

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**EL MODELO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA Y LA UNIÓN CIVIL NO
MATRIMONIAL PARA PERSONAS DEL MISMO SEXO COMO
DESAFÍO DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogada

Responsable de la investigación:

Bach. ELSA ANGÉLICA VELÁSQUEZ BAMBAREN

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2018



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,
PARA 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 SUNEDUN° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: VELASQUEZ BAMBAREN Elsa Angélica

Código de alumno: 102-1604-436 Teléfono: 927299857

Correo electrónico: elsaangerlica4@gmail.com DNI o Extranjería: 73227667

2. Modalidad de trabajo de investigación:

Trabajo de investigación Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional Tesis

**3. Título Profesional o Grado
Académico:**

Bachiller Título Segunda especialidad

Licenciado Magister Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

EL MODELO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA Y LA UNION CIVIL NO MATRIMONIAL
PARA PERSONAS DEL MISMO SEXO COMO DESAFIO DE LA DEMOCRACIA
CONSTITUCIONAL.

5. Facultad de: DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.

6. Escuela, Carrera o Programa: DERECHO

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: Dr. ROBLES TREJO Luis Wilfredo Teléfono: 943631567

Correo electrónico Correo llobles@gmail.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.

.....

D.N.I.: 73227667

HUARAZ 04 DICIEMBRE 2018

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento, a cada uno de mis seres queridos, quienes han sido pilares para seguir adelante, a mis profesores por sus diferentes formas de enseñarme quienes me incentivaron en muchos sentidos a seguir adelante.

DEDICATORIA

*Dedico esta tesis a todas las personas inclusivas y
tolerantes que practican la democracia.*

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	4
1.2. Formulación del problema.....	8
1.2.1. Problema general.....	8
1.2.2. Problemas específicos	8
1.3. Importancia del problema.....	10
1.4. Justificación y viabilidad	10
1.5. Formulación de objetivos.....	14
1.5.1. Objetivo general.....	14
1.5.2. Objetivos específicos	15
1.6. Formulación de hipótesis	15
1.7. Variables	16
1.8. Metodología.....	16
1.8.1. Tipo y diseño de investigación.....	16
1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....	17
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....	18
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información	18
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información.....	19

1.8.6. Validación de la hipótesis	20
---	----

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	22
2.2. Bases teóricas.....	24
2.2.1. El paradigma neocosntitucionalista como fundamento del Estado Constitucional	24
2.2.2. El diseño constitución de familia según la Constitución de 1993.....	43
2.2.3. Sobre la homosexualidad y la moral pública	46
2.2.4. El matrimonio: ¿palabra absoluta?.....	48
2.2.5. De la libertad, dignidad y otros derechos.....	50
2.2.6. Democracia constitucional.....	53
2.3. Definición de términos.....	58

CAPÍTULO III

RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN

3.1. Los proyectos de ley sobre el matrimonio homosexual.....	60
3.1.1. El proyecto Bruce	60
3.1.2. Critica al dictamen sobre la postura de la Comisión de Justicia.....	61
3.1.3. Proyecto de ley 96/2016-CR: Matrimonio Homosexual.....	63
3.1.4. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «El matrimonio homosexual no es un derecho».....	65
3.2. Hacia un desentendimiento de las realidades	66
3.3. El modelo constitucional de familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.....	68

3.4. Familia y postura respecto al matrimonio en los Tratados	
Internacionales ratificados por el Perú	71
3.4.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	72
3.4.2. Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre	73
3.4.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	74
3.4.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y	
Culturales.	75
3.4.5 Convención sobre los Derechos del Niño	76
3.4.6. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de	
San José de Costa Rica)	77
3.4.7. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos	
los trabajadores migratorios y de sus familiares.....	78
3.4.8. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	79
3.4.9. Análisis de las Convenciones antes expuestas	80
3.5. Legislación peruana	81

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. La familia en la Constitución Política del Perú: A propósito del debate sobre	
la unión civil.....	86
4.1.1 La Familia en la historia constitucional de nuestro país	87
4.1.2. La familia en los tratados sobre derechos humanos	87
4.1.3. La Familia en la Constitución histórica del Perú	88
4.1.4. ¿Existe un único modelo de Familia definido en la	
Constitución de 1993?	88

4.1.5. La Familia como institución natural	89
4.1.6. La Familia y los nuevos tiempos.....	89
4.1.7. Los nuevos modelos de Familia exigen una precisión legislativa	90
4.1.8. El fin de la Familia no es la procreación.....	91
4.1.9. ¿Pueden las personas del mismo sexo formar una Familia?	91
4.1.10. Los fantasmas inventados	92
4.2. Validación de las hipótesis.....	93
4.2.1.¿Cómo se concretiza el mandato de protección de la familia?	93
4.2.2. La orientación sexual en el ordenamiento constitucional peruano	95
4.2.3. La unión civil no matrimonial como desafío de la democracia constitucional	99
4.2.4. La autonomía de los particulares en el matrimonio homosexual	105
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES.....	113
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115

RESUMEN

El propósito fundamental de la investigación fue determinar por qué el modelo constitucional de familia de la Constitución de 1993 legitima la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo en el marco de la democracia constitucional.; para lo cual se realizó una investigación dogmática, transversal, descriptiva, no experimental, careciendo de delimitación temporal y espacial el problema por el tipo de investigación realizada. La unidad de análisis estuvo constituida por la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección datos las fichas y ficha de análisis de contenido respectivamente. Entre los métodos empleados tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica. La investigación ha demostrado que existen argumentos jurídicos que explican que Legalización de la unión civil no matrimonial de personas del mismo sexo encuentra su justificación en los principios y valores de la democracia constitucional, sustentado en que el Estado no debe intervenir en lo moralmente aceptable para una persona y donde la regla de la mayoría es, por sí misma, insuficiente, por lo que la unión civil de personas del mismo sexo no solo resulta jurídicamente viable, sino que es representativo de una concreción esencial de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación, y del modelo constitucional de familia.

Palabras claves: Constitución, Familia, Unión civil no matrimonial, Personas del mismo sexo, Democracia constitucional.

ABSTRACT

The fundamental purpose of the research was to determine why the constitutional model of family legitimizes non-marital civil union for same sex persons within the framework of constitutional democracy. For which a dogmatic, transverse, descriptive, non-experimental research was carried out, lacking a temporal and spatial delimitation of the problem by the type of research carried out. The unit of analysis consisted of doctrine, jurisprudence and normativity. The signing and content analysis were used as techniques, using as data collection instruments the tabs and content analysis tab respectively. Among the methods used we have exegetical, hermeneutic, legal argumentation. The investigation has shown that there are legal arguments that explain that Legalization of the non-marital civil union of persons of the same sex finds its justification in the principles and values of the constitutional democracy, sustained in which the State does not have to intervene in the morally acceptable thing for a Person, and where the rule of the majority is, in itself, insufficient, so that civil union of persons of the same sex is not only legally viable, but is representative of an essential concretion of the fundamental rights to the free development of Personality, equality and non- discrimination, and the constitutional model of family.

Keywords: Constitution, Family, Non-Marital Partnership, Same Sex, Constitutional Democracy

INTRODUCCIÓN

El conjunto de transformaciones que ha experimentado la familia en el mundo occidental constituye una de las manifestaciones más importantes del cambio social contemporáneo. En pocas décadas, el modelo de familia afianzado en la inmediata posguerra, ampliamente difundido bajo el rótulo de “familia nuclear”, fue cediendo espacio a una creciente diversidad de formas y estilos de vida familiares.

A consecuencia de los cambios ocurridos en la formación y disolución de las familias y en la inserción laboral de las mujeres, las bases del modelo “parsoniano” fueron seriamente cuestionadas, tornando inviable la existencia de un modelo único de familia. Al lado de la familia nuclear “tradicional”, comenzaron a cobrar relevancia numérica y social, las familias monoparentales y las familias “reconstituidas o ensambladas”.

Paralelamente la creciente desinstitucionalización de la familia implicó que los vínculos familiares “de facto” le ganaran terreno a los lazos legales. Estas transformaciones se iniciaron en Europa y Estados Unidos a mediados de la década del sesenta e inicios de los años setenta, extendiéndose a la gran mayoría de los países occidentales en los últimos años del siglo XX.

Mientras en los países industrializados los cambios en la familia han sido extensamente estudiados, en América Latina la investigación sobre este tópico es aún incipiente; en parte porque se trata de un tema relativamente nuevo y escasamente priorizado en relación a otros temas de investigación, en parte porque

las fuentes de información necesarias para analizar las nuevas realidades familiares son todavía escasas y poco idóneas.

En América Latina, con contadas excepciones, la mayoría de los estudios orientados a cuantificar y estudiar las nuevas formas de familia, deben restringirse al análisis de los datos proporcionados por los censos, encuestas de hogares y estadísticas vitales, cuyas limitaciones se hacen cada vez más evidentes a medida que los comportamientos familiares tienden a diversificarse.

Por otro lado, la creciente flexibilización del curso de vida torna más adecuada la adopción de un enfoque longitudinal, el que a su vez requiere contar con información retrospectiva o de panel. Varios países europeos, Estados Unidos, Canadá y Australia cuentan con información de esta índole, lo que les ha permitido no sólo trazar un panorama de los cambios generacionales en lo relativo a los comportamientos familiares, sino también presentar un cuadro cada vez más complejo de las causas del cambio familiar y de sus repercusiones a nivel individual y social.

A pesar de la insuficiencia de la información, la discusión en torno a las transformaciones de la familia y su eventual convergencia respecto a los cambios ocurridos en los países del primer mundo, ha comenzado a cobrar relevancia en los países de la región.

En ese contexto se ha elaborado el presente trabajo, estructurado en cuatro capítulos: el Capítulo I, está referido al Problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se

elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología empelada. En el Capítulo II, está referido al marco Teórico de la Investigación, en el cual en base a la técnica del fichaje se elaboró el sustento teórico-doctrinario de nuestra investigación, para lo cual se tomó las principales teorías jurídicas respecto al problema de investigación. El Capítulo III, está referido a los resultados y análisis de la información, en la cual se procedió al recojo de información en base a las variables de investigación, los mismos que fueron luego analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la discusión y validación de la hipótesis, para lo cual se empleó el método de la argumentación jurídica para poder justificar la hipótesis planteada en base a los resultados obtenidos y los fundamentos que justifican la validez de la misma, de forma coherente y argumentativa.

La titulando.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

Es lamentable que con un escaso debate y sin mediar un dictamen, la Comisión de Justicia del Congreso haya archivado el Proyecto de Ley de Unión Civil que era respaldado por un apreciable grupo de congresistas y una parte importante de la sociedad.

El Parlamento ha perdido la posibilidad de desarrollar una discusión saludable, ejerciendo su condición de reflejo plural de la sociedad, uno de sus insustituibles atributos. Era conveniente, como se ha procedido en otros casos, realizar una discusión abierta, documentada, de cara al país, con audiencias e invitados representantes de las posiciones en liza y empleando un mayor tiempo, y que de ella emerjan dos o tres dictámenes que lleguen al Pleno para una discusión aún más abierta, al margen de las votaciones.

En cambio, se ha actuado con marcada discriminación frente a una iniciativa precisamente orientada a resolver las expectativas de un sector de la sociedad claramente discriminado. El Presidente de la Comisión de Constitución ha tenido una criticable actuación en este episodio. Durante varios meses postergó sin mayor explicación el debate del proyecto y se resistió a todo movimiento dirigido a que la discusión saliese de los muros del Congreso.

Es cierto que esto no impidió que la sociedad discuta un asunto capital, pero ha quedado la evidencia de que se intentó que el parlamento pase desapercibido en

esta cuestión. La idea de esconder el debate se consolidó esta semana con un intercambio fugaz de ideas y un apurado archivamiento, una medida que se advierte apunta a privilegiar otros proyectos.

Es también lamentable que, en los días previos al debate, en la discusión parlamentaria y aún luego de ella, se registraran muestras de intolerancia frente a los que piensan distinto a la mayoría y frente a los que son distintos a la mayoría. En algunos casos, estas agresiones han usado argumentos de religiosos cuando lo que se encontraba en discusión era una iniciativa sobre relaciones civiles de las personas.

Es imposible evitar que las discusiones sobre la coexistencia social rocen las creencias religiosas por ser estas afirmaciones y dogmas sobre el lugar y el rol de los individuos en el mundo. Sin embargo, es un exceso imponer la reducción de este debate a un problema de fe y subestimar su condición de asunto de derechos. Sucede lo mismo con aquellas posiciones que impusieron una falsa lógica naturalista superada hace siglos.

La comunidad lesbiana, gay, transexual y bisexual, conocida como LGTB, es eso, una comunidad de personas, instituciones, intereses y demandas ante la cual el Estado no puede reaccionar con el silencio y el olvido, y la sociedad o una parte de ella no puede responder con insultos y piedras. Si algo aprendimos los peruanos en los duros años de la violencia terrorista es la necesidad de la tolerancia y el reconocimiento del otro, diferente y distinto, pero igual y pasible de derechos.

Afortunadamente, el Congreso está en la posibilidad de reparar el error de cercenar apuradamente un debate con la ilusión que desaparezca el motivo, dando paso a la reconsideración que será planteada en la Comisión de Justicia.

Por otro lado, el artículo 2.2° de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho “[a] la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Este principio ha sido entendido en el sentido que “el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales”¹.

Si se considera lo anteriormente mencionado, deberían colegirse una serie de conclusiones: 1) en primer lugar, la Constitución peruana no protege un modelo único de familia, y esto se traduce en que incluso la unión de hecho goza de protección constitucional; 2) las personas tienen el derecho, reconocido a nivel constitucional, de fundar o formar una familia, y este derecho no debería ser restringido por razones de sexo, raza, religión o cualquier otro motivo; 3) cualquier distinción tomando en cuenta esos factores se presume inconstitucional, salvo que el Estado invoque un fuerte interés social para restringir ese derecho fundamental.

¹ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 02835-2010-PA/TC, F.J. 39.

En efecto, no se debe privar a ninguna persona de su derecho a conformar familia. La unión civil busca precisamente que se reconozcan ciertos derechos a las parejas conformadas por personas del mismo sexo; sin embargo, no sería sorprendente si una persona se cuestionara si es que acaso las parejas homosexuales no cuentan, también, con el derecho al matrimonio.

El argumento según el cual las parejas homosexuales se diferencian respecto de las heterosexuales se caracteriza, a nuestro criterio, por ser inconstitucional. Y es que el principio de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º del texto constitucional, impone el deber de no restringir derechos salvo que la referida limitación permita la realización de otro derecho fundamental o bien jurídico de relevancia constitucional. Pese a que se podría sostener que no existe un *tertium comparationis* válido, lo cierto es que no existe algún motivo válido para diferenciar las relaciones iniciadas entre dos seres humanos solamente considerando su orientación sexual.

La Corte Constitucional de Colombia ha sido enfática en este punto, toda vez que ha sostenido que “[a]ctualmente la pareja heterosexual cuenta con dos formas de dar lugar a una familia, lo que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja homosexual carece de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales”².

² Corte Constitucional de Colombia. C 577/11. Resolución de 26 de julio de 2011.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Por qué el modelo constitucional de familia diseñada por la Constitución de 1993 legitima la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo en el marco de la democracia constitucional?

1.2.2. Problemas específicos

- a. ¿Cuál es el tratamiento jurisprudencial nacional y de los entes internacionales respecto de la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo?
- b. ¿El modelo constitucional de familia en los términos de la Constitución permite la unión civil entre parejas del mismo sexo?
- d. ¿Cuáles son los argumentos jurídicos para justificar la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo como desafío de la democracia constitucional?

1.3. Importancia del problema

Si bien la unión civil es un tópico muy debatido en nuestra sociedad, el tema como tal no ha sido propiamente discutido en nuestros tribunales. Y es que en nuestra legislación no existe aún norma alguna que permita la unión para aquellas personas que tengan una orientación sexual distinta a la heterosexual.

Sumado a ello, su desarrollo por la justicia constitucional ha sido escaso. Aunque el Tribunal Constitucional tuvo varias oportunidades para pronunciarse

abiertamente sobre el tema, no lo ha hecho de manera directa y ha evitado referirse a determinados conceptos. No obstante, algunos fallos han tenido algún acercamiento a este asunto.

Ahora bien, no existe en la actualidad una lista con la calidad de *numerus clausus* que contenga a todas las categorías sospechosas⁶. Y no debería tampoco existir, toda vez que las situaciones de especial tutela a un determinado sujeto de derecho se encuentran condicionadas por el contexto socio-político en el cual se enmarcan, el cual puede modificarse continuamente.

Sin embargo, siempre es importante tomar en consideración los avances que, desde el derecho internacional, se han efectuadas en relación con la protección de las personas motivada en su orientación sexual.

De esta forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectuó una serie de consideraciones particulares en el caso *Atala Riffo*. En efecto, en el referido caso, la Corte señaló que “[u]n derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención”³.

³ CORTE IINTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012). *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 93.

Es así que, a criterio del referido tribunal, las medidas que adopten los Estados no deben excluir a las personas en razón de su orientación sexual. Del mismo modo, esta sentencia exhorta a los Estados a suprimir aquellas prácticas que puedan perpetuar la discriminación en contra de las minorías sexuales.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

La investigación encuentra su justificación teórica en la teoría de los derechos fundamentales como fundamento del Estado Constitucional.⁴

En ese sentido, la Constitución de 1979 y 1993 hizo nacer en nuestro sistema jurídico-político un nuevo modelo de organización que con el tiempo ha sido llamado Estado constitucional de Derecho. El legislador constitucional proyectó de esta manera una nueva legitimidad y un diseño del poder y de Derecho cuya plasmación en la realidad cotidiana necesitó importantes transformaciones tanto de la mentalidad y la cultura jurídica, cuanto de la actividad de los operadores jurídicos⁵.

El objetivo radical de este proceso no fue sino el impulso básico del constitucionalismo, esto es, la imposición de límites y vínculos al poder y la garantía de los derechos fundamentales.

⁴ Cfr. HABERLE, Peter (2003). *“El Estado constitucional”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México –UNAM, México, p. 156

⁵ En este sentido es indudable el impacto del libro del Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1980). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Cívitas, Madrid, la obra del Prof. DÍAZ, Elías (1966). *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Editorial Taurus, Madrid, pp. 89 y ss.

Permanece abierta la cuestión sobre qué haya de entenderse por Estado constitucional y están sometidos a debate sus rasgos definitorios. No obstante que constitucionales son aquellos sistemas donde existe una constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene carácter normativo⁶.

Desde este punto de partida, la característica principal del constitucionalismo contemporáneo, se concreta a aquéllas que tienen mayor proyección en la posición de los derechos fundamentales⁷.

De entre los contenidos de la constitución, los derechos son, en este paradigma, la pieza fundamental. Este modelo atribuye a los derechos el papel de ser la justificación más importante del Derecho y del Estado y por tanto, desde esta perspectiva, el Estado no es sino un instrumento de tutela de los derechos fundamentales y como tal fundamento imponen fines y objetivos que deben ser realizados⁸.

Donde, uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional de Derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: no se trata, pues, de la eficacia de los derechos en la

⁶ REQUEJO PAGES, Juan Luis (1995). *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, p. 13

⁷ DE OTTO, Ignacio (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p. 34⁸ FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta,

medida y en los términos marcados en la ley, sino de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución⁹.

1.4.2. Justificación practica

Durante la década de los cincuenta y los sesenta, la narrativa norteamericana se vio dominada por dos brillantes escritores: Truman Capote y Gore Vidal. Algunos añaden a esta lista – y con mucho tino – a Norman Mailer. Los dos primeros protagonizaron innumerables “debates”, así como también nos dejaron textos del más alto nivel narrativo. Ambos, abiertamente homosexuales, brindaron una serie de reflexiones y textos en torno al tema, tópico que en los últimos días ha vuelto – con más fuerza – al plano local.

De esta forma, Gore Vidal afirmaba que: “la razón por la que no se ha podido llegar con una buena palabra para describir a un homosexualista (llamado a veces gay, marica, maricón, etc.) es porque no existe. La raza humana está dividida en macho y hembra. Muchos humanos disfrutan las relaciones sexuales con personas de su mismo sexo, muchos no, y muchos responden a ambos. Esta pluralidad es un hecho de nuestra naturaleza y no vale la pena desmerecerla.”

Por ello, la homosexualidad responde a conductas propias del orden natural, pues es innegable que existan personas que se sienten atraídas por personas de su mismo sexo. Esto solo conlleva a motivarnos a analizar la conveniencia de iniciativas jurídicas que busquen proteger espacios vacíos, es decir, temas que aún quedan pendientes.

⁹ PRIETO, Luis (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 107-113.

El martes 10 de marzo del 2015, la Comisión de Justicia del Congreso de la República rechazó el Proyecto de Ley de Unión Civil, que fuera presentado en su momento por el congresista Carlos Bruce. Este hecho ha conllevado a que se vuelvan a poner sobre el tapete los debates en torno a este tema, que ya no solo se reducen a una unión civil o unión de hecho, sino al verdadero sentido y connotación que se le debe atribuir a la homosexualidad; como también a temas como la adopción por parte de una pareja homosexual o el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Será motivo de la presente investigación bordar los argumentos en torno al debate referido a la unión civil entre personas del mismo sexo. Para ello, es necesario plantear algunas aproximaciones alrededor de la homosexualidad, el matrimonio como institución jurídica – así como sus presupuestos – y los derechos constitucionales y valores supremos intrínsecos en esta discusión.

1.4.4. Justificación metodológica

Se aplicó la metodología de la investigación jurídica y científica en cuanto al tipo y diseño de investigación, siguiendo sus orientaciones y pautas metodológicas tanto en la planificación, ejecución y control de la investigación jurídica, así como en la elaboración del informe final de la tesis. Para lo cual en cada uno de los ítems de la presente investigación se tomaron en consideración los criterios metodológicos para la formulación y redacción de la misma.

1.4.5. Justificación técnica

Se contó con el soporte técnico y logístico, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Microsoft Office 2015.

1.4.6. Viabilidad

- **Bibliográfica:** Se contó con acceso a diversas fuentes de información tanto bibliográficas y hemerográficas, así como virtuales, las que se fueron identificadas y registradas.
- **Económica:** Se contó con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que genere la investigación, los mismos que están detallados en el presupuesto y fueron autofinanciados por el responsable de la investigación.
- **Temporal:** La investigación se ejecutó durante el periodo correspondiente al año 2016.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Determinar por qué el modelo constitucional de familia diseñada por la Constitución de 1993 legitima la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo en el marco de la democracia constitucional.

1.5.2. Problemas específicos

- a. Describir el tratamiento jurisprudencial nacional y de los entes internaciones respecto de la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo.
- b. Explicar cómo el modelo constitucional de familia en los términos de la Constitución permite la unión civil entre parejas del mismo sexo?
- d. Analizar los argumentos jurídicos para justificar la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo como desafío de la democracia constitucional.

1.6. Formulación de hipótesis¹⁰

Legalización de la unión civil no matrimonial de personas del mismo sexo encuentra su justificación en los principios y valores de la democracia constitucional, sustentado en que el Estado no debe intervenir en lo moralmente aceptable para una persona y donde la regla de la mayoría es, por sí misma, insuficiente, por lo que la unión civil de personas del mismo sexo no solo resulta jurídicamente viable, sino que es representativo de una concreción esencial de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no

¹⁰ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 239, respecto de la hipótesis descriptiva plantea que “Son las que expresan las características o propiedades de determinados objetos, sujetos, ocurrencias o fenómenos. En términos cualitativos o cuantitativos. Sin embargo cabe comentar que no en todas las hipótesis descriptivas se formulan una estructura de variables... siendo simplemente enunciativas, descriptivas, predictiva”...Las hipótesis en las investigaciones dogmáticas o teóricas son “opcionales”, y si se plantean son solo descriptivas, como el que se ha planteado en la presente investigación, constituyendo una hipótesis de trabajo, que nos sirvió de guía en la investigación, los elementos de variables, unidad de análisis y conectores lógicos son propias de la hipótesis correlacional, de causalidad o de diferencia de grupos que se plantean en investigaciones cuantitativas o jurídicas sociales..

discriminación, y del modelo constitucional de familia diseñado por la Constitución de 1993..

1.7. Variables

1.7.1. V. Independiente:

Diseño constitucional de familia en la Constitución de 1993

1.7.2. V. Dependiente:

La unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

- a. **Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación jurídica dogmática teórica y normativa¹¹, cuya finalidad fue profundizar los conocimientos que presenta el problema sobre el por qué el modelo constitucional de familia diseñada por la Constitución de 1993 legitima la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo en el marco de la democracia constitucional.
- a. **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada No Experimental¹², debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no posee grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad fue

¹¹ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima, pp. 54 y ss.

¹² ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

- b. **Diseño General:** el diseño **transversal**¹³, toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, periodo del 2016.
- c. **Diseño específico:** Se empleó el diseño descriptivo¹⁴, toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas sobre el por qué el modelo constitucional de familia diseñada por la Constitución de 1993 legitima la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo en el marco de la democracia constitucional.

1.8.2. Plan de recolección de la información

1.8.2.1. Población

- **Universo Físico:** Careció de delimitación física o geográfica, ya que estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional en general.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió al aporte de los juristas a nivel dogmático y los magistrados a nivel jurisprudencial.
- **Universo temporal:** Correspondió al periodo del 2016-2017, espacio temporal donde se ejecutó la investigación.

¹³ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*, Editorial McGrawHill, México, p. 151.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 155.

1.8.2.2. Muestra

- **Tipo:** No Probabilística
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia y norma.
- **Unidad de análisis:** Documental.

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

- a. Fichaje. Ello referido a las fuentes o textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina sobre el problema de investigación, empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.
- b. Ficha de análisis de contenido. Para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas.
- c. Electrónicos. La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación, empleándose las fichas de registro de información.
- d. Fichas de Información Jurídica. Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información comprendió en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon las siguientes:

Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleó la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del análisis cualitativo¹⁵, 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. Donde un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística¹⁶.

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

¹⁵ BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*, Editorial Trillas, México, p. 43.

¹⁶ ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima, p. 74.

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y variables.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.6. Validación de la hipótesis

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos será mediante fue la argumentación jurídica¹⁷.

La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (...) no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (...)”¹⁸.

En consecuencia, la validez no busca reproducir criterios para lograrla verdad ultima sobre los fenómenos. Tampoco, se orienta a establecer la congruencia o correspondencia entre las descripciones, interpretaciones o

¹⁷ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima.

¹⁸ RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Editorial Grijley, Lima, p. 129.

representaciones del investigador (teorías, hipótesis) y las del investigado. La validez busca dar cuenta de los procedimientos efectuados para demostrar ¿cómo se llegó a lo que se llegó? En definitiva, como y bajo que procedimientos podemos llegar a establecer la objetivación, o esas verdades provisionales.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la Escuela de Postgrado de la UNASAM no se ha podido encontrar trabajos de investigación relacionados con la presente investigación, pero si se han encontrado trabajos relacionados a nivel nacional e internacional:

María Soledad Fernández Revoredo (2014). “La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú”. Tesis para optar por el grado académico de magister en Derecho, con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. Concluye que: 1. La heterosexualidad constituye el modelo hegemónico de conducta sexual como resultado de la confluencia de factores económicos, políticos y religiosos, así como del discurso médico y psiquiátrico. El conjunto de tales factores que se han producido a lo largo de la historia han determinado la existencia de una jerarquía sexual que coloca a la heterosexualidad en la cúspide del reconocimiento y mayor valoración, frente a diversas formas de vivir y sentir la sexualidad que se constituyen como marginales. 2.- La heteronormatividad es un concepto clave que sirve para identificar un fenómeno por el cual las instituciones, estructuras sociales así como el pensamiento operan bajo la premisa que la heterosexualidad es coherente, natural y buena. De esta manera, la heteronormatividad juega un papel central en los discursos en relación con

familia y el parentesco, en particular se manifiesta en el campo familiar asumiendo una posición que identifica a la familia con lo natural y normal. 3.- La deconstrucción de la noción de familia ha evidenciado que la identificación de esta con lo natural constituye una ideología. La familia tradicional entendida aquella basada en la unión del hombre con la mujer con hijos biológicos (familia nuclear) vaya perdiendo fuerza y se vaya abriendo paso la concepción que asume que la familia es una construcción social y cultural, que se va transformando a lo largo de la historia, así como se viene aceptando el pluralismo y la diversidad de maneras de constituirse.

Claudia Isabel Sandoval Castillo (2016). “Uniones civiles en el Perú”. Tesis para optar el título de Abogado en la Universidad de Piura, Facultad de Derecho, concluyendo que: 1. El matrimonio es una institución natural con reglas propias que el legislador no puede modificar. Así, el contraer matrimonio, sólo puede hacerse teniendo como base la existencia de esta institución desde tiempos remotos, es decir, uno con una y viceversa. No puede extenderse la protección de las situaciones que genera a nuevas comunidades de vida como por ejemplo la Unión Civil a la cual mediante el Proyecto de Ley N°2647/2013-CR se le intenta dar similar protección legal a la que goza el matrimonio. 2.- Las parejas integrantes de las uniones civiles reclaman la institucionalización de la comunidad de vida a la que dan origen, sin embargo, es importante tener en cuenta que el derecho no regula afectos, por lo que no debe ponerse en marcha el funcionamiento legislativo estatal con la finalidad de satisfacer intereses de determinados sectores de la población. A diferencia del matrimonio que se protege porque sí tiene trascendencia social y jurídica.

María Pilar Mejicano Merck (2008). “la regulación de la unión entre personas del mismo sexo dentro de la institución del matrimonio civil”, Testis para optar la Licenciatura en Derecho, Universidad Istmo, Guatemala, quien concluye que: La institución del matrimonio fundada en la relación conyugal de los sexos tiene su origen en la naturaleza humana, y por lo tanto el reconocer jurídicamente a las uniones entre personas del mismo sexo como matrimonio, no constituye un derecho humano. 2. Es importante mencionar que en la legislación guatemalteca no hay una defensa de la esencia del matrimonio porque la definición del Código Civil regula la institución entre personas de distinto sexo, bajo el supuesto, jamás discutido por innecesario, de que tal posición esencial jamás cambiaría, y lo que es más, jamás cambiará. Es por ello que admitir iniciativas de ley aparentemente útiles porque intentan aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo, son facilitadoras de conceptos contra natura.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El paradigma neocosntitucionalista como fundamento del Estado Constitucional

2.2.1.1. El paso del Estado Legal al Estado Constitucional

El constitucionalismo contemporáneo es el punto de llegada de un proceso que ha implicado importantes transformaciones sociales y políticas que generaron grandes cambios en las concepciones de Estado y de Derecho. En este proceso es de resaltar el siglo XIX como aquél en el que se erigió el modelo de Estado de

Derecho¹⁹ que se contrapuso al de los regímenes estatales de fuerza característicos del absolutismo. Aun cuando se trató de un concepto muy elástico,²⁰ toda vez que incluso Estados totalitarios apelaban a éste para definirse, hay notas características y esenciales del Estado de Derecho, bajo la ideología liberal, que se deben explicitar para comprender el tránsito hacia el constitucionalismo de estos días.

El Estado liberal de Derecho del siglo XIX significó el desplazamiento de la autoridad del Estado por el de la ley dictada por un parlamento representativo. Esta ley pasa a ser concebida como un instrumento de garantía de los derechos de los ciudadanos, de tal modo que la administración estatal queda sometida a ella²¹. En esta línea, la administración de justicia se concibe como independiente y destinada estrictamente a la tarea de resolver las disputas aplicando la ley. Este cambio fue una importante transformación en relación con las funciones y finalidades del Estado, dirigidas ahora a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.²²

Señala Zagrebelsky que el nuevo modelo que inauguró el Estado liberal de Derecho tuvo diversas consecuencias entre las que destacan las siguientes:²³

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Editorial Trotta, Madrid, p. 21. El autor señala que el ‘Estado bajo régimen de derecho’ se diferenció del ‘Estado absolutista’ del siglo XVII y del ‘Estado bajo régimen de policía’ del siglo XVIII.

²⁰ *Ibíd.* p. 23. Sobre esta elasticidad, Zagrebelsky también señala que: “El Estado de Derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que esta fuese”.

²¹ *Ibíd.* p. 21

²² *Ibíd.* p. 23

²³ *Ibíd.* pp. 23 – 33.

a. Se trató de un Estado legislativo que se afirmó a través del principio de legalidad;

b. El principio de legalidad significó la reducción del Derecho a la ley y la sumisión a ésta de todas las demás fuentes del Derecho;

c. El Estado en cuestión se erigió en contra de los excesos en el ejercicio del poder estatal, lo que derivaba en la exigencia de generalidad de la ley, es decir, que ésta sea aplicada de manera igual a todos;

d. La ley, además, debía ser abstracta, esto es, contener prescripciones que debían regir indefinidamente y con supuestos de hecho abstractos. El propósito de estas exigencias era garantizar la estabilidad del orden jurídico.

Ahora bien, para comprender el tránsito hacia el Estado constitucional también se debe tomar en cuenta el crecimiento que se produjo en la administración estatal, la cual empezó a gestionar de manera directa grandes intereses públicos, para lo que requería de aparatos organizativos que funcionaran con lógicas específicas y propias.

Ocurrió así un desplazamiento de la función “garantizadora” del Estado hacia el protagonismo de su capacidad de gestión en relación con los grandes intereses de la población. Este cambio en las funciones del Estado produjo a su vez la necesidad de una autonomía funcional de la administración estatal con lo cual el principio de legalidad entró en crisis²⁴. Esta crisis también arrastró a la concepción liberal puesto que, en el Estado liberal de Derecho, la ley estaba

²⁴ *Ibíd.* 34

orientada a garantizar la autonomía y libertad de los ciudadanos; ahora, más bien, en el nuevo contexto, lo estará hacia fines colectivos.

En este nuevo escenario le corresponderá a la ley identificar a la autoridad estatal, habilitándola para actuar de cara al interés público. Para todo lo demás, la administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental cuyos límites resultarán imprecisos en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros; con ello, la ley pierde las características que detentaba bajo el Estado liberal de Derecho. En efecto, deja de ser general en la medida que una gran cantidad de sectores reclaman un trato ad hoc, y deja también de concebirse como abstracta, puesto que las normas especiales pierden rápidamente sentido frente al surgimiento de nuevas necesidades.

Todo lo anterior, como nos lo explica Zagrebelsky, es revelador de la existencia de un nuevo panorama que ya no se caracteriza por la existencia de una sociedad política enteramente coherente teniendo como expresión la ley, sino más bien por un pluralismo político y social que se reflejan en una diversidad de ordenamientos menores. Es esta pluralidad la que vuelve necesaria una nueva organización y orden, que está dado por la Constitución²⁵.

Así pues: “El siglo XX ha sido definido como el del “legislador motorizado” en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha mecanizado y tecnificado. Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto,

²⁵ Ibídem

dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido.

Como la unidad del ordenamiento ya no es un dato que pueda simplemente tomarse nota, sino que se ha convertido en un difícil problema, la antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y de los jueces a reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar a la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio”.²⁶

Es importante situarse históricamente en los tiempos de la caída de los regímenes totalitarios y el fin de la Segunda Guerra Mundial para ubicar allí la concepción de Constitución en la que se asienta el constitucionalismo de nuestros días. Es precisamente en este momento que cobra significado la idea de supremacía de la Constitución, ya sea como garantía de los derechos y libertades o también como directiva fundamental a seguir para la realización de los valores constitucionales.²⁷

²⁶ *Ibíd.* p. 39

²⁷ FIORAVANTI, Mauricio (2000). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Editorial Trotta, Madrid, p. 28.

En efecto, como lo señala Fioravanti, en tales circunstancias históricas la Constitución pasa a ser concebida como norma fundamental de garantía y como norma directiva fundamental. Estas dos concepciones provienen de dos distintas tradiciones que finalmente quedaron conjugadas para dotar a las constituciones actuales de ese doble carácter.

Así pues, por un lado, tenemos a la tradición europea continental heredera de la Revolución Francesa y, del otro, a la tradición norteamericana vinculada históricamente con la Revolución Americana. Cada uno de estos movimientos dio origen a un modelo de Constitución con identidad propia pero que posteriormente terminaron vinculados para dar como resultado a un renovado paradigma que, como se verá más adelante, ha generado importantísimas transformaciones en el Derecho²⁸.

En este sentido: “De una parte, [la constitución] como norma directiva fundamental que llama a todos los poderes públicos y a los individuos a trabajar por el cumplimiento de un empresa colectiva, en teoría para la realización de una sociedad más justa; de otra, la constitución como norma fundamental de garantía, que deja a todas las fuerzas en juego y a los individuos el poder de definir sus fines libremente, limitando de manera cierta y segura la capacidad de influencia de los poderes públicos, en la línea del gobierno limitado.”²⁹

Se estará más cerca del primer tipo de constitución cuando se tienda a privilegiar la necesidad de sentirse parte de una comunidad en marcha que actúa

²⁸ Ver: ROBLES TREJO, Luis (2016). *El paradigma neoconstitucionista como fundamento del Estado Constitucional: El caso peruano según la Constitución de 1993*. Editorial Feccatt, Lima, pp. 27 y ss.

²⁹ FIORAVANTI, Mauricio. Op. cit. p. 97

para conseguir ciertos fines, que se identifica en el reconocimiento colectivo de ciertos valores generalmente compartidos, del segundo tipo cuando se tiende a privilegiar la necesidad de limitar lo más posible la intervención de los poderes públicos sobre la sociedad”.³⁰

La concepción de la Constitución como norma directiva fundamental se deriva de la tradición francesa. En ella, la Constitución es la encarnación de un proyecto político dirigido a una transformación social y política, y tiene un gran protagonismo condicionando las decisiones colectivas de cara a la realización de tal proyecto. Del otro lado, la tradición norteamericana nos remite a una concepción diferente en tanto que la Constitución fue más bien concebida como regla de juego de la dinámica social y política, como un pacto de mínimos en un marco democrático e igualitario, para que cada individuo realice su plan de vida, y para que cada agente político adopte las decisiones colectivas pertinentes.³¹

A las diferenciaciones antes citadas se suman otras consecuencias que también distinguen a ambas concepciones. Nos referimos a que en la tradición francesa la idea del poder constituyente no se agota en el texto constitucional, sino que su ejercicio se perpetúa en el pueblo, concebido éste como su titular, pero actuando a través de sus representantes. Como lo señala Prieto, la disolución de la soberanía popular en la soberanía del Estado junto a otros factores, determinaron que en Europa a lo largo del siglo XIX y parte del XX fuera muy difícil que las Constituciones tengan una real fuerza normativa frente a los poderes constituidos,

³⁰ *Ibíd.* p. 97

³¹ PRIETO, Luis (2002). *Derechos fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Editorial Palestra, Lima, p. 113.

principalmente el parlamento, de tal modo que este constitucionalismo se presentó más bien como un legalismo.³²

Lo anterior sin duda contrasta con la tradición norteamericana en la cual, más bien, se consolida la idea de supremacía del texto constitucional con su correspondiente garantía jurisdiccional. Esto se deriva del hecho de ser concebida como regla de juego y por tanto superior a todos los que participan de este. Será el órgano jurisdiccional el que garantizará esa supremacía por su carácter neutral y apolítico. Aquí, el poder constituyente del pueblo se traduce en una limitación al poder político que materializa jurídicamente su forma de proceder y en las barreras que en ningún caso puede traspasar. Si el constitucionalismo de origen francés se resuelve en legalismo, este último lo hará en judicialismo.³³

A las diferenciaciones antes citadas se suman otras consecuencias que también distinguen a ambas concepciones. Nos referimos a que en la tradición francesa la idea del poder constituyente no se agota en el texto constitucional sino que su ejercicio se perpetúa en el pueblo, concebido éste como su titular pero actuando a través de sus representantes. Como lo señala Prieto, la disolución de la soberanía popular en la soberanía del Estado junto a otros factores, determinaron que en Europa a lo largo del siglo XIX y parte del XX fuera muy difícil que las Constituciones tengan una real fuerza normativa frente a los poderes constituidos, principalmente el parlamento, de tal modo que este constitucionalismo se presentó más bien como un legalismo³⁴.

³² *Ibíd.* p. 113

³³ *Ibíd.* p 114

³⁴ *Ibíd.* 115

Lo anterior sin duda contrasta con la tradición norteamericana en la cual, más bien, se consolida la idea de supremacía del texto constitucional con su correspondiente garantía jurisdiccional. Esto se deriva del hecho de ser concebida como regla de juego y por tanto superior a todos los que participan de este. Será el órgano jurisdiccional el que garantizará esa supremacía por su carácter neutral y apolítico. Aquí, el poder constituyente del pueblo se traduce en una limitación al poder político que materializa jurídicamente su forma de proceder y en las barreras que en ningún caso puede traspasar. Si el constitucionalismo de origen francés se resuelve en legalismo, este último lo hará en judicialismo³⁵.

La síntesis o convergencia de estas dos tradiciones que se plasma en la Constitución del constitucionalismo de hoy, es presentada por Prieto de la siguiente manera:

“[...] una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”

Para concluir este desarrollo, debemos de determinar a qué aludimos cuando hablamos del Estado constitucional, que es además el punto de llegada del proceso³⁶.

Hay quienes sostienen que el nuevo constitucionalismo, más que una convergencia de las dos tradiciones antes explicadas, es consecuencia de la prevalencia de la tradición americana, más concretamente, del modelo Hamilton

³⁵ *Ibíd.* 116

³⁶ *Ibíd.* 115

que se asentó en la idea de supremacía de la Constitución y que es el signo distintivo del nuevo modelo en el que la Constitución se erige como parámetro de validez de todo el Derecho.

Así pues, el neo-constitucionalismo añade a los postulados del Estado liberal democrático de la división de poderes tres valores fundamentales, a saber:

1) Derechos fundamentales garantizados, 2) Constitución normativa y 3) Jurisdicción Constitucional.³⁷

Para concluir este desarrollo, debemos de determinar a qué aludimos cuando hablamos del Estado constitucional, que es además el punto de llegada del proceso que hasta aquí he intentado describir. El Estado constitucional es la organización política que reúne las siguientes características explicadas por Josep Aguiló³⁸:

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

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

³⁷ GRANDEZ, Pedro (2010). *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Editorial Palestra, Lima, pp. 36-37.

³⁸ AGUILÓ Josep. (2004). *La Constitución del estado Constitucional*. Editorial Palestra-Temis, Lima-Bogotá, p. 51.

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

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

2.2.1.2. Implicancias del Estado Constitucional en el Derecho

El tránsito del imperio de la ley al de la Constitución constituye un cambio cualitativo en relación con la manera como se trabaja con el Derecho. Una de las consecuencias más importantes de este proceso es la crisis del positivismo jurídico o la crisis de la ley frente a la omnipresencia de la Constitución, lo que se traduce en una concepción teórica distinta que Prieto la sintetiza bajo los siguientes rasgos³⁹

A. Más principios que reglas

El protagonismo de los principios es sin duda una de las características del nuevo constitucionalismo y, a su vez, una de las manifestaciones de la crisis del positivismo jurídico que lo acompaña. Es importante tener presente la diferencia entre principios y reglas para poder entender las razones de la relevancia de los

³⁹ PRIETO, Luis. Op. cit. p. 21.

primeros para la resolución de casos. Una primera distinción sería la de considerar que solo los principios son constitutivos de un orden jurídico en contraste con las reglas que no tienen otra razón de ser que la de establecer una consecuencia frente a un determinado supuesto de hecho, por tanto estas se agotan en su propio significado.⁴⁰

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

Los principios establecen soluciones normativas pero sin definir el caso, es decir, no dicen cuándo son aplicables tales soluciones. Le dan sentido a las reglas, las justifican en relación a ciertos valores jurídicos, precisamente por ello su significado operativo y alcance debe ser leído no en abstracto sino a partir de cada caso.⁴¹

Así pues, “[...] son las reglas y solo las reglas las que pueden ser observadas y aplicadas mecánicamente y pasivamente. Si el derecho solo estuviere compuesto de reglas no sería insensato pensar en la «maquinización» de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se le proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el

⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 110.

⁴¹ AGUILÓ, Josep (2008). *Sobre Derecho y Argumentación*. Lleonard Muntaner Editor, Palma de Mallorca, pp. 16-17).

silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La «aplicación» de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una «reacción», se «tome posición» antes ésta de conformidad con ellos”.⁴²

B. Más ponderación que subsunción

Como se puede deducir de lo antes expresado, esta es una consecuencia del protagonismo de los principios característico del nuevo constitucionalismo. En la aplicación de las reglas, el trabajo con estas se hace de manera subsuntiva, esto es, se encaja la situación concreta en el supuesto de la norma para aplicarle la consecuencia jurídica que contiene la regla. Este encaje no está exento de desajustes pero estos son de naturaleza semántica y, como tales, se focalizan en las expresiones y sus significados.⁴³ Sin embargo, frente a la presencia de los principios el trabajo jurídico es distinto, exige ponderar.

Si las constituciones son el resultado de un pacto y consenso político de principios no coherentes entre sí sino más bien que potencialmente pueden presentar contradicciones, de lo que se trata no es de asumir esas contradicciones como antinomias –cosa que hacemos cuando se trabaja exclusivamente con reglas– sino enunciados válidos aun cuando en un contexto determinado uno

⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 111.

⁴³ AGUILÓ, Josep. *Sobre Derecho y Arguemntación...Op. cit.* p. 20. Señala sobre la subsunción del caso particular a los casos genéricos descrito por las reglas genera desajustes entre unos y otros. Si tales desajustes se miran desde la perspectiva del caso concreto, se tratan de problemas de calificación y si más la mirada es desde la perspectiva de las reglas los problemas son de interpretación.

prevalezca sobre el otro. Para mayor precisión, la antinomia de reglas se solucionan escogiendo a una válida y aplicable, el conflicto de principios que están dotados de igual valor se resuelve a través de hacer un equilibrio para buscar en el caso concreto la mejor solución.

Se trata de: “[...] formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una “jerarquía móvil” o “axiológica”, y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. [...] Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro”.⁴⁴

Con lo anterior no se quiere expresar que los operadores jurídicos tengan que elegir entre dos métodos excluyentes –subsunción o ponderación– más bien,

⁴⁴ PRIETO, Luis. Op. cit. pp. 136-138.

hay que asumir la ponderación como una operación anterior o más básica que la subsunción y ello es así porque:

“Las reglas no se entienden como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental. El cambio central está, por tanto, en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque no son solo manifestaciones de voluntad), sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos. La lealtad a las reglas, y a su expresión, es un componente de la lealtad al Derecho, pero éste no está compuesto sólo por reglas, también por principios.”⁴⁵

D. Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes

Esta omnipresencia se corresponde con la relevancia de los principios y de la ponderación. Ambos aspectos determinan finalmente que todo problema jurídico se termine resolviendo en el Derecho constitucional. Prieto lo llama el efecto “impregnación” o “irradiación” del texto constitucional.⁴⁶

D. Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario

⁴⁵ AGUILÓ, Josep. *Sobre Derecho y Arguemntación...Op. cit.* p. 20.

⁴⁶ PRIETO, Luis. *Op. cit.* p. 122.

La omnipresencia de la Constitución va aparejada de la omnipotencia judicial. Como señala Grández el constitucionalismo reivindica la obra de los jueces, quienes deben ser los guardianes de la Constitución, atentos a los excesos de los legisladores⁴⁷. Así pues, el tránsito del imperio de la ley a la supremacía de la Constitución ha significado pasar del protagonismo del legislador al de los jueces.

Dado el denso contenido material y heterogéneo de la Constitución -la cual no se circunscribe solo a regular las fuentes del Derecho y a enunciar derechos fundamentales (en cuyo caso la garantía judicial estaría orientada velar por el cumplimiento de la producción normativa)- la garantía judicial es muy amplia y va acompañada de una pérdida de la autonomía del legislador.⁴⁸

Esto ha sido expresado por Ferrajoli en los términos siguientes: “[...] en el Estado constitucional de derecho, el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leyes que él produce no son válidas solo porque son vigentes, o sea producidas en las formas establecidas por las normas en relación con su producción, sino que lo son si, además, son coherentes con los principios constitucionales.”⁴⁹ Es pues en esta conexión en la que se sitúa el principal rol de los jueces en el Estado Constitucional.

E. Coexistencia de una constelación plural de valores, a veces contradictorios

⁴⁷ GRANDEZ, Pedro, Op. cit. p. 39

⁴⁸ PRIETO, Luis. Op. cit. p. 123.

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi citado por GRANDEZ, Pedro. Ob. Cit. p. 42.

Finalmente, los rasgos antes enumerados explican que en el Estado constitucional lo que tenemos es la coexistencia de una constelación plural de valores, reflejo de una sociedad plural, lo que trae consigo la exigencia de un particular modo de trabajar con el Derecho. Esta diversidad no está jerarquizada, si así lo fuera, se produciría la tiranía de un valor sobre otro.⁵⁰

El nuevo constitucionalismo es pues una nueva concepción del Derecho que exige un modo de trabajo distinto al de las concepciones hoy en crisis.⁵¹ Si bajo el nuevo paradigma el Derecho no puede ser visto solo como una realidad dada, producto de la voluntad de la autoridad, sino también como una práctica social que tiene una pretensión de corrección, de lo que se trata entonces es de integrar la dimensión autoritativa con la valorativa, esta última expresada en los principios constitucionales. Ello exige una mayor demanda de justificación y de argumentación en el Derecho.⁵²

⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, Op. cit. p. 124. Asimismo, señala Zagrebelsky que: “Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado a partir de uno sólo de ellos. Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y solo perseguiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos.” (p. 125).

⁵¹ Es importante destacar que desde el movimiento feminista crítico al Derecho se ha venido denunciando desde la década de los 60 que el Derecho es una construcción masculina que sexualiza y jerarquiza, escondiéndose todo ello bajo el ropaje del lenguaje agenérico o neutral, y que desde la manera formalista de aplicar el Derecho es imposible visibilizar y corregir tal despropósito. Bajo esas premisas se produjeron propuestas como la presentada por Bartlett quien planteó la necesidad de trabajar en el Derecho con métodos como la pregunta por la mujer o el razonamiento práctico feminista que tienen en común una invitación a realizar un razonamiento jurídico desde el contexto y no desde lo que prescriben las reglas (Bartlett:3075). El método de trabajo que exige el nuevo constitucionalismo en la medida que pone en relieve los principios más que las reglas, la ponderación más que la subsunción así como el énfasis en una argumentación jurídica que exige importante dosis de pragmatismo, comparte con el feminismo jurídico el resultado al que se busca llegar.

⁵² ATIENZA, Manuel (2013). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Editorial Pasos Perdidos, Madrid, p. 29.

En esta línea señala Aguiló que: “La conexión entre el nuevo paradigma y la argumentación puede verse en dos niveles: uno, superficial o manifiesto y, otro, más profundo, menos patente. En el superficial, la argumentación jurídica gana espacio porque se acepta la idea de que la mera voluntad de una autoridad no es nunca justificación suficiente. Una decisión sin fundamentación, sin justificación, es el paradigma de una decisión arbitraria. [...] En el otro nivel, el más profundo y menos patente, no se trata ya de que el nuevo paradigma (el del Estado constitucional) presente diferencias de grado en relación con el anterior (el del imperio de la ley) a propósito de la «argumentación jurídica». No es, por tanto, simplemente que ahora se argumenta más, o que haya más demanda de argumentación jurídica, y que, en consecuencia, se necesite una teoría de la argumentación. La cuestión no gira, pues, en torno a «la argumentación en el Derecho» sino al «Derecho como argumentación».⁵³

El enfoque del Derecho como argumentación exige una importante dosis de pragmatismo, en el sentido de que la teoría del Derecho que se pretende elaborar debe partir de la primacía de la práctica, lo que significa que: “[...] en la teoría del Derecho, carece de valor cualquier trabajo que no esté enfocado a mejorar el Derecho y el mundo social, aunque, naturalmente, el objetivo puede ser muy a largo plazo y contando con muchas mediaciones”.⁵⁴

En este estado tenemos que hacer una mención al método argumentativo bajo el nuevo paradigma al que asistimos, en contraste del método jurídico bajo el formalismo. Así pues, si en este último el método ha consistido en un conjunto de

⁵³ AGUILO, Josep. *Sobre derecho y argumentación... Op. cit.* pp. 27-28.

⁵⁴ ATIENZA, Manuel (2013). *Podemos hacer más... Op. cit.* p. 30.

operaciones para descubrir, hallar, encontrar las soluciones jurídicas a los casos particulares, como si se tratase de un protocolo para llegar a un resultado. Por el contrario, bajo el método argumentativo de lo que se trata no es de hallar una solución sino justificarla utilizando normas generales.⁵⁵

Uno de los cambios que se producen también como consecuencia del nuevo paradigma y del método argumentativo que lo caracteriza es la juridificación de la política en el sentido que el legislador tiene también la tarea de justificar las normas que dicta para realizar la conexión interna entre derechos y principios constitucionales y orden jurídico⁵⁶.

En ese sentido éste puede ser visto básicamente como: “[...] un desarrollo positivo de los principios y derechos constitucionales; el contenido del orden jurídico es visto ahora como concreción de las exigencias normativas derivadas de éstos. Los derechos y principios constitucionales tendrán fuerza expansiva fundamental en la determinación del contenido del orden jurídico, y ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de desarrollo y concreción: ellos serán la fuente fundamental para determinar qué se debe ordenar, prohibir y castigar”.⁵⁷

Ahora bien, no se trata de que la llamada concepción estándar de la argumentación jurídica, se presenta como contrapuesta al razonamiento lógico deductivo sino que, además de éste, se requiere de otros recursos. Así, Atienza nos presenta bajo la idea de concepciones de la argumentación distintas etapas en las

⁵⁵ AGUILÓ, Josep. La constitución...; Op, cit. pp. 161-162.

⁵⁶ *Ibíd.* pp. 169-170.

⁵⁷ *Ibíd.* pp. 172 - 173.

que hay que justificar las decisiones jurídicas: dimensión formal o lógica, dimensión material o de buenas razones y la dimensión pragmática.⁵⁸

2.2.2. El diseño constitución de familia según la Constitución de 1993

Las disposiciones constitucionales que específicamente tratan sobre la familia y las uniones de hecho son los artículos 4 y 5 que establecen lo siguiente:

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

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

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

La Constitución peruana no define a la familia ni la identifica de manera exclusiva con un modelo único. Esta ha ido cambiando su configuración a lo largo del tiempo debido a la influencia de diferentes factores. Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional que ha expresado lo siguiente:

⁵⁸ ATIENZA, Manuel (2013). *Podemos hacer más...*; Op. cit. p. 30.

“[...] 6. La aceptación común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así desde una perspectiva jurídica tradicional la familia «está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en parentesco»(...) 7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear; conformada alrededor de la figura del pater familias”⁵⁹

Se observa que el Tribunal Constitucional considera que la familia ha cambiado respecto al modelo tradicional nuclear, integrado por el padre y la madre (probablemente unidos por el lazo matrimonial) y con hijos, posición que contrasta con quienes la entienden asociada a la naturaleza⁶⁰ lo que le lleva a ser entendida como inmodificable e inalterable en el tiempo, más aún, porque se la

⁵⁹ Expediente 09332-2006-PA/TC. Sentencia del 6 de febrero de 2008.

⁶⁰ Si bien el Tribunal asume a la familia como “instituto natural”, no deriva de ello un carácter inmutable y por tanto la disocia del modelo nuclear. Aunque el Tribunal relaciona el cambio con el reconocimiento a las familias ensambladas que están integradas por hijos nacidos de compromisos anteriores, el hecho de reconocer que factores sociales, económicos y políticos han influenciado sobre el modelo tradicional significa un avance hacia el camino del reconocimiento de otras formas familiares.

asocia a la función de reproducción de la especie. Sobre el ideal de familia nuclear, Jaramillo sostiene que⁶¹:

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

Segunda: que las mujeres debían asumir la crianza de los niños y las labores hogareñas, dadas sus capacidades especiales para ello. Este rol de las mujeres se reforzó de diversas maneras: por una parte, resaltando la importancia de la lactancia en la nutrición de los menores y en la creación del vínculo afectivo entre madre e hijo; por otra, resaltando la sensibilidad de las mujeres y por tanto sus dones para dar a los hijos el amor necesario para su desarrollo; finalmente, resaltando las habilidades de las mujeres para la economía doméstica y la íntima conexión de ésta con un adecuado desarrollo de los hijos.

Tercera: que los hombres debían hacerse cargo tanto de la producción económica como de la política, esto es, ser los actores principales del mercado y el Estado. Este rol también se justificó a partir de cierta concepción de las cualidades especiales de los hombres. Por último, y en íntima relación con las anteriores, que la familia debía pertenecer al espacio privado y, por lo tanto, que sus miembros debían resolver sus diferencias sin la intervención del Estado”

⁶¹ JARAMILLO, Isabel (2008). “*Familia*”. En: MOTTA, Cristina y SÁEZ, Macarena. *La mirada de los Jueces*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, pp. 267-268.

Si bien este modelo familiar impregnó la legislación peruana, hoy deja de tener asidero desde una perspectiva constitucional, no solo porque la realidad revela una diversidad de formas familiares sino porque desde la supremacía de la Constitución la legislación debe ser leída a la luz de los principios que emanan de la Carta de 1993, es decir, dignidad, igualdad y autonomía individual. De este modo, el principio de protección a la familia que se enuncia en el artículo 4 de la Constitución, está dirigido a toda forma familiar y no exclusivamente a aquella que se acerca al modelo tradicional nuclear.

2.2.3. Sobre la homosexualidad y la moral pública

La homosexualidad es tan antigua como la vida humana. En las más antiguas ciudades y en muchos de los imperios del Viejo Mundo la práctica homosexual era aceptada y considerada como parte de lo cotidiano. Sin embargo, el pasar de los siglos ha ido involucrando conceptos que han variado esta idea, desde religiosos hasta jurídicos.

En ese sentido, Michael Sandel señala que: “quienes defienden la existencia de leyes contra el aborto y la conducta homosexual parten de dos razonamientos distintos: algunos sostienen que el aborto y la homosexualidad son reprobables desde el punto de vista moral y, por consiguiente, dignos de ser prohibidos; otros tratan de eludir cualquier juicio sobre la moralidad de dichas prácticas y, en su lugar, arguyen que en una democracia las mayorías políticas tienen derecho a plasmar sus convicciones morales en forma de ley.”⁶²

Asimismo, Sandel denomina a la primera de estas formas de argumentación como la “ingenua” y, a la segunda, la “sofisticada”. La forma ingenua concentra su fundamentación en el valor moral de las conductas, es decir, depende de ello la correlación que existe con la justicia de cierta norma (en este caso, aquella que apruebe el matrimonio homosexual). Por otro lado, la forma sofisticada no se fundamenta en un “juicio moral sustantivo sobre la conducta en cuestión”, sino entre la “prioridad relativa entre el principio de la mayoría y los derechos individuales, o lo que es lo mismo, entre la democracia y la libertad”⁶³.

Es el orden natural lo que asegura el cambio de las ideas, las épocas, determinados cambios y momentos que influyen en la recepción de un cúmulo de ideas y máximas que cada sociedad toma como suya. La sociedad occidental del siglo XXI es muy distinta a la del Medioevo, así como a la sociedad oriental del siglo XXI. Dentro de este margen, uno de los puntos más conservadores de los Estados Unidos, Alabama, acaba de verse inmerso con un cambio en el orden de sus ideales⁶⁴. Así, una sociedad que hace unos años veía impensable aprobar esta medida, hoy está ad portas de aceptar lo que ellos denominan el matrimonio igualitario.

De esta forma, se considera necesario ahondar en la perspectiva “ingenua”, referida a los prejuicios y valores morales que cierta sociedad adquiere como propias respecto a un determinado tema (en este caso, la homosexualidad y la posibilidad de un matrimonio); ya que es esta la que genera un bloque férreo de

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ PEREDA, Cristina. (2015). “*El matrimonio igualitario conquista el conservador sur de los Estados Unidos*”. Consulta: 14 de marzo de 2016. http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/15/actualidad/1424028664_523140.html

críticas contra esta práctica. Para ello, conceptos como la privacidad y su íntima relación con la autonomía son pilares de una mejor apreciación del matrimonio entre homosexuales.

2.2.4. El matrimonio: ¿palabra absoluta?

Entre los argumentos esgrimidos por quienes se contraponen al matrimonio homosexual destaca aquel basado en el carácter meramente religioso de la institución del matrimonio y en el fin procreador de la familia. Es en esta línea en la cual el profesor Roger Rodríguez Iturri asevera que el hecho de no permitir un matrimonio homosexual “no solo no constituiría una conducta discriminatoria ni inconstitucional, sino que además sería justa por cuanto es de justicia dar a cada cual lo que corresponde”⁶⁵, haciendo hincapié en las diferencias entre las uniones homosexuales y heterosexuales.

Por otro lado, el hecho de calificar a una institución como categoría absoluta e invariable, no hace más que permanecer ajeno a las exigencias del orden natural. Un claro ejemplo reposa en lo que menciona Gorki Gonzáles acerca de algunos cambios entre los Códigos Civiles peruanos de 1936 y 1984, referidos, íntegramente, al rol de la mujer dentro del concepto del matrimonio:

“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

⁶⁵ RODRÍGUEZ, Roger (1997). *El derecho a amar y el derecho a morir*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, p. 335.

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.”⁶⁶

Asegura también que en los estados fundamentalistas, donde los valores religiosos tienen carácter incuestionable, “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”⁶⁷. El autor en mención busca dejar claro cómo el Estado impone ciertas reglas y valores morales, fundamentando ello en un supuesto “orden natural” de las instituciones, tanto de familia como matrimonio.

En relación al concepto de familia, no podemos aseverar que existe un solo tipo de esta. “La familia comprende al matrimonio civil como una forma de origen y organización de la vida familiar, pero también lo trasciende”⁶⁸. En este mismo sentido, Violeta Bermúdez aplaude la protección jurídica que se le otorga a las uniones de hecho o concubinato, señalando que significa un gran avance en el reconocimiento de la igualdad de las parejas. Del mismo modo, expresa su preocupación en cuando aún no existe una protección jurídica a las personas del mismo sexo que deciden pasar juntos el resto de su vida. Citando a Graciela

⁶⁶ GONZÁLES MANTILLA, Gorki (2015). “*La unión civil no matrimonial como desafío de la democracia constitucional*”. En IUS 360. Consulta: 14 de marzo de 2016. <http://www.ius360.com/columnas/gorki-gonzales/la-union-civil-no-matrimonial-como-desafio-de-la-democracia-constitucional/>

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta (2014). “*Alcances del concepto de familia*”. En IUS 360. Consulta: 14 de marzo de 2016. <http://www.ius360.com/jornada-por-los-30-anos-del-codigo-civil/alcances-del-concepto-de-familia/>

Medina, Bermúdez identifica la presencia de dos pilares fundamentales en este reconocimiento: el respeto a la libre determinación y a la vida privada⁶⁹. Nos referiremos a estos dos principios en el siguiente apartado.

2.2.5. De la libertad, dignidad y otros derechos

Hasta ahora hemos tratado de presentar – y desarrollar –, a grandes rasgos, algunos de los principales argumentos en torno al debate del matrimonio homosexual. Ahora veremos este tema desde un plano constitucional. Un argumento a menudo usado por los contrarios al matrimonio homosexual es el hecho de que el derecho al matrimonio ha sido otorgado, tradicionalmente, a las parejas de diferente sexo. Este argumento presenta diversos contraargumentos, como bien lo expone Alfredo Bullard⁷⁰.

Entre los fundamentos constitucionales que pueden impulsar la protección legal del matrimonio homosexual destacan la dignidad, el libre desarrollo y autonomía, la igualdad y la prohibición de la discriminación. Sin embargo, es menester destacar que la libertad como fundamento primordial del hombre, se ve reflejada en una posible defensa del matrimonio homosexual. Jean-Paul Sartre sentenció, allá por 1946, que “el hombre es libre, el hombre es libertad”⁷¹.

Este presupuesto ha servido como tal en muchos fallos trascendentales a lo largo de la historia. Uno de los más representativos señala que “el derecho de cada

⁶⁹ MEDINA, Graciela (2001). *Uniones de Hecho Homosexuales*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 27. Citado por BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta. *Ibíd.*

⁷⁰ BULLARD GONZÁLES, Alfredo (2015). “*La tradición del odio*”. En *El Comercio*. Consulta: 14 de marzo de 2015. <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/tradicion-odio-alfredo-bullard-noticia-1797519>

⁷¹ SARTRE, Jean-Paul (1999). *El existencialismo es un humanismo*, Editorial Edhasa, Barcelona, p. 42.

persona a definir su propia concepción de la existencia, del sentido, del universo y del misterio de la vida humana, forma parte de lo más esencial de la libertad. Las creencias en torno a estas cuestiones no podrían definir los atributos de la personalidad si tuvieran que formarse bajo la coacción del Estado”⁷².

En relación a los derechos como privacidad y autonomía, Sandel señala que existen dos respuestas en torno al tema de la semejanza entre las relaciones homosexuales y las heterosexuales. La primera, llamada voluntarista, sostiene que “las personas deben ser libres para elegir por sí mismas las relaciones íntimas que deseen, independientemente de las virtudes o de la popularidad de las prácticas escogidas, siempre que no hagan daño a otras personas”. Sin embargo, la segunda, llamada sustantiva, señala que “gran parte de lo que valoramos en el matrimonio convencional está también presente en las uniones homosexuales. (...) [lo que las conecta] no es que ambas sean producto de la elección individual, sino que tanto unas como otras hacen realidad importantes bienes humanos”⁷³.

Asimismo, los derechos como privacidad y autonomía destacan entre los demás porque exigen un respeto fundamental a las decisiones individuales, donde el problema ya no radica en un tema de igualdad, sino de reconocimiento de diferencias y protección a las libertades individuales, desechando argumentos meramente utilitarios o mayoritarios.

Por otro lado, el Código Civil peruano y la Constitución (art. 23) ofrecen protección al matrimonio de un “varón con una mujer”. Por ello, el hecho de

⁷² Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992), p. 851. Citado por SANDEL, Michael. Óp. Cit., p. 182.

⁷³ Ídem, p. 189.

establecer un matrimonio homosexual podría ser argumentado como inconstitucional.

Sin embargo, la misma Carta reconoce los derechos fundamentales a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, María Martín Sánchez señala que “la preservación de la heterosexualidad, elemento del matrimonio discutido y discutible, no parece causa razonable para limitar o negar el acceso a determinado derecho vinculado con la personalidad a determinado grupo de personas”⁷⁴, ello, ya que la autora en cuestión señala que la opción homosexual no puede calificarse de menos digna, ya que este derecho abarca, entre otras facetas, la íntima o sexual del individuo, ingresando en el análisis, el factor de igualdad.

Otro argumento se desarrolla en torno a la no discriminación por orientación sexual, incluyéndose esta categoría dentro del artículo 2 inciso 2 de nuestra Carta Fundamental, al señalar la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación por diversos motivos y de “cualquier otra índole”. A ello se le considera como “cláusula abierta”.

Finalmente, abordaremos la cuestión de considerar al matrimonio como un derecho o como una institución legal. El hecho de considerar al matrimonio como un derecho (reconocido como tal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos), obliga al legislador a regularlo para proteger jurídicamente a las personas que disfruten de este derecho.

⁷⁴MARTÍN SÁNCHEZ, María. (2008). *Matrimonio Homosexual y Constitución*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 33.

Asimismo, siguiendo esta línea, a considerar al matrimonio como exclusivo en las relaciones heterosexuales “se estaría diferenciando en el trato, excluyendo del disfrute de un derecho tan importante en el desarrollo de la vida personal [...] por el mero hecho de la orientación sexual de la persona”⁷⁵. No obstante, el considerarlo como una institución – meramente –, supone que debe entenderse como una regulación cerrada y limitada.

Este apartado es fundamental, ya que puede que de esto dependa si el hecho de determinar si su generalización constitucional es justificado legal como socialmente, esto en relación al hecho de extender el goce de un derecho legítimo a quienes no lo tienen.

2.2.6. Democracia constitucional.

La democracia, entendida en su acepción más simple (y conocida) como el gobierno del pueblo, es un concepto que ha acompañado la evolución del pensamiento político y jurídico por mucho tiempo (siglos) y, hoy por hoy, es un valor característico e indispensable del Estado constitucional, uno de sus elementos esenciales, no sólo como factor de legitimación del gobierno, sino también como principio normativo que prescribe conductas y orienta la interpretación jurídica⁷⁶.

No obstante esa permanencia en la médula del ideal jurídico-político y en la esencia del gobierno representativo, la democracia es un concepto complejo que refleja una realidad frágil e inestable; una forma de gobierno que está expuesta a

⁷⁵ Ídem, p. 127.

⁷⁶ DIAZ, Elías, ob. cit. p. 56

sus propias contradicciones y sujeta a las exigencias de cada época; un ideal semilleno o semivacío que requiere de una realidad más sólida que lo justifique y lo complemente; esa realidad se genera y transforma a partir de la decisión política, en tanto que ésta representa la manifestación y el conducto a través del cual la autoridad ejerce sus facultades y hace valer los principios que orientan, justifican y rigen su acción⁷⁷.

Pero en la actualidad no cualquier decisión emitida por la autoridad pública es compatible con las exigencias de la democracia constitucional. Sólo lo es válida aquella que ha sido emitida por una autoridad competente, mediante un procedimiento previamente establecido, exponiendo las razones y fundamentos que la sustentan y que resulte compatible con los derechos y principios constitucionales, internacionales y legales. En este sentido, la dimensión normativa de la democracia es quizá la que puede ceñirse a la realidad de mejor manera, la que puede transformar el ideal democrático en práctica social y de gobierno a través de la deliberación pública y de la decisión política consecuente, y la que orienta el carácter sustantivo y normativo del texto constitucional y los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos.

Es esta dimensión normativa de la democracia, la que se corresponde con la idea de Constitución normativa y con la función principal del texto constitucional, que en palabras de Zagrebelsky consiste en "fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados por todos, situados por ello fuera, incluso

⁷⁷ PRIETO SANCHIZ, Luis, ob. cit. p. 34

por encima, de la batalla política; principios y reglas sobre los cuales no se vota", porque ya han sido votados de una vez por todas en su origen"⁷⁸.

Ello nos aproxima a la noción deliberativa de la democracia constitucional en donde la regla de la mayoría es, por sí misma, insuficiente, en tanto que han de atenderse tanto al proceso de formación de la decisión como a su contenido, a la corrección de su interpretación y su razonamiento, a su valor epistémico y a su sentido axiológico (en cuanto que el Estado constitucional tiene un compromiso con la verdad y con la justicia).⁷⁹ Además, es preciso que exista también un control del resultado de la deliberación, esto es de la decisión misma.

La justicia constitucional permite cierto grado de control no sólo de la Constitución sino también de la democracia deliberativa en tanto modelo de toma de decisiones políticas y de justificación o legitimación de las mismas. De hecho, como sostiene Francesco Viola, la concepción constitucional de la democracia deliberativa no se agota en el texto constitucional, ni en la asamblea parlamentaria, sino que existen diferentes sedes deliberantes que elaboran interpretaciones de los valores fundamentales y las relaboran, las corrigen, las transforman mediante una influencia mutua.

Los tribunales constitucionales son sedes donde la deliberación pública no sólo es necesaria (diría indispensable) para delimitar la concepción del bien

⁷⁸ MARTÍNEZ NEIRA, Manuel (2008). *Principios y votos*. El Tribunal Constitucional y la política, Mínima, Editorial Trotta, Madrid, p. 29.

⁷⁹ Cfr. VIOLA, Francesco, *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*, trad. de SALDAÑA, Javier (2006). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, NINO, Carlos (2003). *La construcción de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, y MARTÍ, Luis (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid.

común y de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico, sino también para asegurar una mayor calidad de la deliberación en la toma de decisiones y en el control de las mismas.

Es importante precisar lo destacado por Owen Fiss, en el sentido de que los jueces actúan en un contexto institucional en el que sólo pueden decidir después de haber participado en un diálogo sujeto a mecanismos de control argumentativo y racional sometido a reglas procesales y a principios constitucionales, estando obligados a justificar su decisión racional y razonablemente, con lo cual se garantiza en mayor medida la objetividad de sus decisiones, respecto de aquellas emitidas por las asambleas legislativas que no actúan en ese contexto institucional.⁸⁰ Lo que Robert Alexy ha identificado como la "representación argumentativa" de los tribunales frente a la tradicional representación parlamentaria⁸¹.

Lo anterior en el entendido de que, como precisa Zagrebelsky, el tribunal constitucional decide no sobre la Constitución, sino según la misma, dado que los principales problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional son problemas de interpretación de la norma constitucional y uno de sus principales retos es garantizar la interpretación abierta y evolutiva del texto constitucional.⁸²

Con ello quiero llamar la atención sobre el papel de los jueces constitucionales en una democracia constitucional como garantes no sólo de los

⁸⁰ FISS, Owen. *Las formas de la justicia. El derecho como razón pública*, trad. de RESTREPO, Esteban (2007), Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 21-76

⁸¹ ALEXY, Robert (2006). *Ponderación, control de constitucionalidad y representación, Jueces y ponderación argumentativa*", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, pp. 12-18

⁸² AUILÓ, José. et al. (2007). *"Fragmentos para una teoría de la Constitución"*, Editorial Iustel, España, pp. 113-181.

derechos sino también de la apertura constitucional. En tanto que, como apunta también Víctor Ferreres, en la medida en que el sistema de justicia constitucional esté organizado de tal modo que permita la expresión de voces que no se han podido escuchar durante la deliberación parlamentaria, el proceso judicial tiene una ventaja deliberativa respecto del proceso político democrático, permitiendo así mantener viva la cultura pública constitucional y los valores que la sustentan.⁸³

En este sentido, la democracia deliberativa constitucional que se manifiesta en la sede judicial debe procurar en la mayor medida la consideración de las razones y argumentos tanto de la mayoría parlamentaria como de aquellos individuos o grupos que no han podido participar en tales procesos legislativos o cuyas voces no han sido consideradas, particularmente la de los ciudadanos que consideran afectados sus derechos por actos de autoridad u otros sujetos como los partidos políticos, pero también la justicia constitucional debe velar por el interés común en la garantía efectiva de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales.

Así entiendo la idea de democracia constitucional deliberativa. En donde la función del juez es no sólo de garante de los derechos sino de la propia dinámica constitucional, controlando, en el ámbito de su competencia, los procedimientos deliberativos de toma de decisiones y estableciendo interpretaciones plausibles y razonables de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales.

En este mismo sentido, la tesis de Francesco Viola es importante y valiosa para entender este problema, cuando afirma que la democracia constitucional

⁸³ FERRERES, Víctor (2007). *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 161

deliberativa supone la existencia de un derecho a la justificación argumentada, un derecho-deber a la racionalidad que los jueces deben asumir con seriedad y responsabilidad.⁸⁴

2.3. Definición de términos⁸⁵

- **Unión civil.** – Una unión civil es una de las varias denominaciones usadas para establecer un estado civil distinto al matrimonio civil. Creada típicamente para que las parejas homosexuales gocen de similares o iguales derechos y obligaciones de las que gozarían las parejas heterosexuales al estar civilmente casadas. Bajo una interpretación jurídica, normativa y constitucional, el número de derechos y obligaciones que enmarcan una unión civil dependen en mayor o menor grado del ordenamiento jurídico doméstico. En algunas jurisdicciones se les denomina pacto civil de solidaridad o sociedad de convivencia. También la unión civil busca proteger el libre ejercicio de los derechos humanos de las personas LGTBI ante las hostilidades de la sociedad cualquiera que fuese el motivo. La intervención del Estado a través de sus políticas públicas es importante al realizar una labor tutelar de su integridad y bienestar permanente, definiendo así su vigencia como sector de la sociedad.
- **Matrimonio.-** es una institución social que crea un vínculo conyugal entre sus miembros. Este lazo es reconocido socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres.

⁸⁴ Cfr. Viola, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*, ob. cit., p. 68

⁸⁵ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, *Diccionario jurídico*. Disponible en sitio web: <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html>. Visitado 20 de noviembre de 2016.

- **Homosexualidad.-** es una orientación sexual que se define como la interacción o atracción afectiva, emocional, sentimental y sexual hacia individuos del mismo sexo.
- **Matrimonio homosexual.-** El matrimonio entre personas del mismo sexo reconoce legal o socialmente un matrimonio formado por contrayentes del mismo sexo biológico o legalmente reconocido.
- **Democracia constitucional. -** Es el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder”. Es un sistema constituido por “los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales -derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia-, que toda mayoría está obligada a satisfacer”. Es por tanto incompatible con la democracia plebiscitaria y con la ya superada democracia liberal, que designan dos “absolutismos convergentes: el de los poderes políticos de la mayoría y el de los poderes económicos del mercado.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Los proyectos de ley sobre el matrimonio homosexual⁸⁶

3.1.1. El proyecto Bruce

El 12 de setiembre del 2013, el legislador Carlos Bruce (Concertación Parlamentaria) presentó el proyecto de ley N° 2647/ 2013-CR, que propone establecer la unión civil entre personas del mismo sexo. Esta iniciativa ha sido respaldada por el Ministerio de Justicia (Minjus), que señala que “el proyecto no solo resulta jurídicamente viable, sino que es representativo de una concreción esencial de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad y no discriminación”. Pero, concretamente: ¿qué es lo que plantea Bruce?

Los integrantes de la unión civil no matrimonial podrán formar sociedades gananciales, salvo que acuerden lo contrario.

Además, los denominados compañeros civiles recibirán el mismo tratamiento y tendrán los mismos derechos que un pariente de primer grado. Es decir, podrán visitar a sus parejas cuando estas se encuentren internadas en un hospital o un centro penitenciario; tomarán decisiones para el inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencia; recibirán alimentos de sus compañeros y adquirirán la nacionalidad peruana, en el caso de que sean extranjeros, luego de dos años de haber celebrado la unión civil.

⁸⁶ Comisión de Justicia del Congreso de la Republica: www.congreso.gob.pe/comisiondejusticia

La iniciativa de Bruce también señala que si uno de los firmantes de la unión civil fallece, el otro podrá heredar la propiedad o bienes que este o los dos hayan adquirido.

En lo que se refiere a la seguridad social, si uno de los compañeros civiles no tuviese cobertura médica pública o privada, podrá ser inscrito como beneficiario por su pareja para que goce de los beneficios a los que el titular tenga derecho. Esto incluye los seguros en EsSalud y EPS, la pensión de invalidez de EsSalud, las pensiones de sobrevivencia en las AFP, el régimen mancomunado de jubilación en la ONP y la pensión de viudez en la ONP.

La unión civil, según el proyecto de Bruce, deberá ser inscrita en la Reniec y se deberá cambiar el estado civil del DNI. Con ello, se crea un quinto estado civil.

3.1.2. Crítica al dictamen sobre la postura de la Comisión de Justicia⁸⁷

Es lamentable que con un escaso debate y sin mediar un dictamen, la Comisión de Justicia del Congreso haya archivado el Proyecto de Ley de Unión Civil que era respaldado por un apreciable grupo de congresistas y una parte importante de la sociedad.

El Parlamento ha perdido la posibilidad de desarrollar una discusión saludable, ejerciendo su condición de reflejo plural de la sociedad, uno de sus insustituibles atributos. Era conveniente, como se ha procedido en otros casos,

⁸⁷ DIARIO LA REPUBLICA. “*Proyecto de ley de unión civil fue archivado en el Congreso*” En: www.larepublica.pe/10-03.../comision-de-justicia-debatira-hoy-proyecto-sobre-la-union-civil. 10-03-2015.

realizar una discusión abierta, documentada, de cara al país, con audiencias e invitados representantes de las posiciones en liza y empleando un mayor tiempo, y que de ella emerjan dos o tres dictámenes que lleguen al Pleno para una discusión aún más abierta, al margen de las votaciones.

En cambio, se ha actuado con marcada discriminación frente a una iniciativa precisamente orientada a resolver las expectativas de un sector de la sociedad claramente discriminado. El Presidente de la Comisión de Constitución ha tenido una criticable actuación en este episodio. Durante varios meses postergó sin mayor explicación el debate del proyecto y se resistió a todo movimiento dirigido a que la discusión saliese de los muros del Congreso.

Es cierto que esto no impidió que la sociedad discuta un asunto capital, pero ha quedado la evidencia de que se intentó que el parlamento pase desapercibido en esta cuestión. La idea de esconder el debate se consolidó esta semana con un intercambio fugaz de ideas y un apurado archivamiento, una medida que se advierte apunta a privilegiar otros proyectos.

Es también lamentable que, en los días previos al debate, en la discusión parlamentaria y aún luego de ella, se registraran muestras de intolerancia frente a los que piensan distinto a la mayoría y frente a los que son distintos a la mayoría. En algunos casos, estas agresiones han usado argumentos de religiosos cuando lo que se encontraba en discusión era una iniciativa sobre relaciones civiles de las personas.

Es imposible evitar que las discusiones sobre la coexistencia social rocen las creencias religiosas por ser estas afirmaciones y dogmas sobre el lugar y el rol de los individuos en el mundo. Sin embargo, es un exceso imponer la reducción de este debate a un problema de fe y subestimar su condición de asunto de derechos. Sucede lo mismo con aquellas posiciones que impusieron una falsa lógica naturalista superada hace siglos.

La comunidad lesbiana, gay, transexual y bisexual, conocida como LGTB, es eso, una comunidad de personas, instituciones, intereses y demandas ante la cual el Estado no puede reaccionar con el silencio y el olvido, y la sociedad o una parte de ella no puede responder con insultos y piedras. Si algo aprendimos los peruanos en los duros años de la violencia terrorista es la necesidad de la tolerancia y el reconocimiento del otro, diferente y distinto, pero igual y pasible de derechos.

3.1.3. Proyecto de ley 96/2016-CR: Matrimonio Homosexual⁸⁸

Las congresistas Indira Huillca y Marisa Glave, con el respaldo de otros congresistas, presentan un Proyecto de ley para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

El 2017 ha empezado con diversos pronunciamientos sobre los derechos de la comunidad LGTBI. Uno de los últimos acontecimientos es la reciente presentación del Proyecto de ley 96/2016-CR, que tiene como finalidad reconocer el matrimonio igualitario en nuestro país.

⁸⁸ Comisión de Justicia del Congreso de la Republica: www.congreso.gob.pe/comisiondejusticia

Esta propuesta legislativa plantea la modificación del artículo 234 del Código Civil para establecer la institución del matrimonio como una unión voluntaria concertada entre dos personas legalmente aptas. Así –bajo esta figura jurídica– se configuraría un matrimonio entre parejas homosexuales con todos los derechos reconocidos y protegidos por el mismo Estado.

En el Perú, los avances de la comunidad LGTBI son lentos a comparación de otros países latinoamericanos. Por ejemplo, en Argentina se ha logrado una mayor protección de estos mismos al brindar legalmente la posibilidad de un matrimonio entre personas del mismo sexo; Colombia –otro país con grandes alcances sobre la materia– brinda el reconocimiento de adopción por parte de parejas del mismo sexo y en Brasil es legal que una persona LGTBI pueda servir abiertamente en las Fuerzas Armadas.

En el Informe 175 de la Defensoría del Pueblo se explica la situación actual en nuestro país y cómo afecta al desarrollo integral de la persona que exista una discriminación en base a su orientación sexual, identidad de género y otros aspectos. Referente a la unión civil entre parejas del mismo sexo, la institución se pronuncia de esta forma:

Si deciden iniciar una relación, adquirir bienes y luego se produce la muerte de uno de sus integrantes, la otra persona quedará desprotegida al no tener la posibilidad de acceder al patrimonio común, pues el Código Civil establece un orden de prelación en materia sucesoria que no los considera. Estas personas tampoco pueden contar con el seguro de salud ni acceder a una pensión de su compañero o compañera. Asimismo, en no pocas oportunidades enfrentan

dificultades para visitar a su compañero/a en hospitales o clínicas, principalmente debido a la oposición de sus padres o familiares.⁸⁹

3.1.4. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «El matrimonio homosexual no es un derecho»

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con fecha 9 de junio de 2016, ha determinado por unanimidad que “el matrimonio homosexual no es un derecho”. Esta decisión surgió con ocasión del caso “Chapin et Charpentier vs. Francia” (N° 40183/07), cuyo tema giraba en torno a la anulación, por parte de la justicia francesa, de un casamiento celebrado en 2004 entre dos hombres, acto que estaba prohibido por la ley francesa.

El Tribunal señaló que la Convención Europea de Derechos Humanos no incluye un supuesto derecho de las parejas de personas del mismo sexo, tanto en el marco del derecho a la vida privada y familiar (art. 8)⁹⁰ como en el del derecho a casarse y tener una familia (art. 12)⁹¹, precisando, incluso, que “el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales profundamente arraigadas que pueden

⁸⁹ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2016). *Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*, Lima.

⁹⁰ “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.” (art. 8)

⁹¹ “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.” (art. 12)

variar considerablemente de una sociedad a otra, y recordó que ella no debería apresurarse a sustituir la apreciación de las autoridades nacionales [...]”⁹².

La Corte apuntó que no existe consenso, a nivel europeo, en torno a la regulación del matrimonio homosexual y que no es su misión sustituir con su criterio la postura que han asumido las autoridades nacionales, que se encuentran mejor situadas para apreciar en cada caso las necesidades de su sociedad. En ese sentido, deja a la ley de cada Estado europeo los aspectos relativos a la autorización o a las restricciones aplicables al matrimonio homosexual.

3.2. Hacia un desentendimiento de las realidades

En el 2010 se suscitó en Argentina un fuerte debate en torno a este mismo tema. Carlos Camean Ariza, Director del Instituto de Ciencias para la Familia de la Universidad Austral, entre sus diversas notas, destacó que al ser el matrimonio homosexual una realidad distinta al heterosexual, estas deben recibir distintos tratamientos, ya que esto “es civilizado”.

Este autor asegura lo siguiente: “generaría confusión cívica si quien sólo tiene derecho de uso de un inmueble y quien tiene la plena disposición del mismo no se distinguieran con nombres distintos [...] Análogamente, la unión sexual

⁹²En su sentencia Schalk y Kopf (§§ 58-63), el Tribunal de Justicia consideró que si la institución del matrimonio había sido profundamente alterado por los cambios en la sociedad, desde la aprobación de la Convención, no hubo consenso europeo sobre el tema del matrimonio entre homosexuales. Se consideró que el artículo 12 de la Convención se aplica a la reclamación de los demandantes, pero que el permiso o la prohibición del matrimonio homosexual se rigen por la legislación nacional de los Estados contratantes. Se consideró que el matrimonio tenía connotaciones sociales y culturales profundamente arraigados que pueden variar considerablemente de una compañía a otra, y recordó que ella no debería apresurarse a sustituir la apreciación de las autoridades nacionales en mejores condiciones para evaluar las necesidades de la sociedad y responder. Por lo tanto, concluyó que el artículo 12 no requería la obligación del Gobierno demandado para abrir el matrimonio a las parejas homosexuales como sostiene uno de los solicitantes (véase también el caso Dubois v. Francia, N° 25951/07, § 66 CEDH 2012).

entre personas del mismo sexo no puede ser denominada matrimonio ya que transculturalmente se llama matrimonio a la unión total de un hombre y una mujer en tanto varón como mujer, hacerlo generaría la confusión antes citada.”⁹³

Ante ello, Roberto Gargarella respondió que, muy aparte de parecerle preocupante el argumento de lo “civilizado”, las realidades heterosexuales y homosexuales son básicamente iguales. Atender a la diferencias para excusar un tratamiento distinto es análogo a querer decir que los matrimonios entre personas estériles son también una realidad distinta y denominarlos “Matrimonio minus”⁹⁴.

Otro argumento esgrimido por quienes no aceptan el matrimonio homosexual es que “es tan injusto tratar distinto a los iguales, como tratar iguales a los distintos”⁹⁵. De esta forma, es importante recalcar el carácter fundamental del reconocimiento de las diferencias, cuestión que siempre debe estar presente. Las visiones “ingenuas” y “sofisticadas” son solo una parte de las múltiples perspectivas desde las cuales pueden analizarse estos tópicos (matrimonio homosexual, aborto, etc.).

Lo fundamental es aceptar que “el tiempo modifica los principios fundamentales igual que cambia las reglas del derecho. Los principios deben necesariamente cambiar porque no constituyen de ningún modo categorías lógicas, sino que son la concentración de reglas materiales, y las reglas cambian

⁹³ CAMEAN ARIZA, Carlos. “*Sobre el Matrimonio Homosexual*”, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad Austral. Consulta: 14 de marzo de 2016. <http://web.austral.edu.ar/descargas/familia/articulos/Sobre-el-matrimonio-homosexual-mayo-5-2010.pdf>

⁹⁴ GARGARELLA, Roberto. “*Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*”. Consulta: 14 de marzo de 2016. <http://seminariogargarella.blogspot.com/search?q=Matrimonio+homosexual>

⁹⁵ UNIVERSIDAD AUSTRAL (2010). “*Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo*”. Buenos Aires, p. 6. Consulta: 14 de marzo de 2016. <http://www.thefamilywatch.org/doc/doc-0142-es.pdf>

con las relaciones. Creer en la inmutabilidad de los principios acredita falta de sentimiento crítico para el estudio de la historia.”⁹⁶

Finalmente, el hecho de proteger los derechos en cuestión supone un fuerte reconocimiento de los cambios y de la variación de los conceptos. Los aspectos morales y valorativos poseen, desde luego, una importancia determinante. La labor radica en entender estos aspectos y establecer que la protección legal necesaria no va directamente relacionada a un bienestar público, sino a reconocer un aspecto principal de las vidas de las personas.

3.3. El modelo constitucional de familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano⁹⁷

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el modelo constitucional de familia,-en el marco de la constitución de 1993- en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, Caso: Reynaldo Armando Shols Pérez, en los siguientes fundamentos jurídicos:

4. El artículo 4° de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho –sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión- a casarse y a fundar una familiar, agregando que esta es

⁹⁶ IHERING, Rudolf. citado por Juan MONROY GÁLVEZ. (1996). *Introducción al proceso civil, Temis*, De Belaúnde & Monroy, Santa Fe de Bogotá, p. 6.

⁹⁷ STC N° 09332-2006-PA/TC, Caso: Reynaldo Shols Pérez En: www.tc.gob.pe/jurisprudencias

un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que “tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

5. El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23° que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17° que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, e indica que el derecho a fundar familiar se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.

6. La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia “está conformada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la familia y en el parentesco”.

7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de

la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaterales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

19. No obstante ello, deben tomarse en cuenta otros aspectos, como los referidos en la presente sentencia, cuales son la protección de la familia y el derecho a fundarla. Esto último no puede agotarse en el mero hecho de poder contraer matrimonio, sino en el de tutelar tal organización familiar, protegiéndola de posibles daños y amenazas, provenientes no solo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares. Tal facultad ha sido reconocida por tratados internacionales de derechos humanos, referidos en los fundamentos precedentes (supra 4 y 5), los que han pasado a formar parte del derecho nacional, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución.

20. En tal sentido, es el derecho a fundar una familiar y a su protección el que se encuentra bajo discusión, por lo que de conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que obliga al juez a aplicar el derecho que corresponda aun cuando no haya sido invocado por las partes, se emitirá pronunciamiento tomando en cuenta ello.

En consecuencia, tanto en la doctrina internacional como recientemente en la jurisprudencia comparada, los tribunales vienen variando la perspectiva de análisis de casos complejos en los ámbitos tutelares familiares. La problemática social y cultural superó a la Norma y por tanto es necesario que la judicatura

realice una interpretación de normas constitucionales y una adecuación a los objetivos y fines sociales de la unión matrimonial.

Una vez resuelto que no hay un concepto claro de familia ni en la Constitución ni en la doctrina nacional, corresponde buscar respuestas en la jurisprudencia nacional, para eso acudió a lo que ha señalado el Tribunal Constitucional a este respecto, me centraré en este órgano jurisdiccional y no en otro, ya que el Tribunal Constitucional es el encargado de revisar en específico la constitución. “Las sentencias del Tribunal Constitucional lo posicionan como el intérprete final de la Constitución.”⁹⁸

3.4. Familia y postura respecto al matrimonio en los Tratados Internacionales ratificados por el Perú

A continuación, se realizará un estudio de los tratados internacionales ratificados por el Perú⁹⁹ y que hagan mención a alguna idea de familia. Resulta necesario revisar estos tratados, ya que, en virtud del artículo 55° de la Constitución los tratados celebrados por el Estado peruano forman parte del Derecho nacional. Por lo que, es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y que se encuentren vigentes.”¹⁰⁰

⁹⁸ SILVA, Luis Alejandro (2012). “*La supremacía constitucional: Fundamento y Límite de su garantía por el Tribunal Constitucional*”. En: Anuario de Derecho Público UDP, Santiago, p. 621.

⁹⁹ Ver: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2012). *Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es Parte*. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/09/DGDOJ-Compendio-Derechos-Humanos>.

¹⁰⁰ Ver los tratados vigentes en: www.tc.gob.pe

Esto quiere decir que los Tratados Internacionales ratificados por el Perú, pasan a ser parte del Derecho Interno peruano. Para este análisis, me centrare específicamente en los enunciados que permitan desprender una idea de familia.

3.4.1. Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰¹

En el preámbulo de la declaración se menciona: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”¹⁰² Con esta frase podemos desprender que esta declaración considera a la humanidad en su conjunto como “familia” por tanto, se establece un concepto amplio de lo que se entiende por tal, no restringiendo el término familia al núcleo matrimonial y sus hijos.

A continuación, se encuentra el artículo 16 de la Declaración, el cual hace mención al matrimonio señalando: “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y

¹⁰¹ Suscrita y proclamada en París, Francia, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución N° 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Aprobada por Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959.

¹⁰² Declaración Universal De Derechos Humanos. Preámbulo

fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”¹⁰³

El artículo recién citado consagra el derecho de toda persona a contraer matrimonio y fundar una familia poniendo como único requisito el consentimiento de las partes. Por tanto, no existe una exigencia particular de heterosexualidad para contraer matrimonio. Sin embargo, se establece como consecuencia del matrimonio la creación de la familia.

Por último, se señala que tanto el Estado como la sociedad deben otorgar protección a la familia por ser el elemento fundamental de la sociedad. Vinculándolo con el tema que nos convoca del matrimonio homosexual, cabe señalar que, en el caso de no permitirse este tipo de uniones, se le estaría privando a un gran número de personas la posibilidad de formar una familia y por tanto quedarían en un nivel inferior al elemento fundamental de la sociedad compuesto por la familia y estarían desprotegidos.

Sin embargo, hay quienes interpretan este artículo de diversa forma, y consideran que el derecho a contraer matrimonio se entiende garantizado para que lo ejerza un hombre con una mujer, y no incluiría por tanto la posibilidad de formar legalmente parejas homosexuales.

3.4.2. Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre¹⁰⁴

¹⁰³ Declaración Universal De Derechos Humanos. Artículo N° 16.

¹⁰⁴ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, 1948.

El Artículo 6 de esta declaración habla del Derecho a la constitución y a la protección de la familia señalando: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”¹⁰⁵

Al igual que la declaración universal, se consagra el derecho a toda persona, sin señalar ninguna limitación, a crear una familia, señalando que es el elemento esencial de la sociedad. En este caso, no se restringe la formación de la familia al matrimonio, por tanto, se entiende en un sentido amplio el término, desprendiéndose que todos pueden formar una familia, incluyéndose a quienes escapan del parámetro heterosexual.

3.4.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁶

El presente pacto establece en su Artículo 23: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 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

¹⁰⁵ Declaración Americana De Derechos y Deberes del Hombre. Artículo N° 6.

¹⁰⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución N° 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con su Artículo 49°. 17 Suscrito por Perú el 11 de agosto de 1977. Aprobado por el Decreto Ley N° 22128, publicado el 29 de marzo de 1978 y ratificado por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria del Título VIII de la Constitución Política de 1979. El instrumento de adhesión del 12 de abril de 1978, se depositó el 28 de abril de 1978, el mismo que fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser Perú signatario. Entró en vigencia el 28 de julio de 1978.

del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”¹⁰⁷

Siguiendo la lógica de los tratados previamente revisados se sigue considerando a la familia como el elemento esencial de la sociedad. A diferencia de las anteriores declaraciones se consagra del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio.

Este enunciado, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, ha merecido una serie de interpretaciones ya que hay quienes señalan que el derecho a casarse implica que el hombre con una mujer puede contraer matrimonio, y hay también quienes señalan que no se restringe a que el matrimonio deba ser entre personas de distinto sexo, sino que tanto las mujeres como los hombres pueden casarse, independientemente de si lo hacen con alguien de su mismo sexo o del sexo opuesto. Se establece como límite expreso para contraer matrimonio el libre consentimiento de las partes y la edad estipulada por la legislación de cada país.

3.4.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁰⁸

Al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el presente pacto en su preámbulo hace referencia a la familia humana señalando:

¹⁰⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo N° 23

¹⁰⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución N° 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con su Artículo 9°. Suscrito por Perú el 11 de agosto de 1977 y ratificado por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria del Título VIII de la Constitución Política de 1979. El instrumento de ratificación del 9 de setiembre de 1980, se depositó el 3 de octubre de 1980. Vigente desde el 3 de enero de 1981.

“Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.”¹⁰⁹ Se desprende por tanto que se invoca un concepto de familia amplio que incluye a toda la humanidad, no ciñéndose a la familia como producto de una unión matrimonial.

El artículo 10 del pacto hace referencia a la familia señalando: “1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.”¹¹⁰

Este artículo además de reiterar que la familia es el elemento fundamental de la sociedad, y que el único límite para contraer matrimonio es el libre consentimiento de las partes, agrega la idea de protección a los hijos, por lo tanto, establece como un elemento importante de la familia la existencia de hijos.

3.4.5. Convención sobre los Derechos del Niño¹¹¹

¹⁰⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Preámbulo

¹¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo N° 10.

¹¹¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución N° 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su Artículo 49°. Suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990, y aprobada mediante Resolución Legislativa N° 25278, publicada el 4 de agosto de 1990. El instrumento de ratificación del 14 de agosto de 1990 fue depositado el 4 de setiembre de 1990. Vigente desde el 4 de octubre de 1990. El texto de la Convención fue publicado en la Separata Especial del 22 de noviembre de 1990.

Esta convención reitera el preámbulo de las declaraciones antes mencionadas haciendo mención a la familia humana: “Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”¹¹²

3.4.6. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).¹¹³

La presente convención en su artículo 17 se refiere al derecho a la protección a la familia, señalando: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 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

¹¹² Convención de los Derechos Del Niño. Preámbulo

¹¹³ Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. En la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, de acuerdo a su Artículo 74.2 de la Convención. Suscrita por Perú el 27 de julio de 1977 y aprobada mediante Decreto Ley N° 22231, publicado el 12 de julio de 1978. El instrumento de ratificación del 12 de julio de 1978, se depositó el 28 de julio de 1978. Vigente desde el 28 de julio de 1978. Ratificada por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979

ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como los nacidos dentro del mismo.”¹¹⁴

El rasgo esencial que reviste esta declaración además de reiterar la protección que debe otorgarse a la familia por ser un elemento esencial de la sociedad y poner como límite para contraer matrimonio la edad establecida por cada país y el libre consentimiento de los contrayentes, se hace referencia a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, señalando expresamente que se deben reconocer iguales derechos a ambos. De esto se desprende que existe familia tanto si hay matrimonio como si no, considerando a la familia en un sentido amplio.

3.4.7. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.¹¹⁵

La presente convención tiene importancia en cuanto entrega en su artículo 4 una definición de “familiares” señalando: “personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la

¹¹⁴ Pacto San José de Costa Rica. Artículo N° 17.

¹¹⁵ Aprobada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución N° 45/158, del 18 de diciembre de 1990, en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos. Suscrita por Perú el 22 de setiembre de 2004. Aprobada mediante Resolución Legislativa N° 28602, publicada el 13 setiembre de 2005, y ratificada por Decreto Supremo N° 071-2005-RE, publicado el 13 setiembre de 2005. Por comunicado, publicado en las normas legales del diario oficial El Peruano el 13 de noviembre de 2005, se informó que la fecha de entrada en vigencia para el Perú sería el 1 de enero de 2006.

legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.”¹¹⁶

Con este concepto de familiares se deja abierta la posibilidad de familia a otras instituciones o relaciones distintas al matrimonio que puedan ser admitidas por la legislación de cada país. Por tanto, se parte de la base de que el matrimonio constituye familia, pero no se excluye la posibilidad de formar familia por otros medios diversos al vínculo matrimonial.

3.4.8. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹¹⁷

El preámbulo de esta convención también hace referencia a la familia humana, esgrimiendo: “Los Estados Partes en la presente Convención, a) Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado.”¹¹⁸

¹¹⁶ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Artículo N° 4.

¹¹⁷ Aprobada y abierta a la firma por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución N° 61/106, del 13 de diciembre de 2006, a partir del 30 de marzo de 2007. Aprobada por Perú mediante Resolución Legislativa N° 29127, publicada el 1 de noviembre de 2007 y ratificada por Decreto Supremo N° 073-2007-RE, publicado el 31 de diciembre de 2007. Vigente desde el 3 de mayo de 2008.

¹¹⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Preámbulo.

El artículo 23 de la convención hace referencia a la protección del hogar y de la familia señalando: “Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges.”¹¹⁹

Se reitera en esta convención el derecho a todas las personas en edad de poder hacerlo, a casarse y formar una familia.

Una vez revisados los Tratados ratificados por el Perú y que se encuentran vigentes, podemos percatarnos que tampoco existe un concepto preciso de qué se entiende por familia. Sin embargo, podemos identificar que existe una tendencia marcada a un concepto amplio de familia que incluye tanto a quienes han contraído matrimonio como a quienes no, incluyendo incluso a toda la humanidad como parte de una gran familia.

Además, haciendo referencia al matrimonio, podemos desprender que existe consenso en cuanto a que todas las personas que cumplen con la edad establecida para casarse y tienen pleno consentimiento en hacerlo tienen el derecho a contraer matrimonio. Por tanto, los Tratados Internacionales ratificados por el Perú, dejan claramente abierta la puerta a una regulación de matrimonio entre personas del mismo sexo, más aun, para cumplir a cabalidad con lo señalado en los tratados, debiese ser una obligación para los estados permitir este tipo de uniones, para así garantizar a todas las personas el derecho a contraer matrimonio.

3.4.9. Análisis de las Convenciones antes expuestas

¹¹⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo N° 23.

De lo recién revisado podemos obtener una serie de conclusiones con el fin de determinar cuál es el concepto de familia. En primer lugar, se repite en todas las convenciones en carácter fundamental que reviste la familia. En la mayoría de estas se señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Esto quiere decir, que la familia es inherente a la sociedad y no podría concebirse ésta sin familias.

Un segundo elemento rescatable de las convenciones es la existencia de un derecho que tienen las personas para poder formar una familia. La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho a casarse y fundar una familia, haciendo referencia expresa al matrimonio. La Declaración Americana de Derechos Humanos, por otro lado, consagra el derecho de toda persona a constituir una familia y recibir protección. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que se debe asegurar protección a la familia. Con esto quiero decir que, ya que todas las personas tienen el derecho de constituir una familia, esta no puede ceñirse al matrimonio, ya que excluiría a muchas personas que no quieren o no pueden acceder a esta institución.

Un tercer elemento a analizar es el hecho de que en varias de las convenciones recién mencionadas, se habla de la “familia humana”, y de los derechos que son inherentes a esta. Por tanto, podemos concluir que el término familia, internacionalmente es visto de un modo amplio ya que incluso puede agruparse a toda la humanidad como parte de una familia y no se restringe el concepto a un tipo de familia específico basado en el matrimonio.

3.5. Legislación peruana

Si bien este modelo familiar impregnó la legislación peruana, hoy deja de tener asidero desde una perspectiva constitucional, no solo porque la realidad revela una diversidad de formas familiares sino porque desde la supremacía de la Constitución la legislación debe ser leída a la luz de los principios que emanan de la Carta de 1993, es decir, dignidad, igualdad y autonomía individual.

De este modo, el principio de protección a la familia que se enuncia en el artículo 4 de la Constitución, está dirigido a toda forma familiar y no exclusivamente a aquella que se acerca al modelo tradicional nuclear. En este sentido, compartimos la línea argumentativa seguida en México por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de la acción de constitucionalidad 2/2010 que señaló lo siguiente:

“235. Por consiguiente, si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución [matrimonio entre varón y mujer], debido a que su protección es a la familia, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia

monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar...”¹²⁰

Nuestra postura encuentra también apoyo en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Atala Riffo y niñas contra Chile¹²¹ en la que se interpretó el concepto de “vida familiar” de la siguiente manera:

“142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”¹²²

¹²⁰ Sentencia del 16 de agosto de 2010.

¹²¹ Sentencia de 24 de febrero de 2014 (Fondo, reparaciones y costas)

¹²² El artículo 55 de la Constitución peruana reconoce como parte del derecho nacional a los tratados celebrados por el Estado y en vigor. A lo que suma la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma la cual dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú. Ambas disposiciones constitucionales exigen a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder. (párrafo 9 de la Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 en el expediente 027302006-AA sobre acción de amparo interpuesta por Arturo Castillo Chirinos). De otro lado, el artículo V del Título el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. La sentencia del Tribunal Constitucional anteriormente citada ha establecido que: “12. La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la

Asumiendo entonces la postura de que la familia debe ser entendida como un concepto abierto y que su protección apunta a cualquiera de sus formas, el mandato de promover el matrimonio solo puede ser interpretado como un deber del Estado de generar políticas para que las personas que desean casarse puedan acceder al matrimonio civil (matrimonios masivos, por ejemplo). No cabe por tanto asumir que el principio de protección a la familia hace alusión solo y exclusivamente a la que se origina en el matrimonio, o que esa protección es diferenciada, favoreciendo al matrimonio y con un rigor atenuado para las otras formas familiares, aunque parece que en esto último incurrieron los legisladores del Código de 1984.

Hasta aquí podemos entonces concluir que la Constitución de 1993 no asume un concepto único y específico de familia, sino que, respetuosa de la pluralidad, la deja abierta a la incorporación de la diversidad de formas de establecerse, siendo todas ellas merecedoras de la protección del Estado¹²³.

Sin perjuicio de ello, el Estado alienta la formalización para quienes deseen contraer matrimonio, diseñando y aplicando políticas específicas dirigidas a dicho objetivo y con pleno respeto a la libertad y autonomía del ser humano. En

Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.

¹²³ En el mismo sentido la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias T-572 de 2009 y C-577 de 2011 estableció que: “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de familia identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”

ese sentido, la configuración legal del matrimonio debe ser compatible con los principios que irradian del texto constitucional.

CAPITULO IV

DISCUSION Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. La familia en la Constitución Política del Perú: A propósito del debate sobre la unión civil

En los últimos tiempos, a propósito del debate abierto sobre la Unión Civil en nuestro país, hemos escuchado decir a una serie de personalidades provenientes del sector más conservador (católico) de nuestra sociedad, que el modelo de Familia que el Estado reconoce es únicamente el que está relacionado con el matrimonio.

Quienes se oponen a la aprobación de la Unión Civil, usan este falaz argumento para hacernos creer que, si una Familia no tiene como base el matrimonio, concebido como la unión entre un varón y una mujer (con fines básicamente reproductivos) entonces no puede ser considerada como tal. Por ello, afirman estas personas, la Unión Civil debe ser rechazada pues pone en peligro el modelo de Familia que el Estado y la sociedad reconoce.

Bueno, ya que las mentiras proferidas por este sector vienen siendo cada vez más numerosas, y con el único afán de brindarle a la ciudadanía la información necesaria para que sea ella misma la que se forme su propio juicio de valor sobre este tema, es que en esta oportunidad trataremos de responder la siguiente pregunta: ¿La Constitución Política del Perú reconoce un único tipo de Familia (matrimonial)?.

4.1.1. La Familia en la historia constitucional de nuestro país

La Familia fue consagrada a nivel constitucional (en occidente) recién en la primera mitad del siglo XX, siendo la Constitución de Weimar de 1919 (Alemania) la primera en reconocer expresamente el rol protector del Estado para con la Familia. Ahora bien, y como todos lo pueden suponer, en aquellos años (han transcurrido 98 años desde ese entonces) se identificaba al matrimonio como la única fuente creadora de Familia.

Se trataba, como bien lo apunta la doctrina, de un modelo de Familia matrimonial, tradicional nuclear, en donde el varón era “cabeza de familia” dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizada necesariamente las labores del hogar. Esta manera de concebir a la Familia se fue extendiendo a nivel mundial luego de la segunda guerra mundial. Esto también ocurrió en nuestra región en países como Perú, Colombia, Chile, Costa Rica, Paraguay y Venezuela.

4.1.2. La familia en los tratados sobre derechos humanos

A su turno, a nivel internacional, la Familia también ha sido objeto de reconocimiento y protección. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a la Familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, sujeta a la protección del Estado y la sociedad. Del mismo modo, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que la Familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

4.1.3. La Familia en la Constitución histórica del Perú

Pero ya hablando específicamente de nuestro país, nuestra historia republicana nos dice que fue la Constitución de 1933 la que por vez primera reconoció de manera expresa la tutela de la Familia. Esta Carta Política señaló en su momento que “el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”. Luego, la Constitución de 1979, conceptualizó a la Familia como una “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación”. Así llegamos a la Constitución de 1993, norma fundamental vigente que reconoce a la Familia como un instituto “natural y fundamental de la sociedad”.

4.1.4. ¿Existe un único modelo de Familia definido en la Constitución de 1993?

Como podemos apreciar, y más allá de la vocación tutelar puesta de manifiesto en nuestras Constituciones desde el año 1933, queda claro que el texto constitucional no establece o define un concepto único de Familia. ¿Puede ser este un olvido del constituyente? No, lo que ocurre es que la Constitución no pretendió jamás reconocer un modelo específico de Familia por lo complejo que resulta definir a una institución “natural” como esta, siempre sujeta al devenir histórico de los nuevos tiempos.

Es por eso que, como bien lo señaló nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia 06572-2006-PA/TC), el instituto de la Familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que

establecía una inconstitucional diferencia entre los hijos “legítimos” y “no legítimos”, por ejemplo.

4.1.5. La Familia como institución natural

Sostener que la Familia es una institución natural (no impertérrita) supone reconocer su carácter ético y social, es decir, la Familia se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos tiempos, así lo ha expuesto correctamente la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en un informe del año 1990, al reconocer la amplitud del concepto de Familia, además de sus diversos tipos. En este mismo documento, la Comisión subrayó la naturaleza dinámica de la Familia al afirmar que hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio profundo (quiebre) en la estructura de la Familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del “pater familias”.

4.1.6. La Familia y los nuevos tiempos

Por eso, en atención a lo señalado, creemos que nuestro Tribunal Constitucional acierta cuando señala que todos estos cambios han generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las denominadas reconstituidas. De hecho, son estas últimas las que en los últimos tiempos han venido ganando terreno.

Como bien lo señaló el Colegiado, se trata de familias ensambladas cuya estructura familiar se origina en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa.

4.1.7. Los nuevos modelos de Familia exigen una precisión legislativa

Ahora bien, resulta claro que estos nuevos modelos de Familia deben ser desarrollados a nivel legislativo, así lo señaló en su oportunidad María González Luna, al afirmar que el Tribunal Constitucional con sus fallos estaba “visibilizando los problemas surgidos a partir de la formación de nuevas familias, ya que si bien sabemos que en el Perú hay muchos hogares distintos a la familia tradicional, las cifras no lo reflejan.

Por ejemplo, dice la autora, en los censos hechos por el INEI, no sabemos qué relación de parentesco corresponde a los hijastros, ¿son considerados otros parientes o no parientes? En cualquiera de las dos categorías se mezclan con sujetos que no tienen los mismos derechos y necesidades que ellos”.

Por tanto, refiere esta autora, “el Congreso de la República debe incluir de manera expresa a las nuevas familias y los derechos de éstas y de sus miembros en la legislación, tanto en materia civil como penal. En cuanto a la primera, por ejemplo, el artículo 233° del Código Civil señala que la regulación jurídica de la Familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política. Por

lo que la legislación que se dicte sobre esta materia debe adecuarse a lo señalado por el máximo intérprete de la Constitución”.

4.1.8. El fin de la Familia no es la procreación

En esa misma línea, tomando en consideración el avance histórico y social de la humanidad, el Tribunal Constitucional también ha señalado, otra vez con acierto, que la Familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa de la especie. La Familia es también la unidad encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales.

Es justamente esa unidad la que la convierte en un espacio primordial para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional, es pues un agente primordial del desarrollo social, así lo expone el Colegiado, y así creemos que debe entenderse el concepto de Familia en pleno siglo XXI.

4.1.9. ¿Pueden las personas del mismo sexo formar una Familia?

Nosotros creemos que sí, no solo porque como hemos visto no existe un único modelo de Familia (matrimonial) sino porque los nuevos tiempos nos obligan a ampliar el concepto y reconocer nuevas formas de unión (concubinatos, familias ensambladas, reconstituidas, familias de segundas nupcias, etcétera), quedando claro que la Familia no tiene como única o más importante finalidad la procreación.

En tal sentido, no existe razón alguna para creer que las personas del mismo sexo no puedan formar un hogar familiar, sobre todo cuando se trata de personas que llevan su vida como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad en un contexto de amor, unidos por un fuerte lazo afectivo.

De hecho, las parejas homosexuales o lésbicas también basan su unión en principios de fidelidad, cariño y respeto mutuo. En otras palabras, llevan una vida igual a la que presentan las parejas heterosexuales. Por tanto, si estas parejas están sujetas a las mismas obligaciones que las parejas heterosexuales, ¿por qué razón no podrían formar una Familia al amparo de una ley como la Unión Civil? Ustedes tienen la respuesta, no existe razón alguna para negarles este derecho.

4.1.10. Los fantasmas inventados

Como habrán podido apreciar, el concepto de Familia ha ido cambiando con el paso del tiempo. Eso es algo lógico teniendo en consideración que se trata de un instituto natural sujeto al devenir del espacio y tiempo histórico. Hoy en día el modelo Familiar tradicional ya no es el mayoritario, eso no quiere decir que haya entrado en crisis, simplemente que el concepto de Familia se ha ampliado y nuevos modelos o tipos familiares surgen producto de factores sociales, económicos y culturales, que ninguna fe o religión está en condiciones de frenar.

Por eso, con el mayor de los respetos, a quienes se oponen a la Unión Civil, debo decirles que su oposición es antojadiza y carente de sustento, ellos dicen que la Unión Civil acabará con la Familia tradicional, elevando el número de parejas homosexuales y lésbicas, como si una ley tuviese el poder para

determinar la identidad sexual de los ciudadanos. Para ellos, la Unión Civil marcará el inicio del final de nuestra especie.

A los que defienden esta postura habría que decirles que “el modelo de Familia tradicional” ya no es el hegemónico, eso no quiere decir que no estén en su derecho de promoverlo y buscarlo como parte de su opción personal de vida, lo que no pueden hacer es imponer su particular visión de las cosas sobre la de todos los demás, como si todos estuviésemos de acuerdo con ellos, como si todos creyésemos en que Adán y Eva fueron nuestros primeros padres, como si el modelo de Familia bíblico instaurado hace más de 2000 mil años no hubiese sido rebasado por la fuerza de la historia.

4.2. Validación de las hipótesis

4.2.1. ¿Cómo se concretiza el mandato de protección de la familia?

La protección de las familias bajo el nuevo constitucionalismo se concretiza en dos dimensiones. Si bien pone la atención en la familia como institución, también lo hace atendiendo a los derechos de los individuos que las conforman, ello como consecuencia de que dicha protección no se agota en la literalidad del mandato contemplado en el artículo 4 de la Constitución sino que debe ser comprendido en relación a los principios constitucionales como la dignidad, igualdad y autonomía de la persona.

Esta orientación se soslaya en la sentencia del caso Shols a la que se aludió anteriormente, en particular nos referimos a lo expresado en las siguientes líneas:

“14. [...] En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar –divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores – la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia”¹²⁴

En esta posición del Tribunal se puede observar que frente a lo que considera una institucionalidad familiar precaria por ser una familia ensamblada, la manera de fortalecerla es garantizando el derecho a la igualdad entre todos los hijos que la conforman. Similar perspectiva se advierte en pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia, en los que, respecto a la protección jurídica preferente que merece la institución familiar, se señala que se puede materializar de diferentes maneras como por ejemplo:

“[...] el amparo de su patrimonio mientras que otras consisten en el establecimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en la consideración especial de los niños como titulares de derechos fundamentales o en el suministro de especial protección a los adolescentes y a las personas de la tercera edad”¹²⁵

¹²⁴ STC Expediente N° 09332-2006-PA/TC. Sentencia de 6 de febrero de 2008.

¹²⁵ Sentencia C – 560 de 2002 y Sentencia C- 577 de 2011.

De este modo, si la familia a la que alude la Constitución de 1993 no queda identificada con un modelo único sino que se trata de un concepto abierto a la realidad y nuevas dinámicas sociales, el mandato de protegerla está dirigido a esa diversidad de formas o estructuras familiares que puedan presentarse, protección que se materializa, bajo un Estado constitucional, principalmente en la garantía de los derechos individuales de sus miembros y siempre en armonía con los principios constitucionales.

4.2.2. La orientación sexual en el ordenamiento constitucional peruano

Para abordar la cuestión relativa a los alcances de la protección de la orientación sexual en la Constitución de 1993, es importante retomar dos lineamientos teóricos planteados en los capítulos precedentes. El primero es el relativo a la justificación moral de asumir a la orientación sexual como un criterio relevante para diferenciar entre las personas.

En relación con este alcance, hemos asumido la necesidad de reconocer un mínimo moral, constituido por la racionalización de las necesidades básicas de los individuos que se deben cumplir para la concretización de sus planes de vida, asumiendo para tal efecto la teoría de las necesidades y/o las capacidades. Esto nos llevó a concluir que tomar en cuenta la orientación sexual como criterio para distribuir derechos sería ponernos por debajo del límite inferior pues un recorte de los mismos justificado en que el ejercicio de la sexualidad no se ajusta al modelo hegemónico, implicaría una negación de la condición humana¹²⁶.

¹²⁶ Al respecto, véase el capítulo II.

El segundo alcance tiene que ver con el concepto de heteronormatividad que alude a la dimensión política que subyace a la heterosexualidad como paradigma y su influencia en las concepciones de familia.

La Carta de 1993 no hace mención expresa alguna a la orientación sexual; sin embargo, no debe quedar duda que constituye un motivo prohibido implícito para discriminar, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 inciso 2 del textoconstitucional. En efecto, esta disposición enuncia un principio general de igualdad y a continuación un mandato de no discriminación por una lista de motivos prohibidos, al que se agrega criterios “de cualquier otra índole”.

Por lo que, la orientación sexual debe entenderse dentro de la citada cláusula en tanto que constituye un factor a partir del cual se puede identificar a un colectivo integrado por homosexuales, lesbianas, transexuales, transgéneros, etc., que tradicionalmente ha sufrido, por su pertenencia al mismo, un menosprecio social y una situación de violación a sus derechos fundamentales. Esto resulta incompatible con un Estado como el peruano que se rige por los principios de Estado social, democrático y plural. En atención a ello, la orientación sexual debe ser considerada en relación al mandato de no discriminación como una de las categorías sospechosas.

Sobre estas, el Tribunal Constitucional ha asumido una posición en los términos siguientes:

“[...] Al respecto, se entiende por “categorías sospechosas” o “especialmente odiosas” a aquellos criterios de clasificación que aluden a

determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afectada a una presunción de inconstitucionalidad, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable¹²⁷.

En ese sentido, pues, cuando la Constitución señala en su artículo 2, numeral 2 que “[t]oda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”, y agrega a continuación que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, debe entenderse que a través de esta enumeración la Constitución no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como “potencialmente discriminatorios” cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares.

Siendo ello así, este Tribunal ha de concluir que cuando una determinada forma de discriminación, sea ésta directa o indirecta, afecta el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes reglas: i) en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, probar que dicha discriminación no se ha producido; ii) en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un control estricto, con lo cual no basta con que el

¹²⁷ STC Expediente N° 09332-2006-PA/TC. Sentencia de 6 de febrero de 2008.

agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la imperiosa necesidad de la misma; y, iii) en caso de duda, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada”.¹²⁸

El argumento contrario a nuestra posición de considerar a la orientación sexual como una categoría sospechosa a la que se le debe aplicar las consecuencias previstas en la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada podría ser el que sostiene que el concepto de categoría sospechosa está reservado a las razones expresamente vedadas en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución.

No obstante, no consideramos que tal argumento tenga un importante asidero puesto que bajo un Estado Constitucional la lectura de una disposición como la ya mencionada no puede ser literal sino iluminada por el significado deontológico del principio de igualdad y en conexión con la realidad y el contexto social. Estos nos dicen que la orientación sexual es un factor de diferenciación tan grave y lesivo a la dignidad de la persona humana como cualquiera de los expresamente mencionados y que darle un tratamiento distinto constituiría un despropósito en relación con el valor de la igualdad.

Ahora bien, como puede observarse, el Tribunal asume que la categoría sospechosa está determinada por la existencia de colectivos “históricamente discriminados” para luego señalar que deben ser consideradas como tales aquellos “expresamente” vedados. Estos criterios podrían generar contradicciones en casos como la orientación sexual o la identidad sexual que, si bien nos remiten a la

¹²⁸ STC Expediente N° 2317-2010-AA/TC. Sentencia del 3 de septiembre de 2010.

identificación de grupos que viven marginados, el factor de su marginación no se encuentra expresamente enumerado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución.

4.2.3. La unión civil no matrimonial como desafío de la democracia constitucional¹²⁹

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 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.

¹²⁹ GONZALES MANTILLA, Gorki (2015). "*La unión civil no matrimonial como desafío de la democracia constitucional*", Fecha 31 de marzo 2015. En: <http://puntoedu.pucp.edu.pe/opinion/la-union-civil-no-matrimonial-como-desafio-de-la-democracia-constitucional/> ..

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.

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”.

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 democracia.

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 busca 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.

En las propuestas que se oponen al proyecto de unión civil no matrimonial, se subvalora el problema de la 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 instituciones.

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

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 con 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.

4.2.4. La autonomía de los particulares en el matrimonio homosexual¹³⁰

Uno de los pilares del derecho moderno es la autonomía de los particulares. Para llegar hasta el campo jurídico, la autonomía pasó por la reflexión filosófica moderna, fue exigida por el surgimiento del capitalismo y legitimada en la política a partir de la Revolución Francesa. Su sentido siempre fue el de la libertad del ser humano, para organizar sus relaciones interpersonales, sociales y económicas. Por tanto, teóricamente la autonomía está en cada uno de los seres humanos –sujetos– que componemos esta sociedad, ya que garantiza la individualidad de ese “yo” que luego de relacionarse con otras personas o cosas se convertirá en un “yo decido” o “yo quiero”, siempre independiente.

¿A quién le corresponde garantizar la autonomía de los particulares? Al Estado. No es nuestra discusión de hoy determinar si la autonomía de cada persona es anterior al Estado o no, porque eso no afecta el hecho que al Estado le corresponde garantizar nuestra autonomía. Como tal, debe procurar para todos los ciudadanos la igualdad en cuanto a oportunidades de desarrollo personal, en todos los ámbitos. Por eso no pocos consideran que la autonomía de los particulares es parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

¹³⁰ GONZALES ESCUEDERO, Damián (2017). “*Matrimonio homosexual: La autonomía de los particulares entre el Derecho y el amor*” 14-02-2017. En: Legis.pe. Disponible: [egis.pe/matrimonio-homosexual-la-autonomia-de-los-particulares-entre-el-derecho-y-el-amor/](https://legis.pe/matrimonio-homosexual-la-autonomia-de-los-particulares-entre-el-derecho-y-el-amor/)

Sin embargo, no todo es libertad, porque al mismo Estado le corresponde limitar la autonomía. ¿En qué sentido? Para los casos donde el desarrollo de la autonomía pueda lesionar derechos de la personalidad de otros sujetos. Para ello el ordenamiento jurídico impone prohibiciones y tiene prevista una serie de remedios para cuando no se respeten tales límites. No obstante, lo dicho, queda claro, desde ya, que cualquier limitación debe ser de alcance general, de lo contrario sería discriminatorio. Las limitaciones de la autonomía son aspectos sobre los cuales no se puede decidir.

En la actualidad sabemos que la autonomía se desarrolla en diversos ámbitos de nuestras actividades socialmente relevantes. Estas son la pauta para las actividades jurídicamente relevantes, porque el ordenamiento jurídico va a regular aquellas actividades de relevancia social traduciéndolas en instituciones jurídicas. Por ejemplo, tenemos el intercambio económico de productos tanto de primera necesidad como suntuarios, que en términos jurídicos son compraventas, o tomar un bus para trasladarse de un punto a otro, jurídicamente sería un contrato de transporte. Inclusive el hecho de enamorarse tiene puntos de relevancia jurídica.

¿En qué manera?

En el sentido que el enamoramiento es parte del desarrollo de la autonomía de los particulares donde cada sujeto decide individualmente con quien va a compartir su vida, independientemente de si es por un tiempo determinado o no, si es de una raza u otra, o si es heterosexual u homosexual. En principio, jurídicamente no existe limitación alguna para nadie en este aspecto.

Ante esta situación de libertad, resulta ilógico que cuando las personas quieren establecer relaciones jurídicas entre sí, mediante el negocio jurídico llamado matrimonio, el ordenamiento actúe de forma diferenciada con un grupo limitando su autonomía. La pregunta natural es ¿por qué a unos sí y a otros no? No tiene sentido que el estado garantice la libertad de relacionarse interpersonalmente pero reprima la voluntad de establecerse, que es parte de esa libertad. Si la condición de ser homosexual no limita el desarrollo de actividades socialmente relevantes, ¿por qué si limita las jurídicamente relevantes?

En este extremo el Estado está perdiendo. No está cumpliendo su función de garantizar la autonomía de cada sujeto y se está volviendo represivo, culpable de vulnerar el libre desarrollo de la personalidad de la comunidad homosexual. El bastión de resistencia es el código civil.

El artículo 234 del Código Civil establece que deben ser un hombre y una mujer los únicos capaces de casarse. La lectura de la sociedad que hizo el codificador en 1984 es anacrónica en nuestros días, el mundo ha avanzado más allá de lo que alguna vez nuestro codificador del libro de familia imaginó. No se trata de una postura filosófica, moral, religiosa o trascendental de ningún orden, si no de garantizar derechos. No es democrático que en una misma sociedad dos grupos sean considerados de manera diferenciada, cuando existe el derecho a la igualdad en el trato. Tal vez en el fondo tampoco se trate de amor, pero si de solidaridad con los que tienen limitados sus derechos o su posibilidad de realizar su vida de acuerdo a su voluntad, que en una situación como la que tenemos se ha vuelto un privilegio.

En conclusión, ¿por qué si deben casarse las parejas homosexuales? Porque estamos hace años ante una coyuntura de autonomía limitada para la comunidad homosexual en nuestro país. Porque jurídicamente es insostenible ese trato diferenciado por parte del Estado. Porque cada quien tiene el poder de decidir sobre sus relaciones personales, sociales y jurídicas mientras no limite ni vulnere los derechos de otras personas, porque eso es autonomía. Porque autonomía limitada no es autonomía, porque autonomía limitada no es libertad.

CONCLUSIONES

1. El tránsito del Estado legal al Estado constitucional expresa la existencia de un nuevo panorama que ya no se caracteriza por la existencia de una sociedad política enteramente coherente teniendo como expresión la ley, sino más bien por un pluralismo político, ideológico, social y económico que se reflejan en una diversidad de ordenamientos menores. Es esta pluralidad la que vuelve necesaria una nueva organización y orden, que está dado por la Constitución.
2. El tránsito del imperio de la ley al de la Constitución constituye un cambio cualitativo en relación con la manera como se trabaja con el Derecho. Una de las consecuencias más importantes de este proceso es la crisis del positivismo jurídico o la crisis de la ley frente a la omnipresencia de la Constitución, lo que se traduce en los siguientes rasgos: Más principios que reglas; Más ponderación que subsunción; Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes; Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y la coexistencia de una constelación plural de valores, a veces contradictorios.
3. De los principios y derechos establecidos en la Constitución de 1993 se debe colegirse una serie de conclusiones: a) en primer lugar, la Constitución peruana no protege un modelo único de familia, y esto se traduce en que incluso la unión de hecho goza de protección constitucional; b) las personas tienen el derecho, reconocido a nivel constitucional, de fundar o formar una familia, y este derecho no debería ser restringido por razones de sexo, raza, religión o cualquier otro motivo; c) cualquier distinción tomando en cuenta

esos factores se presume inconstitucional, salvo que el Estado invoque un fuerte interés social para restringir ese derecho fundamental.

4. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.
5. La protección de las familias bajo el nuevo constitucionalismo se concretiza en dos dimensiones. Si bien pone la atención en la familia como institución, también lo hace atendiendo a los derechos de los individuos que las conforman, ello como consecuencia de que dicha protección no se agota en la literalidad del mandato contemplado en el artículo 4 de la Constitución sino que debe ser comprendido en relación a los principios constitucionales como la dignidad, igualdad y autonomía de la persona.
6. Si la familia a la que alude la Constitución de 1993 no queda identificada con un modelo único sino que se trata de un concepto abierto a la realidad y nuevas dinámicas sociales, el mandato de protegerla está dirigido a esa diversidad de formas o estructuras familiares que puedan presentarse, protección que se materializa, bajo un Estado constitucional, principalmente

en la garantía de los derechos individuales de sus miembros y siempre en armonía con los principios constitucionales.

7. El argumento según el cual las parejas homosexuales se diferencian respecto de las heterosexuales se caracteriza, por ser inconstitucional. Y es que el principio de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º del texto constitucional, impone el deber de no restringir derechos salvo que la referida limitación permita la realización de otro derecho fundamental o bien jurídico de relevancia constitucional, por lo que no existe algún motivo válido para diferenciar las relaciones iniciadas entre dos seres humanos solamente considerando su orientación sexual.
8. 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 desdiseño de los valores naturales, comprometiendo con ello el carácter racional de la democracia.
9. 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 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.

10. 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. 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.

RECOMENDACIONES

1. Requerir a los gobernantes de turno a que las medidas que adopten el Estado peruano no deben excluir a las personas en razón de su orientación sexual. Del mismo modo, exhorta a los legisladores a suprimir aquellas prácticas que puedan perpetuar la discriminación en contra de las minorías sexuales.
2. A los operadores jurídicos, recomendarles que siempre es importante tomar en consideración los avances que, desde el derecho internacional, se han efectuadas en relación con la protección de las personas motivada en su orientación sexual, así por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectuó una serie de consideraciones particulares en el caso Atala Riffo, donde señaló que “[u]n derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual; ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana.
3. A la sociedad civil, difundir la idea que la Constitución de 1993 no asume un concepto único y específico de familia, sino que, respetuosa de la pluralidad, la deja abierta a la incorporación de la diversidad de formas de establecerse, siendo todas ellas merecedoras de la protección del Estado. Sin perjuicio de ello, el Estado alienta la formalización para quienes deseen contraer matrimonio, diseñando y aplicando políticas específicas dirigidas a dicho objetivo y con pleno respeto a la libertad y autonomía del ser humano. En ese sentido, la configuración legal del matrimonio debe ser compatible con los principios que irradian del texto constitucional.

4. A los legisladores, tomar en consideración que si bien el modelo tradicional de familia, modelo familiar impregnó la legislación peruana, hoy deja de tener asidero desde una perspectiva constitucional, no solo porque la realidad revela una diversidad de formas familiares sino porque desde la supremacía de la Constitución la legislación debe ser leída a la luz de los principios que emanan de la Carta de 1993, es decir, dignidad, igualdad y autonomía individual, por ello se propone o plantea la modificación del artículo 234 del Código Civil para establecer la institución del matrimonio como una unión voluntaria concertada entre dos personas legalmente aptas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUILÓ Josep. (2004). *La Constitución del estado Constitucional*. Editorial Palestra-Temis, Lima-Bogotá.
2. AGUILÓ, Josep (2008). *Sobre Derecho y Argumentación*. Leonard Muntaner Editor., Palma de Mallorca.
3. ALEXY, Robert (2006). "*Ponderación, control de constitucionalidad y representación*", *Jueces y ponderación argumentativa*", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.
4. ATIENZA, Manuel (2013). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Editorial Pasos Perdidos, Madrid.
5. AUILÓ, Juan. et al. (2007). *Fragments para una teoría de la Constitución*, Editorial Iustel, España.
6. BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta (2014). "*Alcances del concepto de familia*". En IUS 360. Disponible en: <http://www.ius360.com/jornada-por-los-30-anos-del-codigo-civil/alcances-del-concepto-de-familia/>
7. BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*, Editorial Trillas, México.
8. BULLARD GONZÁLES, Alfredo (2015). "*La tradición del odio*". En El Comercio. Consulta: 14 de marzo de 2015. <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/tradicion-odio-alfredo-bullard-noticia-1797519>
9. CAMEAN ARIZA, Carlos. "*Sobre el Matrimonio Homosexual*", Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad Austral. Disponible en:

<http://web.austral.edu.ar/descargas/familia/articulos/Sobre-el-matrimonio-homosexual-mayo-5-2010.pdf>

10. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012). *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. San José.
11. DE OTTO, Ignacio (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona.
12. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2016). *Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*, Lima.
13. DIARIO LA REPUBLICA. “*Proyecto de ley de unión civil fue archivado en el Congreso*” En: www.larepublica.pe/10-03-2015/comision-de-justicia-debatira-hoy-proyecto-sobre-la-union-civil. 10-03-2015.
14. DÍAZ, Elías (1966). “*Estado de Derecho y sociedad democrática*”, Editorial Taurus, Madrid.
15. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, *Diccionario Jurídico*. Disponible en sitio web: <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html>.
16. FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid.
17. FERRERES, Víctor (2007). *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
18. FIORAVANTI, Mauricio (2000). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Editorial Trotta, Madrid.

19. FISS, Owen. *Las formas de la justicia. El derecho como razón pública*, trad. de RESTREPO, Esteban (2007), Marcial Pons, Madrid.
20. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1980). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Cívitas, Madrid.
21. GARGARELLA, Roberto. “*Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*”. Disponible en:
<http://seminariogargarella.blogspot.com/search?q=Matrimonio+homosexual>
22. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima.
23. GONZALES ESCUEDERO, Damián (2017). “*Matrimonio homosexual: La autonomía de los particulares entre el Derecho y el amor*” 14-02-2017. En: Legis.pe. Disponible: egis.pe/matrimonio-homosexual-la-autonomia-de-los-particulares-entre-el-derecho-y-el-amor/.
24. GONZALES MANTILLA, Gorki (2015). “*La unión civil no matrimonial como desafío de la democracia constitucional*”, En:
<http://puntoedu.pucp.edu.pe/opinion/la-union-civil-no-matrimonial-como-desafio-de-la-democracia-constitucional/>.
25. GONZÁLES MANTILLA, Gorki (2015). “*La unión civil no matrimonial como desafío de la democracia constitucional*”. Disponible en:
<http://www.ius360.com/columnas/gorki-gonzales/la-union-civil-no-matrimonial-como-desafio-de-la-democracia-constitucional/>
26. GRANDEZ, Pedro (2010). *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Editorial Palestra, Lima.

27. HABERLE, Peter (2003). *El Estado constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México –UNAM, México.
28. HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*, Editorial McGrawHill, México.
29. JARAMILLO, Isabel (2008). “*Familia*”. En: MOTTA, Cristina y SÁEZ. Macarena. *La mirada de los Jueces*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
30. MARTÍ, Luis (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid.
31. MARTÍN SÁNCHEZ, María. (2008). *Matrimonio Homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia.
32. MARTÍNEZ NEIRA, Manuel (2008). *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Mínima Trotta, Madrid.
33. MEDINA, Graciela (2001). *Uniones de Hecho Homosexuales*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
34. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2012). *Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es Parte*. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/09/DGDOJ-Compendio-Derechos-Humanos>.
35. MONROY GÁLVEZ, Juan (1996). *Introducción al proceso civil*, Temis, De Belaúnde & Monroy, Santa Fe de Bogotá.
36. NINO, Carlos (2003). *La construcción de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona.

37. PEREDA, Cristina. (2015). *“El matrimonio igualitario conquista el conservador sur de los Estados Unidos”*. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/15/actualidad/1424028664_523140.html
38. PRIETO, Luis (2002). *Derechos fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Editorial Palestra, Lima.
39. PRIETO, Luis (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid.
40. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Editorial Grijley, Lima.
41. REQUEJO PAGES, Juan Luis (1995). *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Editorial McGraw-Hill, Madrid.
42. ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima.
43. ROBLES TREJO, Luis (2016). *El paradigma neoconstitucionalista como fundamento del Estado Constitucional: El caso peruano según la Constitución de 1993*. Editorial Feccatt, Lima.
44. ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima.
45. RODRÍGUEZ, Roger (1997). *El derecho a amar y el derecho a morir*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima.
46. SANDEL, Michael (2008). *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*. Marbot, Barcelona.

47. SARTRE, Jean-Paul (1999). *El existencialismo es un humanismo*, Edhasa, Barcelona.
48. SILVA, Luis Alejandro (2012). “*La supremacía constitucional: Fundamento y Límite de su garantía por el Tribunal Constitucional*”. En: Anuario de Derecho Público UDP, Santiago.
49. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima.
50. UNIVERSIDAD AUSTRAL (2010). *Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo*. Buenos Aires, Disponible en: <http://www.thefamilywatch.org/doc/doc-0142-es.pdf>
51. VIOLA, Francesco, *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*, trad. de SALDAÑA, Javier (2006). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.
52. ZAGREBELSKY, Gustavo (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Editorial Trotta Madrid).
53. ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima.