A. Canadá

Antes de la aprobación de la Ley C-38 Civil Marriage Act (Ley de Matrimonio Civil), del 20 de julio de 2005, los matrimonios homosexuales fueron legalizados después de varios procesos judiciales en los que jueces provinciales o territoriales decretaron que es inconstitucional y discriminatorio negar el derecho del matrimonio a las parejas del mismo sexo.

Así, poco a poco, varias provincias fueron reconociendo la legalidad —vía judicial— y, por tanto, la facultad para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Las provincias que autorizaron la celebración de matrimonios homosexuales fueron, en orden cronológico: Ontario⁹¹, Columbia Británica⁹²,

⁹¹ Sentencia del caso Hedy Halpern et al. vs. Attorney General of Canada, del 10 de junio de 2003.

⁹² Sentencia del caso Barbeau vs. British Columbia (Attorney General), del 8 de julio de 2003.

Quebec⁹³, Yukón⁹⁴, Manitoba⁹⁵, Nueva Escocia⁹⁶, Saskatchewan⁹⁷, Terranova y Labrador⁹⁸ y New Brunswick⁹⁹.

A raíz de estas sentencias, el Gobierno federal promulgó la Ley C-38, una vez que la Corte Suprema canadiense resolvió la controversia sobre si la autorización a contraer matrimonio a personas del mismo sexo era facultad exclusiva del Gobierno federal o pertenecía a cada una de las provincias.

B. Estados Unidos

El primer caso que se dio dentro de los Estados Unidos fue en el estado de Massachusetts. En el caso *Goodrich vs. Dept. of Public Health*¹⁰⁰, la Suprema Corte Judicial de Massachusetts decretó que las leyes que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo eran anticonstitucionales y discriminatorias. Al igual que lo ocurrido en Canadá, a raíz de la sentencia arriba mencionada, casos similares se presentaron ante las cortes judiciales de otros estados de la Unión Americana, entre otros, Connecticut,¹⁰¹ Iowa¹⁰² y Vermont.¹⁰³

⁹³ Sentencia del caso *Michael Hendricks et René Leboeuf c. le Procureur Général du Québec*, del 19 de marzo de 2004.

⁹⁴ Mediante sentencia del caso *Stephen Dunbar and Rob Edge vs. The Government of Yukon Territory and The Attorney General of Canada*, del 14 de julio de 2004.

⁹⁵ Sentencia del caso *Vogel vs. Government of Manitoba*, del 16 de septiembre de 2004.

⁹⁶ Sentencia del caso *Nova Scotia (2004) Boutilier vs. Nova Scotia (A. G.) (2004) N. S. J. núm. 357 (S. C.)*, del 24 de septiembre de 2004.

⁹⁷ Sentencia del caso *N. W. and J. R., L. S. and K. M., E. S. and L. S. vs. The Attorney General of Canada and The Attorney General for Saskatchewan*.

⁹⁸ Sentencia del caso *Jacqueline Pottle et al. vs. Attorney-General of Canada et al.* del 24 de diciembre de 2004.

⁹⁹ Caso *Catherine Sidney and Bridget McGale*.

¹⁰⁰ Caso *Goodrich vs. Dept. of Public Health*.

¹⁰¹ Sentencia del caso *Kerrigan and Mock vs. Connecticut Dept. of Public Health*, del 12 de noviembre de 2008.

¹⁰² Sentencia del caso *Katherine Varnum et al. vs. Timothy Brien*.

¹⁰³ Véase sentencia del caso *Baker et al. vs. State of Vermont*, del 20 de diciembre de 1999.

Lo anterior motivó que varios estados adoptaran leyes reconociendo la validez de las uniones homosexuales. Así, California, Connecticut, Nueva Hampshire, Nueva Jersey, Oregón, Vermont, Washington y el Distrito de Columbia, han creado uniones legales que, aunque no son llamadas expresamente “matrimonios”, otorgan todos los derechos y responsabilidades que el matrimonio conlleva; en cambio, Colorado, Hawai, Maryland y Nueva Jersey han creado uniones legales para parejas del mismo sexo que ofrecen sólo algunos de los derechos y las responsabilidades del matrimonio.

C. Israel

Caso interesante es el de Israel, donde el matrimonio entre personas del mismo sexo es raro, ya que todos los matrimonios realizados son casi exclusivamente religiosos. Éste se encuentra regulado por quince organizaciones religiosas que offician las uniones para sus respectivas comunidades. El matrimonio civil sólo se aplica excepcionalmente, por lo que las parejas que no quieren contraer matrimonio a través de una organización religiosa deben hacerlo en el extranjero, o más comúnmente en embajadas y consulados. Por tanto, no está permitida la celebración de matrimonios homosexuales.

El Consejo Rabínico de Israel y sus organismos paralelos para cristianos y musulmanes, que controlan las leyes sobre matrimonio y divorcio en Israel, se oponen a dicha forma de matrimonio. Sin embargo, el 21 de noviembre de 2006, el Tribunal Supremo israelí ordenó al Ministerio del Interior de Israel a registrar el matrimonio de cinco parejas masculinas israelíes realizados en el extranjero, a saber, en Toronto, Canadá; de tal manera que dichas parejas pudieran cobrar las

pensiones de sus cónyuges o adoptar legalmente a los hijos del otro. Aunque teóricamente el reconocimiento es sólo con fines de registro, lo que autoriza a las parejas para una serie de derechos; sin embargo, es en efectos prácticos un reconocimiento total.

Por tanto, hoy día, la única posibilidad de reconocimiento de los matrimonios homosexuales en Israel es contrayendo dicho matrimonio en el extranjero —en países cuya legislación interna lo permita— y solicitando su registro ante el Ministerio del Interior.

4.3.2.2. Reconocimiento por vía legislativa

Actualmente, el reconocimiento legal a las uniones entre personas del mismo sexo puede hacerse mediante las siguientes maneras:

a) Reconociendo legalmente el “matrimonio” entre personas del mismo sexo. En tal caso, al ser reconocidas como “matrimonio” de pleno derecho, se les aplicará la regulación relativa a dicha institución; donde al reconocérseles como matrimonio, se les reconoce el derecho a adoptar menores. Tal es el caso de Canadá, España, Países Bajos, Sudáfrica y Estados Unidos.

b) Haciendo extensiva regulación del matrimonio a dichas uniones (independientemente de la denominación que se les dé); por tanto, se les aplicará, en lo conducente y con las limitaciones que establezca la ley, los efectos que la ley reconoce al matrimonio.

Estas leyes otorgan a las partes muchos de los derechos y obligaciones que supone el matrimonio entre personas heterosexuales, aunque no las equiparan totalmente. Este es el caso, entre otros, de Alemania, Andorra, Australia, Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia y Suiza.

Así, por ejemplo, la Ley de Unión Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, dispone en su artículo 1o., inciso a), que: “A los efectos de esta ley, se entiende por Unión Civil... A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual”. Asimismo, el artículo 4o. señala que: “Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges” [las cursivas son mías], asemejando dicha figura a la de matrimonio.

c) Creando instituciones especiales, muy diferentes en cada país y comunidad, con denominaciones diversas tales como “parejas de hecho”, “uniones civiles” o “concubinatos” (entre otras denominaciones), cada cual con una naturaleza, requisitos y efectos ad hoc, según la realidad social, histórica, sociológica, jurídica y aún política, propia de cada sociedad.

Tal es el caso del estado mexicano de Coahuila que aprobó una reforma al Código Civil estatal para incorporar la figura del “pacto civil de solidaridad”. De esta manera, el artículo 385-1 de dicho código dispone que:

El pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas, mayores de edad, de igual o distinto sexo, para organizar su vida en común. Quienes lo celebran se considerarán compañeros civiles. Los compañeros civiles se deben ayuda y asistencia mutua, consideración y respeto, así como deber de gratitud recíprocos y tendrán obligación de actuar en interés común; de igual manera tendrán derecho a alimentos entre sí.

Respecto a los efectos del pacto civil de solidaridad, el artículo 385-4 señala que: Desde la celebración del pacto civil de solidaridad, los contratantes asumen el estado civil inherente en forma personal y exclusiva, sin que importe vínculos de parentesco de ninguna clase, línea o grado con las familias de ambos, salvo en el caso de descendencia común.

El estado adquirido como compañeros civiles, legitima a los interesados para reclamar las prestaciones que, bajo las modalidades de pensiones, disposiciones testamentarias especiales o beneficios o provechos por prestaciones sociales u otros análogos, contemplan las leyes.

Dicha figura no es matrimonio, ni concubinato, es una figura especial, a diferencia de la “unión civil” argentina que es equiparada en efectos al matrimonio. Al “pacto civil de solidaridad” se les aplica las disposiciones que expresamente señala la ley con algunas limitaciones, como la de adoptar menores, así lo señala el artículo 385-7 que dispone que: “Los compañeros civiles del mismo sexo no podrán realizar adopciones en forma conjunta ni individual”.

Otro caso, dentro de este rubro, es la Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal, arriba analizada, que equipara esta figura en cuanto a sus efectos al concubinato, al señalar (artículo 5o.) que: “Para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos, la Sociedad de Convivencia se regirá, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último, se producirán entre los convivientes”.

4.3.3. Reconocimiento de las uniones homosexuales en América Latina

En América Latina, los países que han reconocido jurídicamente las uniones homosexuales son: Argentina, Colombia, México, Uruguay, y próximamente Brasil y Chile.

En América Latina, el reconocimiento a las uniones homosexuales se ha dado vía legislativa. Caso singular es el de Colombia, que reconoce las uniones homosexuales por vía judicial. Así, en la sentencia C-075/07, del 7 de febrero de 2007, la Corte Constitucional colombiana decreta extender la aplicabilidad de la Ley núm. 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho [las cursivas son mías] y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”¹⁰⁴ a las uniones homosexuales.

En dicha sentencia, la Corte analizó la eventual inconstitucionalidad no sólo de la definición de “unión marital de hecho” que establece la ley, sino también en

¹⁰⁴ Dicha Ley establece que: “Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer [las cursivas son mías], que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer [las cursivas son mías] que forman parte de la unión marital de hecho”.

“los impactos negativos en los diferentes campos legales que se producen para los integrantes de las parejas homosexuales por no estar comprendidos en el ámbito de la unión material de hecho y de las normas que regulan la sociedad patrimonial de los compañeros permanentes”¹⁰⁵; toda vez que “la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una forma de discriminación en razón de la orientación sexual”¹⁰⁶.

Fue así como la Corte resolvió que: La falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar¹⁰⁷.

Por lo que respecta al reconocimiento vía legislativa, dentro de las tres tendencias legislativas arriba señaladas, podemos decir que todos los países en donde se ha dado dicho reconocimiento, salvo el caso de Buenos Aires (Argentina) y Coahuila (México), han adoptado la tercera tendencia, es decir, reconocen las uniones homosexuales equiparándolas al concubinato o creando figuras especiales para tal efecto.

4.3.3.1. Denominaciones

¹⁰⁵ Párrafo 2 de la sentencia. Disponible en sitio web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-075-07.htm>. Consultado el 12 de enero del 2018.

¹⁰⁶ Párrafo 5. *Ibíd.*

¹⁰⁷ Párrafo 6.2.3.1. de la sentencia. *Ibíd.*

La denominación que reciben dichas uniones son:

- Convivencia homosexual (Argentina: Río Negro).
- Pacto civil de solidaridad (México: Coahuila).
- Sociedad de convivencia (México: Distrito Federal).
- Unión civil (Argentina: Buenos Aires).
- Unión concubinaria (Uruguay).

En el caso del Proyecto de Ley brasileño, el nombre en el proyecto original era el de “unión civil”, mas con las modificaciones a dicho proyecto, pasó a denominarse “parcería civil registrada”.¹⁰⁸ En el proyecto chileno se denomina “pacto de unión civil”.

4.3.3.2. Extensión

Algunas figuras jurídicas, mediante las cuales se hace el reconocimiento de las uniones homosexuales, son exclusivas para la unión de personas del mismo sexo, en tanto que otras son extensivas a otro tipo de uniones no homosexuales.

A. Figuras jurídicas exclusivas a uniones homosexuales

En América Latina, el único caso es el de la convivencia homosexual de Río Negro (Argentina), cuya Ley núm. 3736 dispone expresa- mente que “las parejas del mismo sexo [las cursivas son mías] podrán efectuar una declaración jurada que certifique su convivencia ante la autoridad competente” (artículo 1°).

¹⁰⁸ Proyecto de Ley núm. 1.151 de 1995. Disponible en sitio web: <http://www.piedadcordoba.net/leyparejas/Legislacioncomp/leybrasil2.htm>. Consultado el 15 de febrero del 2018.

En el Proyecto de Ley de Brasil, la figura de la parcería civil registrada está limitada a “dos personas del mismo sexo”¹⁰⁹.

B. Figuras jurídicas extensivas a uniones no homosexuales

Entre las figuras jurídicas mediante las cuales se otorga el reconocimiento a las uniones homosexuales que también son extensivas a otro tipo de uniones no homosexuales tenemos a:

El pacto civil de solidaridad de Coahuila (México) el cual es “celebrado por dos personas físicas, mayores de edad, de igual o distinto sexo, para organizar su vida en común”¹¹⁰. La sociedad de convivencia del Distrito Federal (México) la cual se constituye por “dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”¹¹¹. La unión civil de Buenos Aires (Argentina) la cual es “conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual”¹¹².

La unión concubinaria de Uruguay la cual es una “comunidad de vida de dos personas —cualquiera que sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual— que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí”¹¹³. El pacto de unión civil, del proyecto de ley de Chile, se define como el “contrato celebrado

¹⁰⁹ El texto expresamente señala: “a duas pessoas do mesmo sexo” (artículo 1º. del Proyecto de Ley núm. 1.151).

¹¹⁰ Artículo 385-1 del Código Civil del Estado de Coahuila.

¹¹¹ Artículo 2º.

¹¹² Artículo 1º., inciso a) de la Ley núm. 1.004, de Unión Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹¹³ Artículo 2o., de la Ley núm. 18.246, Unión Concubinaria.

por dos personas naturales, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común”¹¹⁴.

4.3.3.3. Equiparación

Algunas figuras jurídicas mediante las cuales se hace el reconocimiento de las uniones homosexuales son equiparables al matrimonio o al concubinato.

A. Figuras jurídicas equiparables al matrimonio

Existen algunas figuras equiparables al matrimonio, sin llegar a ser matrimonio. Tal es el caso de:

- El pacto civil de solidaridad de Coahuila (México).¹¹⁵
- La unión civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina).

Así, el artículo 4°. de la Ley 1004 dispone que “para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges”.

B. Figuras jurídicas equiparables al concubinato

Las figuras jurídicas equiparables al concubinato, sin llegar a ser concubinato son:

¹¹⁴ Artículo 1792-28 del Proyecto de Ley sobre Pacto de Unión Civil.

¹¹⁵ En opinión del autor del presente estudio, tras hacer una lectura de las disposiciones del Código Civil del Estado de Coahuila en las que se hace referencia al Pacto Civil de Solidaridad, dicha figura es equiparable al matrimonio, sin llegar a ser matrimonio.

La convivencia homosexual de Río Negro (Argentina).

Así, el artículo 4o. de la Ley 3736 de Convivencia Homosexual dispone que “la declaración jurada [que certifica la convivencia ante la autoridad competente] permitirá ejercer todos los derechos y obligaciones que la legislación provincial establezca para las parejas convivientes”.¹¹⁶

La sociedad de convivencia del Distrito Federal (México).

Así, el artículo 5° de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal dispone que “la sociedad de convivencia se regirá, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato”.

- La unión concubinaria de Uruguay.
- La parceria civil registrada de Brasil.
- El pacto de unión civil de Chile.

4.3.3.4. Constitución

A. Requisitos para su constitución

Entre los requisitos que la Ley exige para la constitución de una unión legal homosexual están los siguientes:

- Ser mayores de edad.
- Tener capacidad jurídica plena.

¹¹⁶ La convivencia es una figura que equivale a un matrimonio de facto, muy similar al concubinato, en la que los convivientes se presentan públicamente como cónyuges sin haber contraído matrimonio; no obstante, se regula como concubinato.

- Establecer un hogar común.
- La voluntad de permanencia y ayuda mutua.
- Un determinado tiempo de convivencia.
- Domicilio legal en el lugar de la constitución.
- No existencia de vínculos de parentesco o afinidad.
- No estar unidos por vínculos de adopción.
- Estar libre de vínculo matrimonial, concubinato o figura afín.
- No haber adquirido ninguna condición de transexualidad.

B. Registro para su constitución

Todas las leyes que reconocen las uniones homosexuales disponen que deberán ser registradas ante un registro especial.

Así, en la convivencia homosexual de Uruguay se dispone que se deberá “efectuar una declaración jurada que certifique su convivencia [de los convivientes] ante la autoridad competente”, en la sociedad de convivencia del Distrito Federal (México) deberá ser ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno, del Gobierno del Distrito Federal; en la unión civil de Buenos Aires (Argentina) ante el Registro Público de Uniones Civiles; en la parcería civil registrada de Brasil, dichos contratos serán registrados en un libro especial en el Registro Civil de Personas Naturales; en el pacto de unión civil de Chile, dichas uniones serán registradas en un registro especial del Servicio de Registro Civil e Identificación.

En el caso de la unión concubinaria de Uruguay se deberá promover una declaratoria judicial de reconocimiento ante autoridad judicial, a través de

jurisdicción voluntaria, conforme al procedimiento establecido en el Código General del Proceso. Dicho registro requiere la presencia de testigos¹¹⁷; salvo el caso de la Unión Concubinaria que no requiere la comparecencia de testigos.

4.3.3.5. Efectos

El matrimonio produce dos efectos: personales y patrimoniales. Los efectos personales se producen exclusivamente entre los cónyuges y se refieren a la obligación que ambos tienen de guardarse fidelidad mutua. Respecto de los efectos patrimoniales entre los cónyuges, estos consisten principalmente en los alimentos que mutuamente se deben. En el concubinato, no hay relaciones personales pero sí patrimoniales.

A. Relaciones personales

Ninguna de las instituciones de América Latina, salvo el caso de Uruguay, permite la adopción a las parejas homosexuales.

a. Adopción de menores

Así, en Uruguay, mediante una reforma reciente al Código de la Niñez y la Adolescencia se autoriza a las parejas homosexuales adoptar menores¹¹⁸.

¹¹⁷ Dos testigos para el caso de la Convivencia Homosexual (artículo 2° de la Ley 3.736) y para la Sociedad de Convivencia (artículo 7°, fracc. I, de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal); un mínimo de dos y un máximo de cinco en el caso de la Unión Civil.

¹¹⁸ Aprobada por la Cámara de Diputados el pasado 27 de agosto de 2009 y por la Cámara de Senadores el 9 de septiembre de 2009, aún pendiente de firma por parte del Ejecutivo para que entre en vigor.

Anteriormente, la adopción era permitida a homosexuales en lo individual, pero no en pareja.

b. Tutela y guarda de menores

En ninguna de las instituciones de América Latina se autoriza a las parejas a ejercer derechos de guardia o tutela sobre los hijos de la otra pareja.

En la parcería civil registrada, el Proyecto de Ley dispone expresamente que “están prohibidas cualesquiera disposiciones sobre adopción, tutela o guarda de menores o adolescentes en conjunto, mismos que sean hijos de uno de los dos parceiros”.

B. Relaciones patrimoniales

Las instituciones latinoamericanas reconocen los siguientes derechos patrimoniales a las parejas homosexuales:

a. Alimentos

En la convivencia homosexual de Río Negro (Argentina) serán aplicables las disposiciones relativas a alimentos “que la legislación provincial establezca para las parejas convivientes” (artículo 4º. de la Ley núm. 3736).

En el pacto civil de solidaridad de Coahuila (México) “el estado adquirido como compañeros civiles, legitima a los interesados para reclamar las prestaciones que, bajo las modalidades de pensiones... contemplen las leyes” (artículo 385-4 del Código Civil del Estado de Coahuila) y “corresponderá al juez de lo Familiar

dirimir las diferencias que surjan entre los compañeros civiles, en especial en... obligación, monto y aseguramiento de alimentos” (artículo 385-5, frac. II, del Código Civil).

La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal (México) dispone que en “la Sociedad de Convivencia se generará el deber recíproco de proporcionarse alimentos, a partir de la suscripción de ésta, aplicándose al efecto lo relativo a las reglas de alimentos” (artículo 13). Sin embargo:

En el caso de terminación de la Sociedad de Convivencia, el conviviente que carezca de ingresos y bienes suficientes para su sostenimiento, tendrá derecho a una pensión alimenticia sólo por la mitad del tiempo al que haya durado la Sociedad de Convivencia [las cursivas son mías],¹¹⁹ siempre que no viva en concubinato, contraiga matrimonio o suscriba otra Sociedad de Convivencia. Este derecho podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la terminación de dicha sociedad (artículo 21).

En el caso de la Unión Civil de Buenos Aires (Argentina) son aplicables las disposiciones sobre alimentos que corresponde a los cónyuges¹²⁰ por remisión del artículo 4o. de la Ley de Unión Civil¹²¹.

¹¹⁹ “São vedades quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros” (artículo 3º, §2º del Proyecto de Ley 1.151).

¹²⁰ En cambio, el Código Civil para el Distrito Federal dispone que “al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato” (artículo 291 Quintus).

¹²¹ Siendo aplicables los artículos 207 y 209 del Código Civil de la República Argentina.

En el caso de la Unión Concubinaria de Uruguay, el artículo 3° de la Ley de Unión Concubinaria dispone que: Los concubinos se deben asistencia recíproca personal y material. Así mismo, están obligados a contribuir a los gastos del hogar de acuerdo a su respectiva situación económica. Una vez disuelto el vínculo concubinario persiste la obligación de auxilios recíprocos durante un periodo subsiguiente, el que no podrá ser mayor al de la convivencia, siempre que resulte necesario para la subsistencia de alguno de los concubinos.

El Proyecto de Ley sobre Parcería Civil Registrada de Brasil reconoce también el derecho de alimentos¹²².

Por su parte, el Proyecto de Ley sobre Pacto de Unión Civil de Chile dispone que “a falta de acuerdo, el juez determinará esta ayuda [material mutua] en función de la situación patrimonial de las partes, considerándose alimentos para los efectos de su cumplimiento”¹²³. Es interesante mencionar que, además de los alimentos, el Pacto de Unión Civil es la única figura que establece una “compensación económica” en el supuesto de que:

En caso de que el pacto de unión civil termine por mutuo acuerdo o por acto unilateral, la parte que sufra un desequilibrio grave en sus condiciones de vida, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común y no haber podido desarrollar una actividad remunerada durante la convivencia, o

¹²² “Artículo 4°. Derechos: para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges”.

¹²³ “Artículo 11. O parceiro que comprove a parceria civil registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no artículo 217, I, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990”.

haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a solicitar a la otra la compensación económica de ese menoscabo.

Para determinar la procedencia y cuantía de esta compensación se considerará la modalidad de convivencia que antecedió a la ruptura y la alteración que ésta provoca en las condiciones de vida y, además, la duración de la vida en común; la situación patrimonial de las partes; la edad y estado de salud de la parte beneficiaria; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas de la otra parte (artículo 1792-39, primero y segundo párrafos).

Por tal razón, concluimos que los “alimentos” proceden sólo durante el tiempo que dure la unión, en tanto que, la “compensación” procede al término de la misma, cuando una de las partes haya sufrido “un desequilibrio grave en sus condiciones de vida”.

b. Régimen patrimonial

En el caso de la Unión Concubinaria de Uruguay, el régimen patrimonial se entiende hecho por sociedad conyugal, salvo que los concubinarios dispongan otra cosa. Así, la Ley núm. 18246 dispone que:

Artículo 5° (Objeto y sociedad de bienes). La declaratoria de reconocimiento judicial del concubinato tendrá por objeto determinar: B) La indicación de los bienes que hayan sido adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes.

El reconocimiento inscrito de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaria.

En cambio, el Pacto Civil de Solidaridad de Coahuila (México) dispone una solución totalmente contraria, pues se considera que de no estipularse expresamente la “sociedad solidaria” se entenderá aplicable el régimen de separación de bienes. Así, el artículo 385-10 del Código Civil para el Estado de Coahuila dispone que: El régimen patrimonial del pacto civil de solidaridad podrá ser el de separación de bienes o el de sociedad solidaria.

Para establecer el régimen de sociedad solidaria, es indispensable el otorgamiento de capitulaciones solidarias. Cuando los contratantes omitieren otorgar capitulaciones respectivas, se entenderá, por disposición de la ley, que el pacto civil de solidaridad se celebra bajo el régimen de separación de bienes.

Los compañeros civiles, después de celebrado el pacto civil de solidaridad, pueden cambiar el régimen de separación de bienes por el de sociedad solidaria y viceversa.

En la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal (México) se dispone que “las relaciones patrimoniales que surjan entre las o los convivientes, se regirán en los términos que para el acto señalen las leyes correspondientes” (artículo 18); sin embargo, para el Código Civil para el Distrito Federal el concubinato —al

cual es asemejado la sociedad de convivencia— no genera régimen patrimonial alguno, por lo que habrá de entenderse que el régimen patrimonial de la sociedad de convivencia es el de la separación de bienes.

Aunque la Ley sobre Convivencia Homosexual (Ley núm. 3736) de Río Negro (Argentina) y la Ley de Unión Civil (Ley núm. 1004) de Buenos Aires (Argentina) carecen de disposiciones expresas al respecto, el régimen patrimonial se rige, por remisión de dichas leyes, por las disposiciones aplicables a las parejas convivientes —en el caso de la convivencia homosexual— o a los cónyuges (matrimonio) —en el caso de la unión civil.

En el Proyecto de Ley sobre Parcería Civil Registrada de Brasil dispone que en el Registro de Inmuebles “se registrarán los contratos de parcería civil registrada entre personas del mismo sexo que versen sobre comunicación [sic] patrimonial, en los registros referentes a inmuebles o derechos reales pertenecientes a cualquiera de las partes, inclusive los adquiridos posteriormente a la celebración del contrato”¹²⁴.

Por su parte, el Proyecto de Ley sobre Pacto de Unión Civil de Chile señala que las partes de un pacto de unión civil “podrán acordar... someterse al régimen de comunidad... si las partes declaran expresamente no someterse al régimen previsto en este artículo... se presumirá que los bienes pertenecen en forma exclusiva al adquirente”.

¹²⁴ Artículo 1792-31, segundo párrafo.

c. Sucesiones

En el caso de la unión concubinaria de Uruguay, la Ley 18246 señala que el concubino sobreviviente tendrá los derechos sucesorios que el Código Civil consagra para el cónyuge (artículo 11).

Asimismo, dicha Ley dispone que “existiendo cónyuge supérstite, concurrirá con el concubino, integrando la misma parte, y en proporción a los años de convivencia”; previendo así el supuesto de que una persona pudiera haber tenido una relación matrimonial y otra concubinaria en vida, aunque no al mismo tiempo. En el pacto civil de solidaridad de Coahuila (México) serán aplicables a las sucesiones entre compañeros civiles, lo dispuesto por el propio Código Civil del Estado de Coahuila respecto a la sucesión del cónyuge¹²⁵.

En la sociedad de convivencia del Distrito Federal (México) las sucesiones se rigen por lo dispuesto en el Código Civil respecto a la sucesión legítima entre concubinos (artículo 14 de la Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal)¹²⁶.

Aunque la Ley sobre Convivencia Homosexual (Ley núm. 3736) de Río Negro (Argentina) y la Ley de Unión Civil (Ley núm. 1004) de Buenos Aires (Argentina) carecen de disposiciones expresas al respecto, el régimen de las sucesiones se rige, por remisión de dichas leyes, por las disposiciones aplicables a

¹²⁵ Artículo 1792-32 del Proyecto de Ley sobre Pacto de Unión Civil.

¹²⁶ Artículos 1075 a 1079 del Código Civil del Estado de Coahuila.

las parejas convivientes —en el caso de la convivencia homosexual— o a los cónyuges (matrimonio) —en el caso de la unión civil.

El Proyecto de Ley sobre Parcería Civil Registrada de Brasil dispone que los contratantes de parcería civil registrada con personas del mismo sexo, desde la fecha de su constitución, [gozarán] de los derechos de sucesión,¹²⁷ bajo las siguientes condiciones:

- a) El parceiro sobreviviente tendrá derechos, desde que no firme un nuevo contrato de parcería civil registrada, al usufructo de una cuarta parte de los bienes del de cujus, si hubiere hijos de éste.
- b) El parceiro sobreviviente tendrá derecho, en tanto no contraiga una nueva parcería civil registrada, al usufructo de la mitad de los bienes del de cujus, si no hubiera hijos, y no sobrevivieren ascendentes.
- c) Ante la falta de descendientes y ascendientes, el parceiro sobreviviente tendrá derecho a la totalidad de la herencia.
- d) Si los bienes dejados por el autor de la herencia resultaren de actividad en la que haya colaboración del parceiro, tendrá derecho el sobreviviente a la mitad de los bienes.

Por su parte, el Proyecto de Ley sobre Pacto de Unión Civil de Chile dispone que “si el pacto de unión civil termina por muerte de una de las partes la otra gozará de todos los derechos establecidos por la ley para el cónyuge sobreviviente”¹²⁸.

¹²⁷ De conformidad con el artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal “la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge”.

¹²⁸ Artículo 1792-40, primer párrafo del Proyecto de Ley sobre Pacto de Unión Civil.

V. DISCUSIÓN

5.1. Las uniones de hecho de parejas del mismo sexo como fuente de familia

El concepto que se tenga de familia puede variar de una época a otra, de una cultura a otra cultura, incluso de una persona a otra persona, así que a lo primero que habría que referirse en un trabajo de investigación pertinente a ese tema, es a lo que se entiende por “familia”.

Según el diccionario de la Real Academia Española el término familia tiene diversas definiciones, la primera dice que es un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas, la segunda la define como el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje, y una tercera dice que son los hijos o descendencia.¹²⁹

Belluscio en su Manual de Derecho de Familia dice que: “No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia.”¹³⁰

De esa manera, procede a explicar que la familia “amplia” (Parentesco), comprende el conjunto de personas con las que existe algún vínculo jurídico de orden familiar, es decir con las que existe una relación de parentesco por

¹²⁹ Definición obtenida del Diccionario de la lengua española, de la página de Internet de la Real Academia Española en consulta del 10 de mayo del 2019, de http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=familia

¹³⁰ BELLUSCIO, Augusto César (2004). Manual de Derecho de Familia. Tomo 1. Séptima Edición actualizada y ampliada. Primera Reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p.3.

consanguinidad o por afinidad y dice que: “Desde este punto de vista, cada individuo es el centro de una familia, diferente según la persona a quien se refiera...El expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el derecho de familia.”¹³¹

La “restringida” está compuesta únicamente por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos. Se le denomina también Pequeña familia, Familia Conyugal, Parentesco Inmediato o Núcleo Paterno-Filial. Y al respecto dice: “A diferencia de la familia en sentido amplio, definida por la existencia de relaciones jurídicas familiares y que determina el campo del derecho de familia, la familia en sentido restringido asume mayor importancia social que jurídica. Es el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales del siglo XX, que tienden a imponer al Estado su defensa o protección.”¹³²

La familia “intermedia” (como un orden jurídico autónomo) es “el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella.”¹³³ Aquí se refiere el autor a la correspondencia de esa significación con la que tenía en el Derecho Romano. Otros autores aprecian la familia, desde perspectivas más dependientes de las diversas etapas en el desarrollo del ser humano en sociedad en su conjunto.

¹³¹ Ibid., pp. 3 y 5.

¹³² Ibid., p. 5.

¹³³ Ibid., p. 5.

"La familia, dice Morgan, es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical sino cuando se ha modificado radicalmente la familia".¹³⁴

5.2. El reconocimiento constitucional de la unión entre parejas del mismo sexo

La inclusión de las parejas del mismo sexo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, representaría un avance significativo respecto de la protección de sus derechos en materia de igualdad frente a las uniones maritales de hecho y legales consagradas en la Constitución y la Ley. La defensa de sus derechos, constituye un reto importante para nuestra legislación, pues se reconoce una forma asociativa diferente a la del concepto de familia consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política.

El derecho comparado, muestra que el camino transitado por esta población, no ha sido nada fácil, hasta el punto en que han debido presentarse varias decisiones de las Cortes o tribunales (Colombia, Argentina, Canadá, EEUU) acerca de los derechos de las parejas homosexuales, en los que se ha logrado una protección casi integral de sus derechos.

¹³⁴ MORGAN, Lewis Henry (1979), citado por ENGELS, Federico. El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. En relación con las investigaciones de L.H. Morgan. Cali: Editorial Nuevo Horizonte, p. 30.

Así por ejemplo en el caso Colombiano el Amparo que tuvo su sentencia hito con la C-075 de 2007, donde se les otorgó la posibilidad que de una convivencia permanente, estable y singular, pudiera reclamarse la iniciación de una sociedad patrimonial, siempre que los bienes fueran conseguidos con base en la ayuda, socorro y trabajos mutuos de los integrantes de la pareja del mismo sexo. A este pronunciamiento, le siguieron otros que ratificaron su ratio decidendi, y les concedieron, más que derechos patrimoniales, derechos sociales como la afiliación en salud y la pensión de sobreviviente, hasta llegar a la que ha sido considerada como la sentencia más importante, por la cantidad de derechos que concede, la C-029 de 2009.

De esta manera, se ha entendido, que hoy en día las uniones de parejas del mismo sexo requieren una protección análoga a la que se encuentran sometidas las parejas heterosexuales que no estuvieren casadas entre sí, y que convivieran de manera permanente y singular, con base en el respeto del principio de la dignidad humana, y el derecho de la libre asociación, reflejado en el ejercicio de la libre opción sexual y el libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual se les ha permitido conformar una pareja con efectos semejantes a los consagrados para las uniones maritales de hecho.

5.3. El reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo

El reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo viene teniendo un avance significativo en diversos países, en gran parte gracias a la intervención de los Tribunales Constitucionales que jurisprudencialmente vienen promoviendo la igualdad bajo un criterio constitucional. Sin duda alguna este es el

resultado de una lucha de movimientos sociales que han buscado la reivindicación de sus derechos desde hace muchos años.

Dichos avances constituyen una visión pluralista, así mismo se ha avanzado en temas a partir de la discriminación por motivos de orientación sexual, frente a una clara omisión legislativa en un marco jurídico constitucional que sin embargo existe un factor político que bajo un discurso “discriminatorio” se opone al reconocimiento de derechos de las parejas del mismo sexo.

En un Estado democrático regido por el principio de igualdad la inconveniencia de someter una decisión que afecta exclusivamente a una minoría como lo es la comunidad LGBTI, a la participación democrática de todos los ciudadanos teniendo en cuenta que el Perú es un país donde se presenta una alta discriminación frente a la diversidad en materia de orientación sexual.

El reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo en el Perú se ha realizado por medio de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, ya que estos temas nunca han sido abordados por el Congreso, en este caso las parejas del mismo sexo han recibido pronunciamientos de distinta índole por parte del máximo tribunal Constitucional donde ha promovido la igualdad de acuerdo a lo establecido en la Constitución de 1993.

A continuación, se realizará un análisis a los derechos más relevantes concedidos a las parejas del mismo sexo; a saber:

- i) Régimen patrimonial entre compañeros permanentes del mismo sexo
- ii) Reconocimiento de pensión de sobreviviente a pareja del mismo sexo

- iii) Política pública de las PMS:
- iv) Matrimonio Igualitario entre PMS
- v) Adopción por PMS

5.4. Fundamentos constitucionales para reconocerle derechos a las parejas del mismo sexo

La comunidad homosexual ha sido, a lo largo del tiempo, discriminada y desprotegida dentro del mundo jurídico, y se les negaba categóricamente la posibilidad de reconocerles la igualdad de sus derechos civiles y familiares, cuando desde la manifestación de su voluntad, decidían conformar una pareja. Cada vez que se intentaba obtener dicho reconocimiento, las uniones de personas del mismo sexo siempre se tropezaron, más que con razones de fondo y de peso, con circunstancias adscritas a la moralidad pública, que nunca fueron suficientes del todo para negarles su protección, pues siempre fue evidente el privilegio del interés particular de quienes legislaban, sobre la necesidad de regular la realidad que se venía presentando con esta población.

Sin embargo, se debe aclarar que siempre estuvo garantizada la protección en la esfera individual, de la persona homosexual; en todos los casos conseguida a través de sentencias de tutela, donde se reconocieron derechos constitucionales fundamentales como el libre desarrollo a la personalidad, la libre opción sexual y la dignidad humana; pero no se había planteado la posibilidad de ir más allá, hasta el año de 2013, donde se presentó por primera el primer proyecto para su reconocimiento legal.

El reconocimiento de derechos a parejas del mismo sexo como el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo se debe a que su no reconocimiento o desconocimiento violentaba principios fundamentales como el derecho a la igualdad, pues sólo contemplar dentro de su ámbito de protección a las parejas de diferente sexo constituye un acto discriminatorio; así como también el de la libre opción sexual, dado que si se admitía que cada persona decidiera libremente su sexualidad, se le negaba la posibilidad de conformar comunidad de vida, en ejercicio de esa sexualidad.

5.4.1. El derecho a la libre opción sexual¹³⁵

La orientación sexual es independiente del sexo biológico o de la identidad de género; se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con personas. Es un concepto complejo cuyas formas cambian con el tiempo y difieren entre las diferentes culturas.¹³⁶

¹³⁵ Estas razones motivaron fundamentalmente a la selección del presente análisis, puesto que, en un estado constitucional de derecho, resulta de vital importancia el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de la persona humana, el respeto de su dignidad, valor humano y jurídico que reviste todo el ordenamiento nacional e internacional. La STC N° 6040-2015-PA/TC, como se aprecia actualmente, logra abrir nuevamente el debate respecto a la protección de los derechos fundamentales de las personas trans; debate que por cierto no goza de amplios consensos en nuestro país, porque un grueso sector de la población no acepta la idea de que los trans se integran a la sociedad tal y como son, y menos que el Estado les reconozca jurídicamente como tal. Además, en el campo académico jurídico, este tema merece mayor tratamiento, pues las leyes no aportan una respuesta satisfactoria para los trans ni tampoco para los jueces al momento de resolver, pues muchos elementos aún queda desprovistos de contenido, muestra de ello son los votos singulares discordantes de tres magistrados del Tribunal Constitucional que, razonadamente, se oponen a dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial anterior del Tribunal Constitucional, esto es, la recaída en la STC N° 139-2013-PA/TC, doctrina que por cierto se tocará necesariamente en el presente trabajo. Para terminar, la democracia es el gobierno de las mayorías, sin embargo, en un estado constitucional, la democracia halla su valor en sí, cuando protege y garantiza los derechos fundamentales de las minorías.

¹³⁶ Principios de Yogyakarta., p. 6. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.

Este derecho fundamental surge con base en el supuesto de si el legislador ha debido incluir dentro del mismo ámbito de protección establecido para las parejas heterosexuales, a las del mismo sexo, que eventualmente podían construir de manera permanente y singular una unión; teniendo claro que se trata de un grupo estigmatizado.

De esta manera, y aunque se reconoce expresamente que la sexualidad hace parte no sólo del libre desarrollo de la personalidad sino también del núcleo esencial de cada quien, que desde su propia autonomía la define, pues “aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos, pertenece a un campo de su libertad, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente y tampoco se genera un daño social.

5.4.2. El derecho a la igualdad¹³⁷

En principio, este derecho establece que no debe existir ninguna distinción respecto del tratamiento de la ley frente a las personas, pues en todo caso se deben respetar los derechos humanos, razón por la cual el Estado tiene la obligación de proteger de la misma forma a todos sus ciudadanos, ofreciéndoles los mismos beneficios y garantías, sin ningún tipo de discriminación; ello significaría que desde ningún punto de vista el Estado puede prescindir de su obligación de proteger a los

¹³⁷ En reiterada jurisprudencia el TC ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional [cfr. STC N° 0045-2004-AI/TC, 20]. Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas pe a propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes.

ciudadanos, y en razón de ello debe poner en funcionamiento todo lo necesario para garantizar el efectivo cumplimiento de este derecho.

Dando alcance al artículo 4 de la Constitución Política, esta solo obedece a la necesidad de proteger ese tipo de uniones legalmente, pues “(...) sin equiparar a los miembros de las uniones libres y a los cónyuges vinculados por el matrimonio, avanza en el sentido de reconocer jurídicamente su existencia y regular sus derechos y deberes patrimoniales”.

Lo anterior, porque si bien es cierto, la sociedad le había, por decirlo de algún modo, brindado su apoyo de forma débil a este tipo de parejas, por intermedio de figuras como el enriquecimiento sin causa y la sociedad de hecho entre concubinos, debido a su complejidad y dificultad probatoria, se limitaban notoriamente las posibilidades de demostrar que en algún punto se tenía un patrimonio en común, perteneciente por partes iguales a ambos componentes de la pareja; también lo era que no existía ninguna normatividad en defensa de sus derechos.

Asumir la tesis de la imposibilidad de conformar una familia, el reconocimiento de las uniones homosexuales, olvidan que “cuando las parejas homosexuales deciden hacer vida en común no se trata exclusivamente de meros arreglos económicos.

Las parejas heterosexuales tienen la garantía de sus derechos, pero a las parejas homosexuales se les ha enviado a resolverlos de manera voluntaria a través de escrituras públicas y otro tipo de arreglos económicos, pues en todo caso, como sucedió con las uniones maritales en su momento, pueden tener además de

complicaciones, límites legales, que no garantizaban en ningún caso la protección efectiva de sus derechos¹³⁸.

Sobre este presupuesto comenzó a tomar fuerza la figura de la sociedad de hecho, para proteger de alguna forma el patrimonio conseguido por las parejas del mismo sexo durante su convivencia, utilizando las herramientas ofrecidas por la Ley, para evitar que el esfuerzo de años en la mayoría de los casos, se viera afectado por la falta de regulación legal al respecto.

De esta manera, se empezó a comprender que “un mínimo que podría reconocer el Estado colombiano tiene que ver con los efectos patrimoniales de las parejas homosexuales. La diferenciación en este sentido produce una profunda diferenciación entre personas en virtud de su orientación sexual e identidad de género”.

Pero, al determinar la inexistencia frente al quebrantamiento del derecho fundamental a la igualdad, se perpetuó la violación de todos sus derechos ante la separación de su pareja o por muerte, lo cual se constituyó en el caso de vulneración más evidente que existía hasta el momento en la legislación, así lo sostienen autores como Fajardo A. Luis y Sánchez B. Marcela cuando señalan que “(...) la Corte Constitucional Colombiana, considerada uno de los órganos más avanzados en el mundo en cuestiones de Derechos Humanos, no ha querido reconocer la violación de los derechos fundamentales. Por su parte el legislador colombiano también ha

¹³⁸ FAJARDO ARTURO, Luis Andrés y SÁNCHEZ BUITRAGO, Marcela (2005). Voces Excluidas: Legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia. Bogotá: Tercer Mundo Editores, p. 89.

hecho eco de estas interpretaciones restrictivas y tampoco ha querido reconocer los derechos de las parejas del mismo sexo”¹³⁹.

5.4.3. El derecho a la libre asociación¹⁴⁰

Generalmente, se ha entendido en la doctrina ese derecho de asociación, “como la convención mediante la cual dos o más personas ponen en común, de manera permanente, bienes, conocimientos o actividad con el fin de alcanzar metas económicas o de cualquier otra naturaleza”¹⁴¹, que necesita para poder ejercerse, de la concurrencia de tres elementos esenciales: un acuerdo de voluntades, la permanencia y un objetivo en común.

Si ello es así, el caso de las parejas homosexuales cumpliría con todos los requisitos mencionados, pues cuando se habla de una comunidad de vida, se refiere a la posibilidad de conformar una pareja con la intención de convivir (acuerdo de voluntades), permanecer juntos mientras así lo decidan, y conformar una sociedad de bienes (objetivo común).

Nuestra Constitución “no se excluye la posibilidad de que las parejas homosexuales hagan uso de su derecho a la libre asociación para convivir en pareja

¹³⁹ Ibid., p. 90.

¹⁴⁰ El Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 2 de sentencia emitida en el Expediente 06863-2006-PA/TC, lo siguiente: que el contenido esencial del derecho fundamental de asociación comprende: a) el derecho de asociarse, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el derecho de no asociarse, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella; c) la facultad de autoorganización, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización; y d) el derecho a no ser excluido arbitrariamente de una asociación; en otros términos, el derecho a no ser objeto de medidas que de modo irrazonable o desproporcionado aparten a una persona de la asociación a la que pertenece.

¹⁴¹ VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo (2004). Derecho Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 389.

y vivir libremente su sexualidad, toda vez que el concepto de pareja, independientemente de que se trate de personas homosexuales o heterosexuales, se refiere a una forma asociativa diferente al de familia (...).” De esta manera se pretende demostrar que las uniones homosexuales, pueden conformarse independientemente de la posibilidad de construir o no una familia.

Así las cosas, se concluyó la existencia de una discriminación injustificada frente a las parejas del mismo sexo, pues mientras se les reconocía el derecho determinar su sexualidad, tal protección se limitaba sólo al ámbito individual, y, cuando decidían conformar una unión con un proyecto de vida en común, de forma permanente y estable, la defensa de sus derechos les era negada, en tanto no se les permitía resolver legalmente los conflictos patrimoniales que se presentaban cuando cesaba su vida en pareja.

Por lo anterior, se decidió, más que proteger a la familia, reconocer a la pareja formada en virtud del derecho de asociación “(...) que hoy por hoy presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado,” razón por la cual mantener su aplicación únicamente para las uniones heterosexuales, significaba no sólo ignorar la realidad formada por este tipo de parejas, sino también mantener esa diferenciación.

5.4.4. El principio de la dignidad humana¹⁴²

La dignidad humana es un principio fundante de nuestro Estado Social de Derecho, que encuentra su consagración expresa en el preámbulo de nuestra Constitución Política. Como principio, no puede considerarse aisladamente, sino que de su garantía dependen también, muchos de los otros derechos consagrados en nuestro texto constitucional, así, puede decirse que tiene relación directa con las expresiones propias de la autonomía de la voluntad, y con el libre desarrollo de la personalidad¹⁴³.

¹⁴² Que el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha manifestado respecto del derecho invocado que: “[...] la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dínamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos” (STC 10087-2005-PA, fundamento 5).

“[...] la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, [...], que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, [...], también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprehensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica [...]” (STC 02273-2005-HC, fundamentos 8 y 9).

¹⁴³ CANALES CAMA, Carolina (2010). “La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano” En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 45.

De manera que, cuando se reclama el respeto de este principio, se está defendiendo el derecho de cada quien a autodeterminarse y a formar una pareja, siempre y cuando no se vulneren derechos de terceros ni el interés general, pues en ningún caso, puede sobreponerse el interés general a derechos inherentes a la persona humana, que es lo sucedido cuando el legislador establece expresamente que serán las parejas heterosexuales quienes tengan derechos patrimoniales y no los homosexuales, pues se está diferenciando a una minoría a quienes no se les permite “(...) la libertad de elección de un plan de vida en concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle”¹⁴⁴.

En este sentido, esa falta de protección jurídica a la realidad constituida por las parejas de mismo sexo violenta su dignidad “porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar.

Con base en esta argumentación, se debe concederle la protección patrimonial a las parejas del mismo sexo, que en ejercicio de su derecho de libre asociación, decidan de manera libre y voluntaria conformar un proyecto de vida, de manera permanente y singular, pues se reconoce que una decisión en sentido contrario sería como permitir las limitaciones al ejercicio de la autonomía de estas personas,

¹⁴⁴ Ibidem.

situación que a todas luces, no resulta acorde con el libre desarrollo de su personalidad.

Se ratifica entonces, que la protección no puede limitarse sólo a la esfera individual de la persona, sino que debe ser integral, en todos los campos jurídicos donde pueda ser amparado. Ello, porque se podría pensar que cuando se habla de la concesión de derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, no solamente se refiere a la posibilidad de reclamar gananciales si eventualmente se llegara a constituir una sociedad patrimonial, sino también a la de pedir otros derechos, que hasta el momento les eran reconocidos a las uniones heterosexuales, tales como el de pedir alimentos, la afectación a vivienda familiar o el patrimonio de familia.

5.5. La unión civil no matrimonial como desafío de la democracia constitucional en el Perú¹⁴⁵

Parece evidente que el rechazo a la unión civil no matrimonial sobrepasa la defensa del matrimonio y la familia, y se proyecta como un argumento que atraviesa la configuración de los derechos fundamentales. Por ello, se abre también la pregunta sobre el sentido que adquiere la democracia constitucional cuando los derechos que ésta garantiza se subordinan a la existencia de ciertos valores naturales.

Las razones de quienes se oponen al proyecto para reconocer la unión civil no matrimonial en el Perú no son nuevas. Su principal argumento gira en torno al

¹⁴⁵ GONZALES MANTILLA, Gorki (2015). “La unión civil no matrimonial como desafío de la democracia constitucional” En: <https://puntoedu.pucp.edu.pe/opinion/la-union-civil-no-matrimonial-como-desafio-de-la-democracia-constitucional/>

carácter natural de la familia y el matrimonio. Se reitera, por cierto, que la finalidad de éste es la procreación de la especie humana. En suma, se deja entrever que estas consideraciones forman parte de un ideal moralmente bueno, al que deben subordinarse los planes de vida individuales de todos.

Pero ¿cómo se entiende la idea de lo natural y cuáles son las consecuencias que derivan de extender su influencia, como algo determinante, al ámbito de los derechos y las instituciones públicas?. Parece evidente que el rechazo a la unión civil no matrimonial sobrepasa la defensa del matrimonio y la familia, y se proyecta como un argumento que atraviesa la configuración de los derechos fundamentales. Por ello, se abre también la pregunta sobre el sentido que adquiere la democracia constitucional cuando los derechos que ésta garantiza se subordinan a la existencia de ciertos valores naturales.

Pues bien, una versión fuerte de “lo natural” postula la existencia de ciertos valores absolutos e inmutables que funcionan como preceptos sobre la moral y el buen vivir. Un modelo de virtud que -como ha sido dicho por Carlos S. Nino- el Estado tiene el deber de imponer porque se asume que lo mejor para la vida de las personas o lo que satisface sus intereses, es independiente de sus propios deseos. Así se entiende el modelo perfeccionista y así ocurre en los Estados fundamentalistas donde los valores religiosos funcionan como verdades absolutas que se imponen para modelar la libertad de las personas y para hacerlas “mejores”. En estas realidades, las libertades de conciencia, la vida familiar, la libertad de

expresión, tanto como algunas instituciones de la comunidad, como el matrimonio, están predeterminadas por los valores naturales.¹⁴⁶

Sin embargo, no es difícil ver este tipo de políticas legislativas en nuestros países. Ejemplos nítidos de ello se recuerdan en la forma como el Código Civil de 1936 regulaba la situación de la mujer casada. Sólo es necesario citar las siguientes reglas para comprobar que el Estado, a través del derecho, fijaba los intereses de la mujer en el matrimonio subordinando su voluntad a la del marido. Se decía: “el marido dirige la sociedad conyugal.

La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar” (art. 161°). Al marido compete fijar y mudar el domicilio de la familia, así como decidir sobre lo referente a su economía (Art. 162°). Como parece obvio, la mujer era convertida en un ser disminuido, sin voluntad, para cumplir el ideal del matrimonio sobre el cual se debía fundar la familia.

Aunque estos términos han cambiado en el Código civil de 1984, la sombra del perfeccionismo moral no termina de despejarse. El artículo 24° aún mantiene un rezago del imaginario anterior cuando dice: “La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio”.

¹⁴⁶ SANTIAGO NINO, Carlos (1994). Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho. Barcelona: Ariel, p. 32.

Así, aunque debilitada la idea de pertenencia y subordinación de la mujer, todavía se hace visible la fuerza del “antiguo régimen” y de su impronta moral. La tendencia es aún más nítida en la norma que regula el matrimonio como “la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer” (art. 234°). Esta regla no deja la menor duda sobre el origen natural atribuido al matrimonio, en esos términos se proyecta su imposición sobre quienes quisieran contraerlo, negando la libertad o, más bien, restringiéndola a este modelo que se levanta como designio de valores inmutables, como el modelo perfecto para construir la familia.

En este contexto, se viene ensayando una variante soft, quizá para que la defensa de “lo natural” no parezca “fuera de época” y resulte defendible aún hoy. Aquí se afirma que lo discutido en el proyecto sólo entraña un problema de derechos patrimoniales o derechos legales: brindar garantías para los bienes patrimoniales y para los derechos de las partes en la relación; por ejemplo, visitas a establecimientos penitenciarios, centros de salud, nacionalidad, seguridad social, toma de decisiones en tratamientos médicos o quirúrgicos, entre otros.

En líneas generales, las propuestas contrarias al proyecto sobre la unión civil no matrimonial, apuntan a que todo podría ser resuelto con un “ajuste” legal, incidiendo en las reglas del Código civil.

Este enfoque del problema no puede ocultar la escasa relevancia atribuida al derecho a decidir sobre la orientación sexual y la definición del plan de vida. Ambas consideraciones son ubicadas en un espacio residual, distante de toda reivindicación constitucional. Se trata de una ruta que desconoce el valor del derecho a la igualdad como derecho fundamental en el núcleo del problema y que desmerece, como

producto de este déficit, el respeto y garantía de la autonomía para afirmar los propios intereses y deseos.

Es bueno recordar que el proyecto sobre la unión civil no matrimonial defiende el derecho a la igualdad en su relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ambos son piezas esenciales de la estructura que soporta el reconocimiento y la práctica de los derechos fundamentales y, por lo tanto, son valores protegidos por la democracia constitucional. Ambos derechos pueden debilitarse gravemente si son sometidos al designio de los valores naturales, comprometiendo con ello el carácter racional de la democracia¹⁴⁷.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad permite garantizar la efectiva capacidad de elegir y concretar las concepciones personales sobre lo mejor para uno mismo y, conforme a ello, la posibilidad de definir un plan de vida con autonomía. En esta línea de razonamiento, la igualdad garantiza la atribución y reconocimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de derechos y libertades con la única limitación proveniente de los derechos de terceros. La igualdad exige valorar las razones que permiten categorizar a los individuos de una forma en particular, para definir las condiciones que deben recibir en el trato, en términos de legitimidad¹⁴⁸.

La igualdad implica necesariamente el reconocimiento de la diferencia, pues del examen de ésta surge la garantía del derecho en forma coherente con la realidad del sujeto. Y el reconocimiento de los derechos es precisamente lo que se buscaba con el proyecto de la unión civil no matrimonial. Por eso es que no existe el derecho

¹⁴⁷ GONZÁLES MANTILLA, Gorki (2015). “Derechos fundamentales vs. Creencias: La unión civil no matrimonial como desafío de la democracia constitucional”, En: La Ley, Lima, marzo, p. 16.

¹⁴⁸ Ibidem.

a la igualdad ni el derecho al libre desarrollo de la personalidad, si el punto de referencia para categorizar a los sujetos proviene de un modelo ideal de valores naturales e interfiere en la autonomía del sujeto¹⁴⁹.

En las propuestas que se oponen al proyecto de unión civil no matrimonial, se subvalora el principio de igualdad y se desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Estos no aparecen como problema de fondo y, en el mejor de los casos, se les sitúa en un “segundo nivel” por debajo del modelo ideal atribuido a la familia y al matrimonio. De este modo, se busca impedir toda intrusión en el sentido “natural” de la familia, para mantener intocado el carácter también “natural” del matrimonio. El objetivo final no pasa desapercibido: consagrar el blindaje del “primer nivel” ideal de valores naturales en el que se ubican ambas instituciones¹⁵⁰.

Desconocer los derechos por razones atribuidas a la orientación sexual, peor aún si la motivación se funda en un plan ideal de valores naturales, configura un supuesto de discriminación. Nada nuevo entre nosotros, pues la discriminación es un reflejo del argumento de la superioridad/inferioridad por naturaleza, que ha justificado la exclusión y la desigualdad estructural a lo largo de nuestra vida republicana.

Esa es la ruta que siguen las ideas que defienden los detractores de la unión civil cuando descalifican o invisibilizan por razones “naturales” los derechos de la comunidad homosexual o, en el escenario menos grave, cuando se les reconoce un espacio marginal del derecho para que puedan llevar adelante sus vidas siempre que

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ Ibidem.

no se alteren las “instituciones naturales”. Es como salvar el orden legal a costa de desconocer o avasallar los derechos de las minorías¹⁵¹.

Tampoco es novedad en la historia de la discriminación que se diga, sumado a todo lo anterior, que el modelo inmutable de valores que el matrimonio y la familia representan, responde a la opinión de las mayorías. Es en este último argumento que se pone en cuestión el sentido de la democracia como régimen que garantiza los derechos individuales.

La consecuencia de esta idea acabaría por someter cualquier derecho fundamental a las creencias, a los gustos o al simple arbitrio de quienes forman la mayoría en un momento determinado. Esta mayoría terminaría por suplantar los derechos y libertades para convertirlos en nombres sin contenido.

El Estado no sostendría más su legitimidad en la obligación de realizar los derechos y más bien encontraría justificación en la voluntad abstracta de quien dice representar a las mayorías, el poder de turno o los poderes fácticos. Por todo esto, el reconocimiento de la unión civil no matrimonial es un desafío que debe contribuir al proceso histórico que la conquista de los derechos supone y en esa dirección, al afianzamiento de la democracia constitucional.

5.6. Validación de la hipótesis

Argumento 1: La familia como base natural y fundamento de la sociedad ha sido definida de muchas maneras, sin embargo, su conceptualización está basada

¹⁵¹ Ibidem.

en la realidad que vive cada una de esas formas de asociación. La permanencia de la familia a lo largo de la historia, ha dotado al ser humano de diferentes percepciones de ese grupo tan esencial para su desarrollo.

En la actualidad las relaciones de convivencia estable, pública y notoria, son visualizadas de manera empírica, como familia, y de esa misma forma las parejas formadas por personas del mismo sexo con esas características, están siendo consideradas familia. Si se reconoce como vínculo familiar a las uniones de hecho homosexuales, el ordenamiento, en razón de la protección que según la Constitución Política y los instrumentos internacionales debe otorgarle a la familia, está en la obligación de tutelarlas de alguna manera.

Argumento 2: Para algunos especialistas en derechos humanos, el respeto por la orientación sexual de los demás, representa tolerancia y madurez democrática, además de que propicia el desarrollo de seres humanos más felices y plenos, sin remordimientos ni prejuicios y más capaces de construir mejores sociedades para las generaciones futuras. En los últimos años la sociedad peruana ha experimentado una exposición de esa minoría homosexual, que ha provocado diferentes reacciones en diversos ámbitos.

Argumento 3: La carencia de regulación representa muchas diferencias en los efectos que generan una relación marital –se haya ésta formalizado o no– y una relación estable entre personas del mismo sexo a nivel jurídico. Una de las principales discrepancias es que los homosexuales tienen que pagar para poder proteger su patrimonio y a su pareja, mientras que los heterosexuales adquieren esa protección automáticamente al legitimar su relación.

Ese cambio, brindaría una regulación para esas relaciones, que podría ser aceptada socialmente con mayor facilidad por ser una forma más disimulada de abordar el tema, y a pesar de que no llena completamente el vacío legal existente, por reconocerse según plantea la norma, hasta que finaliza la relación. Esa regulación se seguiría utilizando aún cuando se creara otra figura, porque siempre habrá quienes necesiten reconocer el vínculo familiar que tuvieron, pero que nunca formalizaron.

Argumento 4: Las relaciones afectivas entre personas homosexuales, cada día son más visibilizadas. El avance social, les ha permitido adoptar una forma de vida antes inimaginable. La mitigación de su señalización, la mejora en el tema de la discriminación y la misma incorporación de algunas de esas relaciones afectivas al propio entorno social de sus miembros, han propiciado una mayor aceptación y una mayor percepción de su vinculación afectiva como “pareja”.

La familia como elemento natural –es la única forma de asociación que el hombre tiene en común con los animales–, es fundamento de la sociedad, y la primera agrupación social con la que se relaciona y tiene contacto el homosexual; pero a la vez, los homosexuales al relacionarse afectivamente y convivir como pareja conforman otra comunidad, que se convierte en el entorno en el que más se desenvuelven y que los provee de cariño, protección, cooperación, y otras condiciones que la convierten también en su familia. La sociedad de la misma manera que ha reconocido el concubinato como familia desde hace mucho tiempo, antes que la misma legislación, ha comenzado poco a poco a visualizar ese vínculo afectivo homosexual igualmente como familia.

Argumento 5: En cuanto a si constituye el reconocimiento de la unión de hecho de parejas del mismo sexo, un derecho fundamental o no, para los homosexuales, creemos que a pesar de ser concebido principalmente para parejas heterosexuales, su extensión de aplicación a esa minoría, es una demostración de madurez jurídica, de tolerancia y de desarrollo social, pero sobre todo, de una amplia apreciación por los derechos humanos de los países que lo han considerado aplicable a cualquier persona independientemente de su orientación sexual.

Nuestra Constitución Política no establece la orientación sexual que deben tener la pareja en el matrimonio o la unión de hecho, la única referencia que hace sobre esa institución es reconocerla como base esencial de la familia, y claro está que dice descansar en la igualdad de los cónyuges, pero el término cónyuge es un concepto que, igual que sucede con la significación de familia, puede incluir diversas determinaciones.

Lo que más bien nos encaminaría a reconocer que de haberse declarado la inconstitucionalidad del famoso inciso, el matrimonio sería la única institución jurídica con la que contaría el país para amparar a la pareja homosexual, ya que la unión de hecho según la normativa correspondiente limita el reconocimiento a las uniones entre un hombre y una mujer.

VI. CONCLUSIONES

1. Los argumentos para sustentar la inconstitucionalidad parcial del Artículo 326° del Código Civil por transgredir derechos fundamentales, y que vienen afectando al negarse las uniones civiles no matrimoniales entre personas del mismo sexo, son: derecho a la dignidad, la identidad sexual, la salud, la igualdad, la libertad, la no discriminación, así como también todos los derechos civiles y patrimoniales que se otorgan hoy a las parejas heterosexuales.
2. La homosexualidad es una realidad en nuestra sociedad y las uniones homosexuales están compuestas por ciudadanos con iguales derechos y deberes que los ciudadanos heterosexuales, pero que se desenvuelven en una sociedad con un ordenamiento jurídico que ha sido incapaz de regular sus relaciones afectivas, como ha regulado las de las parejas heterosexuales que conviven fuera del matrimonio, comenzando por el reconocimiento de su vínculo familiar, en contraposición con su reconocimiento social.
3. Los fundamentos constitucionales para reconocerle derechos a las parejas del mismo sexo lo constituyen el principio-derecho a la igualdad, el derecho a la libre opción sexual, el derecho a la libre asociación y el principio-derecho de dignidad humana, lo cual constituyen los fundamentos para cuestionar la inconstitucionalidad del Artículo 326° del Código Civil
4. La aprobación de una ley que regule las uniones entre personas del mismo sexo pondría coto al vacío legal en la que se encuentran estos ciudadanos y ciudadanas, brindándoles una protección legal donde se formalicen deberes y derechos que se generan de estas uniones, creándose de esta manera una figura

jurídica que las tutele, reconocidos en nuestra Constitución y de todos los instrumentos y tratados internacionales en materia de protección de los derechos humanos, en la medida que se basa en el respeto de la dignidad, la igualdad, la libertad y la no discriminación.

5. No se justifica que en un Estado constitucional sean los jueces los llamados a remediar las omisiones del legislador, toda vez que nuestra Constitución Política no establece la orientación sexual que deben tener la pareja en el matrimonio o la unión de hecho, la única referencia que hace sobre esa institución es reconocerla como base esencial de la familia, y claro está que dice descansar en la igualdad de los cónyuges, pero el término cónyuge es un concepto que, igual que sucede con la significación de familia, puede incluir diversas determinaciones.

VII. RECOMENDACIONES

1. A los legisladores aprobar una Ley que reconozca y regule la Unión Civil entre personas del mismo sexo, al amparo de las normas constitucionales como la igualdad, libre desarrollo, identidad sexual y la jurisprudencia sobre de órganos jurisdiccionales nacionales (caso Oscar Ugarteche) y supranacionales (Caso Karen Atala vs el Estado Chileno).
2. A los operadores jurídicos consolidar un sistema efectivo orientado al mejor tratamiento por parte de sus operadores, mejorando la prevención, la protección, el castigo y la reparación en términos de violencia física, psicológica y sexual, en casos cuyo móvil sea la particular orientación sexual e identidad de género de la víctima.
3. A la universidad y la población en general a tomar conciencia de las desigualdades, la discriminación y la vulneración de derechos de parejas conformadas por personas del mismo sexo en función a otras parejas heterosexuales, por ello la universidad en su función de responsabilidad social debería de asumir dicha tarea.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUILÓ, JOSEP. (2007). “*Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas en pocas palabras*”. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30, Alicante.
2. ALEXY, ROBERT (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
3. ANDRÉS, DIEGO (2005). “*El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Perspectivas del problema*”. En: FORO Revista de Derecho, No. 4, Quito: UASB-Ecuador / CEN.
4. ARANZAMENDI, LINO (2011). *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Grijley.
5. BERNAL, CARLOS (2006). “*El neoconstitucionalismo a debate*”. En: Temas de Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
6. BIDART, Germán (1997). “*Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales*”, en BAZÁN, Víctor, (coord.). *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá: Editorial Temis.
7. BOBBIO, NORBERTO (1997). “*Teoría del Ordenamiento Jurídico*”. En: *Introducción al Derecho*. Madrid: Editorial Síntesis.
8. BRIONES, GUILLERMO (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Editorial Trillas.

9. BULNES, LUZ (2006). “*La inconstitucionalidad por omisión*” en: Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Chile.
10. CALDERÓN, JAVIER (2008). *Uniones de Hecho en el Perú*. Disponible en sitio web: <http://escribiendodercho.blogspot.com/2008/04/uniones-de-hecho-en-el-per.html>.
11. CANALES, CAROLINA (2010). “*La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano*” En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
12. CARBONELL, MIGUEL (2007). “*El Neoconstitucionalismo en su Laberinto*” En: Carbonell, M. (Editor). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
13. CASAL, JESÚS (2003). “*La protección de la Constitución frente a omisiones legislativas*”. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Buenos Aires: Ciedla I Konrad Adenauer Stiftung.
14. COMANDUCCI, PAOLO (2009). “*Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico*”. En: Carbonell, M. (Compilador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
15. COMMANDUCI, PAOLO (2005). “*Constitucionalización y teoría del derecho*”. En: *Conferencia* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo XLIV, Córdoba.

16. CORNEJO, HÉCTOR (1985). *Derecho familiar peruano*. Tomo I. Lima: Studium Ediciones.
17. DWORKIN, RONALD (1993). *¿Los Derechos en Serio?*. Buenos Aires: Editorial Planeta.
18. FAJARDO, LUIS y SÁNCHEZ, MARCELA (2005). *Voces Excluidas: Legislación y derechos de lesbianas, gais, bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
19. FERNÁNDEZ, FRANCISCO (1995). “*La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?*”, en: *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá: Editorial Temis.
20. FERRAJOLI, LUIGI (2003). “*Pasado y futuro del Estado de Derecho*”. En: CARBONELL Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Editorial Trotta.
21. FIORAVANTI, MAURIZIO (2000). *Los derechos fundamentales. Apuntes de la teoría de las Constituciones*. Madrid: Trotta.
22. FLORES, PEDRO (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental*, Editorial Grijley, Lima.
23. GASCON, MARINA y GARCIA, ALFONSO (2005). *La argumentación en el derecho*. Lima: Editorial Palestra.
24. GONZALES, Gorki (2015). “La unión civil no matrimonial como desafío de la democracia constitucional” En:

<https://puntoedu.pucp.edu.pe/opinion/la-union-civil-no-matrimonial-como-desafio-de-la-democracia-constitucional/>.

25. GONZÁLES, GORKI (2015). “Derechos fundamentales vs. Creencias: La unión civil no matrimonial como desafío de la democracia constitucional”, En: *La Ley*, Lima, marzo.
26. GUASTINI, RICARDO. (2010). *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima: ARA Editores.
27. HABERLE, PETER (1996). “*La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución*”. En: Retos actuales del Estado constitucional. Bilbao: Editorial Santillana.
28. HERNANDEZ, ROBERTO et al (2010). *Metodología de la investigación*. México: Editorial McGrawHill.
29. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (2012). *Perú: Nacimientos, Defunciones, Matrimonios y Divorcios 2012*. Lima: INEI.
30. LOPERA, PATRICIA. (2004). “*La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*”. Cuadernos de investigación Universidad EAFIT, Medellín. Disponible en: publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/article/.../1325/1196/

31. MONROY, GERARDO (2015). “*Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la corte Constitucional colombiana*”, ver en: www.lrkt.lt/.../INCONSTITUCIONALIDAD%20POR%20OMISION%20EN%20].
32. MONTOYA, MARIANO (2006). *Matrimonio y separación de hecho*. Lima: Editorial San Marcos.
33. MORÓN, Juan Carlos (1999). “*La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico*”. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima.
34. PECES, GREGORIO (1999). “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”. En: *Boletín Oficial del Estado*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
35. PLÁCIDO, ALEX (2003). *Manual de derecho de familia. Nuevo enfoque del estudio del derecho de familia*. 2ª edición. Lima: Gaceta Jurídica.
36. PRIETO, LUIS (2001). “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid.
37. PRIETO, LUIS (2007). *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Lima: Editorial Palestra.
38. QUIROZ, WILLIAN (2007). *Investigación Jurídica*. Lima: Editorial Imsergraf.

39. RECASENS, LUIS (1980). “La concepción mecánica de la función jurisdiccional”. En: *La nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa.
40. ROBLES, LUIS. et al. (2016). *El paradigma jurídico neoconstitucionalista en la configuración del Estado Constitucional: El caso peruano según la Constitución de 1993*. Lima: Ffecaat.
41. ROBLES, LUIS (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Lima: Editorial Ffecaat.
42. ROBLES, LUIS et al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y Jurídica*. Lima: Editorial Fecatt.
43. SÁNCHEZ, LUIS. (2011). *Después del positivísimo. Re-sustantivando el Derecho*. México: Fontamara.
44. SANTIAGO, CARLOS (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel.
45. SCHMIT, KARL (2001). “Legalidad y legitimidad”. En: *Teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, México.
46. TORRES, MANUEL (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
47. VARSÍ, ENRIQUE (2011). *Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

48. VASQUEZ, YOLANDA. (1988) *Derecho de la Familia. Teórico-Práctico*. Tomo I. Lima: Editorial Rodhas.
49. VEGA, YURI (2010). *Consideraciones Jurídicas sobre las Uniones de Hecho*. Disponible en sitio web: <http://blog.pucp.edu.pe/item/24616>.
50. VELÁSQUEZ, CAMILO (2004). *Derecho Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
51. VIERA, CHRISTIAN (2012). “*El concepto de familia y la unión civil de personas del mismo sexo*” En: *Nomos*. Universidad de Viña del Mar - N° 1.
52. VILCAPOMA, JOSÉ (2013). *Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario*. Lima Editorial Argos.
53. WITKER, JORGE y LARIOS, ROGELIO (1997). *Metodología jurídica*. México: Universidad Autónoma de México.
54. ZAGREBELSKY, GUSTAVO (1995). *El Derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.
55. ZAGREBELSKY, Gustavo (1995). *El Derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.
56. ZELAYARAN, MAURO (2000). *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas.

VI. ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: LA INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL POR OMISIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 326 DEL CÓDIGO CIVIL Y LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	ASPECTOS METODOLÓGICO
<p>GENERAL: ¿Cuáles son los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales para justificar la inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa del artículo 326 del código civil en relación a las parejas del mismo sexo en las uniones de hecho?</p> <p>ESPECÍFICOS: a) ¿Es constitucionalmente válido sostener que la Constitución excluye de su protección a las parejas del mismo sexo en las uniones de hecho? b) ¿A qué se debe la invalidez constitucional de la unión de hecho restringida para las parejas de sexo distinto? c) ¿Cuáles son los parámetros constitucionales y jurisprudenciales para justificar la inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa del artículo 326 del código civil en relación a las parejas del mismo sexo? d) ¿Se justifica que en un Estado constitucional de Derecho sean los jueces los llamados a remediar mediante sus sentencias las omisiones del legislador?</p>	<p>Objetivo general Determinar los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales para justificar la inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa del artículo 326 del código civil en relación a las parejas del mismo sexo en las uniones de hecho. Objetivos específicos a) Explicar si es constitucionalmente válido sostener que la Constitución excluye de su protección a las parejas del mismo sexo en las uniones de hecho. b) Analizar a qué se debe la invalidez constitucional de la unión de hecho restringida para las parejas de sexo distinto o de parejas homosexuales. c) Describir los parámetros constitucionales y jurisprudenciales para justificar la inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa del artículo 326 del código civil en relación a las parejas del mismo sexo. d) Establecer si se justifica que en un Estado constitucional de Derecho sean los jueces los llamados a remediar mediante sus sentencias las omisiones del legislador.</p>	<p>El reconocimiento del principio de dignidad, igualdad, y los criterios jurisprudenciales sobre discriminación por orientación sexual constituyen los fundamentos para justificar la inconstitucionalidad parcial de la regulación del artículo 326 del Código Civil peruano por discriminación por orientación sexual a las parejas del mismo sexo, no existiendo ninguna justificación razonable dentro de un Estado Constitucional para establecer dicha diferencia y desprotección.</p>	<p>Categoría 1: Inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa</p> <ul style="list-style-type: none"> • Supremacía constitucional • Principios constitucionales • Control constitucional • Clases de inconstitucionalidad <p>Categoría 2: Código civil</p> <ul style="list-style-type: none"> • Interpretación constitucional • Código civil constitucionalizado • Naturaleza • Validez • Legitimidad <p>Categoría 3: Las parejas del mismo sexo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Jurisprudencia del TC • Jurisprudencia de la CIDH • Legislación comparada • Proyecto de ley 	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Dogmática TIPO DE DISEÑO: No Experimental DISEÑO GENERAL: Transversal DISEÑO ESPECÍFICO: Explicativa MÉTODOS ESPECÍFICOS: Exegético, Hermenéutico, Dogmático, Argumentación jurídica. UNIDAD DE ANÁLISIS: DOCUMENTAL conformado por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Identificación del lugar donde se buscará la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recojo de información en función a los objetivos y categorías. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información <p>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. TÉCNICA DE ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN Se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS: Método de la argumentación jurídica.</p>

