

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO



TESIS

**EL MATRIMONIO CIVIL DE LOS/AS HOMOSEXUALES Y
LA VULNERACIÓN DEL RESPETO PLENO DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ, AÑO 2016**

Presentado por:

Mgr.: FRANCISCO GARCÍA RIVERA

Para optar el grado académico de Doctor en Derecho

Tacna - Perú

2017

AGRADECIMIENTOS:

A Dios por darme fortaleza y perseverancia;

a mi esforzada y abnegada madre Julia,

a mi único hijo Frank Luis

y a mi querida esposa Julia

por su incondicional apoyo.

DEDICATORIA:

**A la memoria de mi padre, Rafael Marcos (+);
a mi familia y a mis maestros que han enriquecido
mis conocimientos para la búsqueda de un
mundo más humano y con justicia.**

ÍNDICE DE CONTENIDOS

	Pág.
Agradecimientos	ii
Dedicatoria	iii
Índice de contenidos.....	iv
Índice de tablas.....	vi
Índice de figuras	viii
Resumen.....	x
Abstract	xii
Introducción	13
CAPÍTULO I.....	16
1. EL PROBLEMA	16
1.1. Planteamiento del problema.....	16
1.2. Formulación del problema	19
1.3. Justificación de la investigación.....	20
1.4. Objetivos de la investigación	23
1.5. Conceptos básicos	24
1.6. Antecedentes de investigación	25
CAPÍTULO II	33
2. FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTIFICO	33
2.1. Derechos humanos	33
2.1.1. El derecho a la igualdad... ..	33
2.1.2. Reconocimiento de las uniones homosexuales	35
2.1.3. Denominaciones de las uniones entre personas del mismo sexo	38
2.1.4. Legislación comparada sobre el derecho a la igualdad entre todos los Ciudadanos.....	38

2.1.5. Matrimonio entre personas del mismo sexo.....	41
2.1.6. Unión civil.....	42
2.1.7. Doctrinas a favor y en contra del matrimonio homosexual	44
2.1.8. Protección constitucional del derecho al libre desarrollo de la Personalidad	47
2.1.8.1. Alcances del derecho al libre desarrollo de la personalidad	47
2.1.8.2. Limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	50
CAPITULO III.....	52
3. MARCO METODOLÓGICO.....	52
3.1. Hipótesis.....	52
3.2. Variables	53
3.3. Tipo de investigación	55
3.4. Diseño de investigación	55
3.5. Ámbito de estudio	56
3.6. Unidades de estudio	56
3.7. Población y muestra	57
3.8. Recolección de datos.....	58
CAPÍTULO IV.....	59
4. RESULTADOS.....	59
4.1. Descripción del trabajo de campo	59
4.2. Diseño de la presentación de resultados.....	59
4.3. Presentación de los resultados.....	60
4.4. Comprobación de la hipótesis	96
CAPÍTULO V	100
5.1. Conclusiones	100
5.2. Recomendaciones.....	104
Referencias bibliográficas.....	106
Anexos	110

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: ¿Está de acuerdo con la legalización del matrimonio civil entre	60
Tabla 2: ¿Considera que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta el derecho a la no discriminación?	63
Tabla 3: ¿Cree usted que para evitar abusos contra homosexuales o su desamparo legal hace falta aprobar el matrimonio homosexual?	65
Tabla 4: Está usted de acuerdo con la siguiente frase: “Cómo puede decirse que el principal fin del matrimonio es la procreación, si no todas las parejas casadas tienen hijos, no todos los hijos nacen dentro del matrimonio y, con las nuevas tecnologías y la ayuda de una tercera persona de sexo opuesto, las parejas del mismo sexo pueden tener hijos”	67
Tabla 5: ¿Considera que los fines del matrimonio han evolucionado a través del tiempo?	68
Tabla 6: ¿Ha evolucionado hoy el fin del matrimonio desde la procreación hasta el reconocimiento de la expresión de un compromiso afectivo?	70
Tabla 7: A propósito del énfasis sobre la reproducción, ¿significa que los matrimonios de parejas infértiles son inválidos jurídicamente?	71
Tabla 8: Está de acuerdo con la siguiente frase: “Los matrimonios de parejas del mismo sexo afecta a la institución del matrimonio como tal”.	73
Tabla 9: ¿Está usted de acuerdo con la siguiente frase: “Si se les permitiera casarse a las parejas del mismo sexo, entonces sus uniones se consolidarían y sus hijos se verían mejor protegidos,	

puesto que el reconocimiento les quitaría el estigma social	74
Tabla 10: Permitir a las parejas del mismo sexo casarse, ¿es jurídicamente inconstitucional?	76
Tabla 11: ¿Las parejas del mismo sexo tienen ahora casi todos los mismos beneficios sociales que las parejas casadas; ¿no se estará en realidad luchando sólo por la palabra “matrimonio”?	77
Tabla 12: ¿Cree usted que la aprobación legal del matrimonio homosexual produciría un grave deterioro en la estructura moral del país?	79
Tabla 13: ¿Rehusar a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse sería hacer lo mismo que las leyes de algunos países que se usan para prevenir el matrimonio entre razas diferentes?	80
Tabla 14: ¿Considera que la prohibición del matrimonio homosexual en el Perú vulnera el derecho a la equidad, reconocido constitucionalmente?	82
Tabla 15: ¿Considera que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta el derecho a la identidad del individuo?	83

ÍNDICE DE FIGURAS

Tabla 1: ¿Está de acuerdo con la legalización del matrimonio civil entre	61
Tabla 2: ¿Considera que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta el derecho a la no discriminación?	63
Tabla 3: ¿Cree usted que para evitar abusos contra homosexuales o su desamparo legal hace falta aprobar el matrimonio homosexual?	65
Tabla 4: Está usted de acuerdo con la siguiente frase: “Cómo puede decirse que el principal fin del matrimonio es la procreación, si no todas las parejas casadas tienen hijos, no todos los hijos nacen dentro del matrimonio y, con las nuevas tecnologías y la ayuda de una tercera persona de sexo opuesto, las parejas del mismo sexo pueden tener hijos”	67
Tabla 5: ¿Considera que los fines del matrimonio han evolucionado a través del tiempo?	69
Tabla 6: ¿Ha evolucionado hoy el fin del matrimonio desde la procreación hasta el reconocimiento de la expresión de un compromiso afectivo?	70
Tabla 7: A propósito del énfasis sobre la reproducción, ¿significa que los matrimonios de parejas infértiles son inválidos jurídicamente?	72
Tabla 8: Está de acuerdo con la siguiente frase: “Los matrimonios de parejas del mismo sexo afecta a la institución del matrimonio como tal”.	73
Tabla 9: ¿Está usted de acuerdo con la siguiente frase: “Si se les permitiera casarse a las parejas del mismo sexo, entonces sus uniones se consolidarían y sus hijos se verían mejor	

protegidos, puesto que el reconocimiento les quitaría el estigma social	75
Tabla 10: Permitir a las parejas del mismo sexo casarse, ¿es jurídicamente inconstitucional?	76
Tabla 11: ¿Las parejas del mismo sexo tienen ahora casi todos los mismos beneficios sociales que las parejas casadas; ¿no se estará en realidad luchando sólo por la palabra “matrimonio”?	78
Tabla 12: ¿Cree usted que la aprobación legal del matrimonio homosexual produciría un grave deterioro en la estructura moral del país?	79
Tabla 13: ¿Rehusar a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse sería hacer lo mismo que las leyes de algunos países que se usan para prevenir el matrimonio entre razas diferentes?	81
Tabla 14: ¿Considera que la prohibición del matrimonio homosexual en el Perú vulnera el derecho a la equidad, reconocido constitucionalmente?	82
Tabla 15: ¿Considera que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta el derecho a la identidad del individuo?	84

RESUMEN

Por la presente investigación se pretende analizar las posturas jurídicas de los operadores de justicia de la provincia de Tacna respecto si se vulneran los derechos humanos fundamentales de las personas con orientación homosexual al no permitírsele contraer matrimonio civil en el Perú, en el año 2016. Asimismo, se busca conocer los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la constitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales y los fundamentos jurídicos de quienes no lo apoyan. Se llevó a cabo un estudio de tipo básica y de carácter cualitativo. Asimismo, se aplicaron los siguientes métodos de investigación: analítico, deductivo, comparativo, hermenéutico, sintético. La muestra final estuvo compuesta por 334 abogados. Asimismo, se revisaron diversos documentos de utilidad para la investigación: Constitución Política del Perú, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Código Civil del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Leyes de países o Estados donde se aprobaron leyes facultando el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, Declaración Universal de Derechos Humanos, Carta Internacional de Derechos Humanos, Conferencia Mundial de Derechos Humanos y Asamblea del Milenio, Prevención de la Discriminación de los Derechos Humanos en la Administración de Justicia. Se encontró que aproximadamente la mitad de los juristas asumen posturas jurídicas a favor del matrimonio igualitario u homosexual en el Perú. Sin embargo, es mayoritario el sector de juristas que no aprueban la legalización del matrimonio homosexual.

Palabras clave: Homosexualidad, matrimonio, derechos humanos, discriminación, derecho a la igualdad.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the justiciary positions of justice operators in the province of Tacna regarding the violation of the fundamental human rights of persons with homosexual orientation by not being allowed to contract civil marriage in Peru in 2016. Likewise, , Seeks to know the legal foundations of those who support the constitutionality of civil marriage of homosexuals and the legal foundations of those who do not support it. In order to meet the proposed objectives, a basic type and qualitative study was carried out. Also, the following research methods were applied: Analytical method, deductive method, comparative method, hermeneutic method, synthetic method. The investigation was carried out in the province of Tacna. The final sample consisted of 334 lawyers. In addition, various documents useful for the investigation were reviewed: Political Constitution of Peru, Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, American Convention on Human Rights, Civil Code of Peru, Peruvian Constitutional Court, Laws of countries or States where they were approved Laws granting civil marriage between persons of the same sex, Universal Declaration of Human Rights, International Charter of Human Rights, World Conference of Human Rights and the Millennium Assembly, Prevention of discrimination against human rights in the administration of justice. It was found that approximately half of the jurists surveyed assume legal positions in favor of equal or homosexual marriage in Peru. However, the majority of lawyers surveyed do not approve the legalization of gay marriage.

Keywords: Homosexuality, marriage, human rights, discrimination, right to equality.

INTRODUCCIÓN

El matrimonio es considerado como la forma más común de apareamiento entre personas de sexo distinto, desde hace siglos. La antigüedad de los enlaces de varones y mujeres no puede ponerse en duda, pues desde la Patagonia hasta Alaska, desde Noruega hasta Sudáfrica, todos los grupos humanos, indistintamente de sus condiciones, nivel de desarrollo o idiosincrasia admiten la unión de varones y mujeres con fines de apareamiento, procreación de hijos y formación de unidades familiares. Es decir, la familia misma, desde sus orígenes se forma a partir de la unión de un hombre y una mujer. Esta es la regla, pero obviamente hay excepciones.

Desde tiempos inmemoriales, la familia nuclear fue la unión familiar más común entre las otras formas de familia. Ciertamente, existen otras formas de familias: familias extendidas, familias monoparentales familias homosexuales, etc. Pero es la familia nuclear la predominante en todas las culturas y grupos humanos alrededor del mundo. Sin embargo, en los últimos años, la familia nuclear ha venido sufriendo lo que podría llamarse ataques denodados, desde sectores liberales que la cuestionan y proponen otras formas de familia para la sociedad moderna. Estas nuevas formas de familia incluyen, por supuesto, las familias homosexuales: es decir, familias formadas por varón y varón y por mujer y mujer.

Es obvio que esta última propuesta - que ya se viene implementando en algunos países europeos (y latinoamericanos), aun no alcanza la categoría de universalidad, y más bien provoca rechazo en un sector importante de ciudadanos. Se critica a este tipo de unión conformada por personas del mismo sexo, pues se le considera como una instancia perjudicial para el desarrollo de los niños y niñas. Se asume que los matrimonios del mismo sexo podrían convertirse en centros de perversión y degradación moral para la infancia. Sin embargo, no todo es crítica,

pues también hay sectores ciudadanos que reclaman se le permite a dos personas del mismo sexo unirse legalmente. Es decir, se reclama que se permita a dos personas del mismo sexo a casarse civilmente con todas las prerrogativas y derechos que tal unión permite en nuestro sistema jurídico nacional.

Hay quien opinan que el país un no está preparado para tales uniones, y que habría que esperar cómo se desarrollan los matrimonios del mismo sexo en otros países y observan su desarrollo y sus impactos sociales y culturales. Sin embargo en el Perú ya existen iniciativas ciudadanas e incluso de carácter legislativo que buscan la aprobación de leyes que les permitan a personas del mismo sexo casarse con todas las prerrogativas y derechos que tales uniones permite el sistema jurídico peruano.

Si bien son aun sectores minoritarios, pero en la región Tacna existen grupos que exigen el derecho a casarse legalmente con personas de su mismo sexo. Incluso hay quienes no solo exigen se les permita casarse legalmente (con parejas del mismo sexo) sino que reclaman para sí el derecho de adoptar hijos, tal como lo hacen los matrimonios heterosexuales.

Este último aspecto es el que provoca las más enconadas críticas. Un importante sector de la ciudad no ve con buenos ojos que se permita a parejas del mismo sexo adoptar hijos, pues consideran que dichos hijos e hijas podrían experimentar desajustes en su desarrollo psicológico a mediano y largo plazo.

Ahora bien, el matrimonio entre personas del mismo sexo puede ser visto como una moda, un avance de las leyes, una expresión de progreso cultural o también como un asunto de derechos humanos. Es desde esa perspectiva que más encono suscita el matrimonio homosexual viene suscitando. Es decir, este asunto provoca que se formule una pregunta básica: ¿Se vulneran los derechos humanos a aquellas personas que desean unirse legalmente en matrimonio con personas del mismo sexo?, o más bien, las prohibiciones de tales enlaces conyugales no vulneran sus derechos humanos y asimismo, permite que las sociedad se aleje de nuevas (y

“peligrosas”) formas sociales que amenazan la integridad moral, social y cultural de una comunidad.

La presente investigación busca indagar mediante un estudio documental y de campo (encuestas y entrevistas) las posturas jurídicas acerca de la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel nacional. Los resultados de dicha investigación se han estructurado del siguiente modo: El capítulo I, se refiere al planteamiento del problema que implica la existencia de controversias jurídicas respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú. Asimismo, se describen las preguntas e interrogantes de investigación y los correspondientes objetivos. En el capítulo II, se hace una descripción de los fundamentos teóricos científicos. En este capítulo se recogen antecedentes de investigación, doctrinas jurídicas respecto a la licitud e ilicitud del matrimonio entre personas del mismo sexo; fundamentos constitucionales tanto a favor como en contra del matrimonio homosexual o unión civil en homosexuales, entre otros contenidos bibliográficos importantes.

En el Capítulo III consiste en la presentación detallada de los elementos metodológicos que le dan respaldo objetivo a la presente investigación. En tal sentido, se describe la hipótesis planteada, las variables dependiente e independiente (y sus respectivos indicadores). Asimismo, se describe la población y muestra que participaron en la investigación y las técnicas e instrumentos que se utilizaron en el desarrollo de la tesis. El capítulo IV describe los resultados alcanzados, obtenidos gracias al análisis jurídico de la doctrina a favor o en contra del matrimonio homosexual, a la revisión documental y bibliográfico, así como del estudio de campo. Dichos resultados recogen opiniones de los operadores de justicia de la ciudad de Tacna y se presentan a través de tablas de distribución de frecuencias. Finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones y la bibliografía consultada.

CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema:

El Código Civil vigente desde 1984, en su Art. 234 define el matrimonio como la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer, a fin de hacer vida común”.¹ Asimismo, la Constitución Política del Perú a través del Art. 5 alude a la unión estable de un varón y una mujer.² Sin embargo, a raíz de los cambios acaecidos en el último medio siglo, otros tipos de unión han surgido, como aquellas parejas del mismo sexo, que luego buscan unirse en matrimonio; por eso, éstas parejas demandan una eficaz protección de su derecho humano a la no discriminación a través de la regulación por parte de los poderes públicos en respuesta a una limitación fundamental derivada de la desactualizada legislación peruana existente.

Las prácticas homosexuales han existido siempre en todos los contextos, países, lugares y tiempos de la historia. Perú es un país democrático y constitucional, y por lo mismo todo ciudadano peruano es libre de decidir lo que quiere, sin discriminación de ningún tipo, mientras no se ataque el derecho de los demás. El matrimonio entre personas del mismo sexo es un tema de derechos humanos, que considera que casarse y formar una familia es un derecho fundamental que asiste a todas las personas, con independencia de su orientación sexual. Muchas

¹ Código Civil. Decreto Legislativo Nº 295. Libro II. Derecho de Familia. *Noción del matrimonio* Artículo 234. Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf

² Constitución Política del Perú. Capítulo II. De los derechos sociales y económicos. Recuperado de: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

organizaciones nacionales de defensa de los derechos humanos trabajan para ver reconocido este derecho.

Todos los ciudadanos están inmersos en una sociedad, que va definiendo los roles sociales, cómo se debe actuar y qué deben pensar. Estas normas sociales pretenden establecer y delimitar lo correcto de lo incorrecto. Las instituciones existentes se encargan de socializar estas normas, de mantenerlas vigentes, de perpetuarlas y de castigar a quien no las respeta. Esto implica que, ser diferente en un mundo así es una cuestión de vasta complejidad, sobre todo cuando, como es el caso del Perú, el país está marcado por el machismo.

El ser diferente conlleva una serie de consecuencias. Toda persona diferente, perteneciente por tanto a una minoría social, es estigmatizada, prejuiciada, marginada y discriminada. Cuando la diferencia toca fibras tan sensibles como los patrones de identificación sexual, la discriminación suele ser mayor. El paradigma dominante, en este caso la heterosexualidad, mediante discursos largamente elaborados, denomina como “perversas” o como “enfermas” a las personas que se atreven a distinguirse por su comportamiento sexual del comportamiento de la mayoría (Buquet, 2004). En lo que corresponde a la sexualidad de los individuos, la psiquiatría, la religión y el derecho mismo (legalidad) tienden a definir lo correcto y normal, de lo desviado y anormal, como ocurre específicamente en el caso de los hombres y mujeres homosexuales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales de ella derivados (Organización de las Naciones Unidas-ONU, 1955) se adoptaron para que en el mundo dejara de haber ciudadanos excluidos: para que entre los miembros de la familia humana no existan grupos de hombres y mujeres a quienes se pueda marginar del ejercicio cabal de sus derechos y libertades fundamentales. Desgraciadamente, aún subsisten instituciones normativas y prácticas sociales que impiden a muchos seres humanos asumir plenamente su condición irrenunciable de personas. Tal es el caso de la exclusión de las personas del mismo sexo que desean casarse y formar una familia.

El artículo 1º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) se estableció que: "Todos los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos; las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común". Igualmente, en el artículo 6 del citado texto se señaló que: "La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación personalmente o por representantes. Ella debe ser la misma para todos, lo mismo cuando proteja como cuando castigue. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella (Organización de las Naciones Unidas-ONU, 1955).

Teniendo en cuenta la actual controversia jurídica generada en nuestro país tras la presentación de proyectos de ley que promueven la legalización de las uniones entre personas del mismo sexo, la creciente aceptación por parte de la sociedad de este tipo de parejas, el aumento de grupos y movimientos homosexuales y su reiterada demanda de igualdad y no discriminación, no está de más hacer un análisis a la institución del matrimonio y preguntarnos qué seguridad jurídica le respalda frente a las propuestas legislativas recientes. Para ello resulta entonces trascendental que los operadores del derecho de la región Tacna respondan a la pregunta respecto a la posibilidad que tiene el Estado peruano de cambiar el concepto jurídico del matrimonio, y en base a argumentos jurídicos y constitucionales.

La presente investigación pretende dar respuesta a dicha inquietud mediante un estudio de la situación jurídica del matrimonio en nuestro país, de los principios jurídicos que respaldan y protegen el matrimonio y la familia, de los argumentos que se consideraron en la legislación comparada para alcanzar esa regulación y de un análisis crítico y objetivo de los planteamientos jurídicos de los operadores del derecho en la región Tacna. Todo ello desde una perspectiva netamente jurídico-objetiva y a fin de alcanzar el objetivo principal: identificar y analizar los fundamentos que esgrimen los operadores del derecho para la protección jurídica del matrimonio frente a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo en el Perú.

Nuestra Constitución señala en su artículo 4 que —La comunidad y el Estado... 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 disolución son reguladas por la ley. Por otra parte, a nivel infraconstitucional el Código Civil prescribe en su artículo 234° que —El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer—. Como vemos, todos estos enunciados se manifiestan como un horizonte que ha partido de un plano natural (el Estado ha regulado una institución preexistente al derecho mismo a fin de protegerlo), y reconociéndolo como institución íntimamente relacionada con la familia (y al servicio de ella y la sociedad).

Sin embargo, a su vez existen posturas jurídicas opuestas que solicitan la regulación de las uniones entre personas del mismo sexo en aras de la igualdad, la no discriminación, y el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad; como por ejemplo, las planteadas en los recientes proyectos de ley relacionados al tema, y aquellas optadas por la legislación comparada, esta últimas nos sirven como antecedente histórico de lo que podría estar por suceder en nuestro país de aplicarse la misma agenda. Se tuvo entonces conocer las posturas de los operadores del derecho en la región Tacna y examinar y rebatir las posturas principales de ambos lados, a fin de conocer el status en que se encuentra nuestra legislación frente a un riesgo de redefinición del matrimonio.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Interrogante principal

¿Se vulnera el respeto pleno a los derechos humanos fundamentales de las personas con orientación homosexual al no permitírsele contraer matrimonio civil en el Perú?

1.2.2. Interrogantes secundarias

- a. ¿Cuál es la postura jurídica de los operadores de justicia en la provincia de Tacna respecto de la supuesta violación de los derechos humanos de las personas homosexuales al prohibirles contraer matrimonio civil en el Perú?

- b. ¿Qué dice la doctrina internacional sobre el derecho al matrimonio civil de los/as homosexuales?
- c. ¿Cuáles serían los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la constitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú?
- d. ¿Cuáles serían los fundamentos jurídicos que apoyan la inconstitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú?
- c. ¿Es factible proponer la modificación del Art. 5 de la Constitución Política del Perú y el Art. 234 del Código Civil y demás normas concordantes y afines, para que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio en defensa del derecho a su identidad?

1.3. Justificación de la investigación

Plantear que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo por el sistema jurídico –constitucional peruano vulnera los derechos humanos de las personas homosexuales, no quiere decir que se acepta sin discusión el matrimonio homosexual; pero si se sostiene, como sociedad, que la libertad y el bienestar de las personas son valores fundamentales.

La presente investigación se justifica por cuanto es necesario hacer patente que el rechazo de la clase política peruana conduce a un sector importante del país al margen de la libertad para elegir una forma de unión con su pareja y cuestiona la tolerancia, la libertad y la igualdad como valores esenciales de la sociedad. Y esto último hace surgir la cuestión de sobre qué valores queremos basar nuestra sociedad peruana. Creemos que la importancia de este tipo de discusiones jurídicas, resultan sumamente beneficiosas para la sociedad, pues el diálogo nos compromete a una adecuada revisión de nuestros fundamentos morales, jurídicos y éticos.

En el Perú, como en los demás países de América Latina (sin mencionar al resto del mundo) se vienen experimentando cambios en las políticas públicas y en sus leyes respecto del comportamiento sexual y en las uniones entre personas del mismo sexo. Algunos países han avanzado mucho más hacia una paridad plena de derechos entre héteros y homosexuales. El avance ha sido tímido, pero significativo, comparado a lo logrado hace una década. En el Perú, sin embargo, no se evidencia ningún avance respecto del derecho de personas homosexuales para contraer matrimonio con otros/as de su mismo sexo. Esta situación que ocurre el Perú no hace sino demostrar que no se respetan plenamente los principios de igualdad ante la ley y el derecho de no discriminación que asiste a todos/as los/as peruanos y que están recogidos en la Constitución Política del Perú.

En el mes de abril del presente año, la Comisión de Justicia del Congreso rechazó el pedido de reconsideración planteado por el legislador aprista Mauricio Mulder, a fin de que se vuelva a debatir el proyecto de unión civil entre personas del mismo sexo, que un mes antes ya se había rechazado en dicha Comisión Congresal. Ahora tendrá que pasar un año para que un nuevo proyecto vuelva a debatirse en el seno de dicha comisión y luego de una eventual aprobación pasar al pleno del Congreso para su debate y aprobación o desaprobación. Sin embargo, al margen de todas las vicisitudes que pueda pasar una iniciativa legislativa cuyo objetivo es legalizar en el Perú el matrimonio entre personas del mismo sexo, existen posturas jurídicas antagónicas respecto de la constitucionalidad del matrimonio homosexual.

En tal sentido, las perspectivas jurídicas contrapuestas pueden simplificarse del siguiente modo: Para algunos juristas, el matrimonio homosexual es jurídicamente inviable pues el Código Civil vigente desde 1984, en su Art. 234 define el matrimonio como “la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer, a fin de hacer vida común”. Asimismo, la Constitución Política del Perú a través del Art. 5 se refiere al matrimonio como “la unión estable de un varón y una mujer”.

La presente investigación asume la postura jurídica a favor del matrimonio homosexual, y esta postura se basa en el hecho de que la propia Constitución Política del Perú reafirma el principio de igualdad ante la ley de todos los peruanos sin distinción. Por lo tanto, la prohibición legal del matrimonio homosexual, sería, una grave afectación a los derechos humanos de aquellos /as ciudadanos/as que desean contraer matrimonio tan igual como lo hacen las parejas heterosexuales.

En la ciudad de Tacna, aún no se han efectuado indagaciones sobre esta grave controversia jurídica. Es por ello, que la presente investigación busca ampliar el debate sobre el matrimonio homosexual, pues, aunque a nivel del Parlamento Peruano se haya archivado la iniciativa legislativa de la unión civil entre homosexuales, el debate jurídico debe persistir pues las posturas a favor del matrimonio homosexual no son voces aisladas ni están reducidas a espacios favorables a la homosexualidad.

No se trata entonces de favorecer la apertura liberal de la sexualidad. Se trata más bien, de un asunto jurídico de primera magnitud: el respeto de los derechos humanos de todos los peruanos, sin importar su orientación sexual. En ese sentido, es necesario continuar el debate a nivel jurídico a nivel de los operadores de justicia de la región Tacna, que es el contexto donde se deben debatir y discutir asuntos de tan grave importancia, para alejarlo así (la discusión de este tema) de los contextos religiosos, periodísticos o políticos, pues es el ámbito jurídico (derecho constitucional) donde la discusión abre mejores posibilidades para democratizar el debate y enriquecer los planteamientos jurídicos en uno u otro sentido.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general:

Determinar si se vulnera el respeto pleno a los derechos humanos fundamentales de las personas con orientación homosexual al no permitírsele contraer matrimonio civil en el Perú.

1.4.2. Objetivos específicos:

- a. Determinar la postura jurídica de los operadores de justicia en la provincia de Tacna respecto de la supuesta violación de los derechos humanos de las personas homosexuales al prohibirles contraer matrimonio civil en el Perú.
- b. Analizar la doctrina internacional sobre el derecho al matrimonio civil de los/as homosexuales.
- c. Determinar los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la constitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú.
- d. Conocer los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la inconstitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú.
- d. Proponer la modificación del Art. 5 de la Constitución Política del Perú y el Art. 234 del Código Civil y demás normas concordantes y afines, para que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio en defensa del derecho a su identidad.

1.5. Conceptos básicos

1. Matrimonio

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común (Código Civil, art. 234).

2. Matrimonio igualitario

También se le conoce como matrimonio igualitario, matrimonio entre personas del mismo sexo, matrimonio homosexual o matrimonio gay. Se denomina así a la unión entre dos personas del mismo sexo (biológico y legal), que es concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, a fin de establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.

3. Derechos humanos

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

4. Vulneración de derechos

Se entiende así a cualquier práctica que por acción u omisión de terceros transgredan al menos uno de los derechos de las personas.

5. Homosexualidad

Inclinación erótica hacia individuos del mismo sexo (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española).

6. Unión civil

Una unión civil es uno de los varios términos usados para un estado civil similar al matrimonio, creados típicamente para permitir el acceso de las parejas homosexuales a la mayor parte de las ventajas gozadas por las parejas heterosexuales

casadas, sin llegar a otorgarles totalmente la igualdad en derechos con el matrimonio. En algunas jurisdicciones se le denomina pacto civil de solidaridad o sociedad de convivencia (Sáez Capel, 2011).

1.6. Antecedentes de investigación

La revisión de antecedentes de investigación permitió la elaboración de una lista de investigaciones referidas al tema que ocupa la presente investigación:

Montiel (2012), llevó a cabo la investigación de tesis, titulada: *La violación de los derechos humanos de las personas homosexuales para contraer matrimonio en el estado de Yucatán*. Dicha tesis fue presentada para optar el título profesional de abogado, ante la Universidad el Estado de Yucatán (México). La autora señala que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un tema del derecho universal, que considera que casarse y formar una familia es un derecho que asiste a todas las personas, con independencia de su orientación sexual. La prohibición a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo en el estado de Yucatán, se considera que es violatorio a los derechos humanos, toda vez que la constitución política del estado prohíbe terminantemente en su artículo 94 el derecho de poder de contraer nupcias entre personas homosexuales. Según el código civil para el estado de Yucatán establece que el matrimonio está destinado a la procreación y preservación de la especie, si esto fuera así entonces por qué las personas estériles, los ancianos, las mujeres después de la menopausia y las parejas heterosexuales que deciden no tener hijos, ellos sí pueden casarse, y las parejas homosexuales no, en efecto si la procreación fuera el único y exclusivo fin del matrimonio, dichas categorías de personas no podrían casarse; más sin embargo el matrimonio sirve para manifestarse el afecto, la ayuda mutua, la compañía, la asistencia entre los consortes, pero sobre todo el compromiso permanente hacia una persona para organizar legalmente el proyecto de vida en común, por lo tanto no hay razón alguna para que se les niegue la institución del matrimonio a las personas homosexuales, ya que negándoselo estarían violentando sus Derechos Humanos, establecidos en nuestra Carta Magna, en los Tratados Internacionales de los que nuestro país forma parte así como algunas

leyes locales. Según la autora de la tesis, la finalidad principal de realizar este estudio enfocado al ámbito de los Derechos Humanos es para analizar si existen elementos suficientes para que se pueda llevar a cabo la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Estado de Yucatán.

Etcheverry (2015) presentó su tesis titulada: *Constitucionalidad del matrimonio homosexual*. Dicha tesis se sustentó para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su autor postula que la regulación de las uniones homosexuales se ha vuelto un debate cotidiano en la actualidad. Dieciséis países y algunas regiones a lo largo del mundo cuentan con mecanismos para reconocer los matrimonios celebrados entre homosexuales. El autor menciona que Chile desconoce jurídicamente la existencia de estas relaciones, ya que no cuenta con ningún tipo de regulación legal para ellas. El autor considera que el presente trabajo busca analizar, desde el derecho a la igualdad y a la no discriminación consagrado en la Constitución Política, la actual regulación del matrimonio y la factibilidad de incluir dentro de éste a las relaciones homosexuales. El autor refiere que para determinarlo se esclarecerá el concepto del derecho a la igualdad y no discriminación, además del concepto de familia, analizados a la luz de la legislación y jurisprudencia internacionales. El autor se propone realizar un estudio de los procesos históricos y legales a través de los cuales los diversos países en el mundo, aprobaron el matrimonio homosexual, para, comparando dicho análisis con lo que ocurre actualmente en Chile, resolver acerca de la constitucionalidad y viabilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile.

Smith-Castro y Molina-Delgado (2011) llevaron cabo la investigación titulada: *Actitudes hacia el matrimonio y la unión civil gay en Costa Rica: ¿religiosidad, homofobia, autoritarismo o desconocimiento*. Dichos autores refieren que en los últimos años, el reconocimiento del matrimonio y la unión civil entre personas del mismo sexo ha sido objeto de debates en diversos países del mundo, particularmente en América Latina. Las autores mencionan que el presente estudio explora el impacto relativo de la religiosidad, el autoritarismo, la homofobia y el

contacto con personas homosexuales en el rechazo o apoyo a esta iniciativa en Costa Rica. Según las autoras, participaron en el estudio 100 estudiantes universitarios costarricenses heterosexuales quienes contestaron un cuestionario autoaplicado que contenía mediciones de estos constructos. Los resultados del análisis de regresión logística muestran que una combinación particular de alta ortodoxia religiosa, alto autoritarismo homofóbico y poco contacto con personas homosexuales disminuyen las probabilidades de apoyar el matrimonio y la unión civil en Costa Rica.

Bustillos (2011), es el autor del ensayo titulado: *Derechos humanos y protección constitucional. Breve estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México y en perspectiva comparada*. En este ensayo, el autor muestra un análisis comparativo, de carácter empírico, sobre la situación actual de los matrimonios entre personas del mismo sexo existente en diversos países de América y Europa, en torno a sus normativas, número y género de los contrayentes, su relación estadística con los matrimonios heterosexuales y con las parejas en vínculo conyugal, así como los matrimonios realizados mediante orden judicial. Asimismo, el autor ofrece un panorama cronológico del proceso de legalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo en México, así como del reconocimiento y ejercicio de sus derechos constitucionales, determinados a través de sentencias de tribunales judiciales.

Torres (2011) propone una investigación de tesis titulada: *Legalización del matrimonio homosexual*. Dicha tesis se sustentó ante la facultad de Derecho de la Universidad de Cuenca, (Ecuador). El autor se propone el análisis jurisprudencial y sociológico del matrimonio homosexual. Busca conocer las causas y motivos por la que se debería aceptar una legalización del matrimonio civil entre personas del mismo sexo. El autor de la tesis señala que los opositores al este tipo de matrimonio opinan que la unión de un hombre y una mujer es la única definición de matrimonio, teniendo como este un argumento semántico, diciendo que es la base para la procreación, cayendo en un argumento procreativo, debatiendo así que esta definición ha existido por miles de años, concluyendo en un argumento tradicionalista. Según el autor, no existen las razones suficientes que justifiquen

privar de la protección que brindan el sistema jurídico o el aparato estatal, a los matrimonios entre personas del mismo sexo, sin incurrir en una forma de discriminación; esto es, la diferenciación injustificada. El autor rechaza el argumento semántico por su tautología; el argumento procreativo por su parcialidad, ya que las leyes que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo no prohíben el matrimonio entre ancianos o personas estériles. De la misma forma, el autor rechaza el argumento tradicionalista por su desconexión con los principios sociales y éticos admitidos, ya que la reforma sobre el matrimonio para incluir los derechos de los homosexuales es una cuestión de igualdad ante la ley.

Vásquez y Barcía (2008), llevaron a cabo un estudio titulado: *El matrimonio homosexual en Chile: un debate pendiente*. El presente ensayo jurídico se desarrolló en la Escuela de Derecho de la Universidad de Talca (Chile). Según sus autores, el trabajo investigativo que se presenta a continuación pretende dar cuenta de la realidad que vive nuestro país con respecto a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, las que pese a haber logrado tolerancia por parte de la sociedad en su convivencia, no han tenido el mismo éxito en la búsqueda de un amparo legal al respecto, es decir, en la actualidad se presentan como una realidad social alejada de la protección que debiese darle el ordenamiento jurídico. Según sus autores, el resultado esperado en esta investigación, se centra en términos generales en determinar si la convivencia entre parejas del mismo sexo posee las características y los requisitos necesarios que las hagan merecedoras de protección jurídica y construir así los argumentos jurídicos que permitan construir una futura regulación para las parejas del mismo sexo que pretendan contraer matrimonio.

Domínguez (2015), llevó a cabo la investigación titulada: *El matrimonio homoafectivo y el principio de igualdad en el caso peruano*. Dicha investigación fue presentada en la Universidad Autónoma del Perú. Su autor señala que el presente trabajo de investigación tiene como objetivo determinar, si las restricciones que pesan en la actualidad sobre la institucionalización del Matrimonio homoafectivo, vulneran el principio de igualdad a nivel del ordenamiento constitucional peruano. El autor aplicó como instrumento, un cuestionario a profesionales que conocen el tema;

asimismo se basó en el análisis documental teniendo en cuenta la legislación comparada. Según su autor, los resultados obtenidos son los siguientes: 1) existe discriminación cuando se señala que el Matrimonio procede únicamente entre un hombre y una mujer, teniendo como consecuencia la vulneración del principio de Igualdad, confirmándose de ese modo la hipótesis establecida y 2) el Matrimonio igualitario se concreta en el logro del reconocimiento de vínculos actuales otorgando el mismo status y valor que las relaciones heterosexuales.

Carrillo (2014) sustentó su tesis titulada: *Fundamentos para la protección jurídica del matrimonio frente a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo en el Perú*. Tesis para optar el grado académico de Magíster en derecho de familia y de la persona. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Escuela de postgrado. Según su autor, la presente tesis es un análisis del actual contexto social y jurídico de la institución del matrimonio en nuestro país con respecto a una posible redefinición que permita uniones entre personas del mismo sexo. El autor considera las diversas tendencias que han llevado a un inminente cambio en la percepción del matrimonio, al punto que en algunas sociedades la heterosexualidad ha dejado de ser uno de sus requisitos indispensables, resulta importante preguntarnos si dicha corriente podría llegar a inmiscuirse en nuestra legislación (como ya ha sucedido en el derecho comparado). Siendo así, el autor dice que esta investigación busca hallar, desde una perspectiva netamente jurídico objetiva, los fundamentos que sustentan la protección del matrimonio frente a una posible (o no) regulación legal especial de las uniones entre personas del mismo sexo.

McLean, Schnitzler, Canean y Villar (2010) elaboraron el informe: *Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo: informe de estudios científicos y jurídicos y experiencia en otros países* (Argentina). Las conclusiones de este Informe son las siguientes: 1) El derecho debe seguir la realidad biológica y antropológica del matrimonio y promover y defender sus bienes humanos y sociales protegiendo las instituciones básicas de la vida social. El matrimonio, que es una estructura de unión personal con propiedades de exclusividad y permanencia, que da

solidez y garantía jurídica a la convivencia de personas y a los hijos que surjan de dicha unión, encuentra su razón de ser en la diversidad radical y originaria del varón y de la mujer y en su unión complementaria biológica y antropológica, fuente de comunión y de vida, que funda el núcleo familiar. 2) El Derecho protege y promueve el matrimonio por la especialísima función social que cumple, por ser el ámbito donde se desarrolla la complementariedad de las personas y donde se asegura la procreación y el recambio generacional, bienes fundamentales para el Estado. Por tanto, el Estado no puede, sin dañar gravemente aquello que debe proteger, conferir estatuto matrimonial a una realidad a la que le faltan sus características esenciales. 3) En una unión homosexual no se dan los presupuestos biológicos y antropológicos de la complementariedad conyugal. Por eso, las realidades biológica y antropológica de matrimonios y uniones homosexuales prohíben que se pueda dar estatuto de matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo, y lleva a evitar la confusión entre las mismas con los matrimonios.

Bosch (2015) es el autor del informe de investigación titulado: *Actitudes hacia la homosexualidad. Una comparación entre personas de 18 a 30 años en España y los Países Bajos*” (Investigación). Universidad de Utrecht-Holanda. Dice su autor que en los últimos años, la investigación sobre las actitudes hacia la homosexualidad se ha devenido en un tema cada vez más popular entre los científicos. Según su autor, el objetivo del estudio actual es lograr una mejor comprensión de las actitudes de personas entre 18 y 30 años de España y los Países Bajos hacia la homosexualidad, así como averiguar los factores determinantes en la construcción de estas actitudes. Por medio de un cuestionario digital se intentó descubrir las opiniones del grupo meta. Para su autor, el análisis de los resultados muestra diferencias significativas en varias facetas, aunque no son del tamaño que esperamos a base de estudios anteriores. No obstante, el estudio actual ha contribuido a la recopilación de información acerca de las actitudes hacia la homosexualidad y la homofobia. Según su autor, los resultados muestran por ejemplo que el conocimiento de personas homosexuales en el entorno directo tiene un efecto positivo en la actitud hacia ciertos aspectos de la homosexualidad, comparado con el grupo que conoce homosexuales pero no en el entorno directo. El autor concluye que el conocimiento cercano de

personas homosexuales tiene un efecto positivo en la actitud hacia la homosexualidad. Desgraciadamente en esta muestra no hay personas que no conocen ninguna persona homosexual, así que no podemos comprobar la diferencia entre este grupo y los otros dos grupos. Sin embargo, sería de esperar que las actitudes de este grupo sean menos positivas.

Pérez (2006) realizó una investigación titulada: *¿El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?* El autor afirma que desde la promulgación del Código civil de 1889, la diversidad sexual de los contrayentes no constituye, en nuestra opinión, un requisito esencial de la estructura ontológica del matrimonio civil. Su establecimiento respondía, más bien, a la concepción social de la institución matrimonial en un momento histórico dado y, por este motivo, no creemos que constituya parte del núcleo objetivo, esencial y, por ende, inmutable del matrimonio. A este respecto, el autor ha visto que, como consecuencia del proceso secularizador del Derecho matrimonial, el legislador estatal ha ido depurando paulatinamente esta institución de otras notas que, desde el punto de vista técnico-jurídico, tampoco formaban parte integrante de su estructura ontológica y que, en realidad, no hacían otra cosa que identificar el matrimonio civil con otra clase matrimonial de indudable trascendencia socio-jurídica en la historia española: el matrimonio canónico. Según el autor, en realidad, éste es el concepto de matrimonio que, en opinión de los recurrentes, está garantizado institucionalmente en el art. 32.1 del Texto Constitucional ya que definen esta institución como “la unión entre el hombre y la mujer para, entre otras cosas, propiciar la continuación de la especie”. Sin embargo, el recurso no toma en consideración el hecho de que a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, la relación jurídica matrimonial, de conformidad con la doctrina mayoritaria, no está orientada al fin de la procreación, pues la impotencia no aparecía contemplada como impedimento matrimonial. Asimismo, cree el autor que es de interés destacar que los recurrentes, a pesar de que citan una abundante jurisprudencia a favor de sus pretensiones, omiten toda referencia al significativo auto 617/1984 donde el Tribunal Constitucional dejó fuera de dudas que, en la actualidad, si bien el Estado español aún reconoce eficacia civil al rito matrimonial canónico, “tal reconocimiento no supone la asunción por el Estado de

las características y propiedades que la iglesia católica asigna al matrimonio en su fuero propio”.

Suárez (2009) presentó y sustentó su proyecto titulado: *Proyecto de Ley de Unión Civil entre personas del mismo sexo. Posiciones a favor y en contra*. Universidad de Costa Rica (Costa Rica). Su autor señaló que los argumentos religiosos y biólogos parten de depositar todo lo negativo sobre las personas homosexuales haciéndolas responsables de los males sociales y por ende se eximen del análisis personal y grupal posicionándose como “buenos, escogidos por Dios, ejemplo para la sociedad” frente a los “pecadores, malvados y sexualmente depravados.” Dice su autor que cabe recordar que históricamente la separación entre “los elegidos por Dios” y “los rechazados por Dios” ha caminado unida al desconocimiento de los derechos básicos y las calidades de las personas y, más aún, ha sido el desencadenante de grandes represiones, violencia social y hasta genocidio, en los cuales la religión cumplió una función trascendental para justificar el daño.

CAPÍTULO II

2. FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTÍFICO

2.1. Derechos humanos

2.1.1. El derecho a la igualdad

A modo de síntesis, se puede decir que la igualdad ante la ley entendida por el tribunal constitucional responde al principio de isonomía, es decir, aplicar leyes iguales a quienes se encuentran en una situación similar y leyes diferentes para quienes se encuentren en una situación distinta. Cabe señalar que la igualdad entre las personas, no requiere ser absoluta, sino que, lo esencial radica en que las situaciones sean comparables, no iguales.

Para que se permita una diferenciación en la regulación aplicable, dicha distinción no debe ser arbitraria, debe tener un fundamento razonable, y debe ser claro que la aplicación diferenciada es el modo necesario e idóneo para alcanzar el fin perseguido. Si no se cumple con dichos presupuestos, la diferenciación infringe directamente el derecho a la igualdad de las personas ante la ley.

El concepto de igualdad permite sostener que las diferencias entre las situaciones deben ser tales, que no sean comparables la una con la otra, para poder efectivamente establecer una distinción. Con esto quiero decir, que las diferencias que existan en base a las cuales se haga una distinción no pueden recaer en meras creencias morales o religiosas, ya que estas responden a parámetros netamente subjetivos y depende exclusivamente de la religión o creencia que cada quien

profese. Para poder hacer una distinción en el trato, esta debe basarse en elementos diferenciadores determinantes.

Respecto a la igual como principio jurídico protegido, el Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia pronunciada sobre el Expediente N° 2437-2013-PA/TC, de fecha 16 de abril de 2014, formuló las siguientes consideraciones sobre la igualdad:

- a. El Tribunal Constitucional ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional.
- b. Como principio, la igualdad constituye el enunciado de un contenido material objetivo que en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.
- c. Como derecho fundamental, la igualdad constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario.
- d. La igualdad es el reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevante.
- e. La igualdad jurídica implica dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De manera tal que se afecta a ésta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario

En cuanto a la regulación de las relaciones entre personas del mismo sexo, se estaría estableciendo como criterio diferenciador la orientación sexual de los contrayentes. Dicha característica, a simple vista, carecería de los presupuestos recién expuestos para que una diferenciación legal sea justificada y acorde a la ley.

Esto, en cuanto, los argumentos que se esgrimen para considerar a las parejas homosexuales y heterosexuales como relaciones determinadamente diferentes, responde a argumentos netamente morales o religiosos, y carecen de cualquier justificación jurídica y razonable ni pretenden un fin legítimo.

2.1.2. Reconocimiento de las uniones homosexuales

Bajo una perspectiva del derecho comparado, el reconocimiento de las uniones homosexuales se ha dado a través de dos vías distintas: vía judicial (a través de sentencias de tribunales judiciales) y vía legislativa (Rodríguez, 2010).

2.1.2.1. Reconocimiento por vía judicial

Rodríguez (2010) señala que: “si bien, no es lo más común, existen algunos casos en los que las uniones homosexuales, desconocidas o incluso prohibidas por la ley, fueron reconocidas jurídicamente a través de las sentencias de los tribunales judiciales. Tal es el caso de Canadá y algunas entidades federativas de los Estados Unidos e Israel”.

Rodríguez (2010), en su artículo “El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina”, hace una reseña de los reconocimientos judiciales y legislativos de las uniones y/o matrimonio civil entre personas del mismo sexo.

A. Canadá

Antes de la aprobación de la Ley C-38 Civil Marriage Act (Ley de Matrimonio Civil), del 20 de julio de 2005, los matrimonios homosexuales fueron legalizados después de varios procesos judiciales en los que jueces provinciales o territoriales decretaron que es inconstitucional y discriminatorio negar el derecho del matrimonio a las parejas del mismo sexo. A raíz de estas sentencias, el Gobierno federal promulgó la Ley C-38, una vez que la Corte Suprema canadiense resolvió la controversia sobre si la autorización a contraer matrimonio a personas del mismo

sexo era facultad exclusiva del Gobierno federal o pertenecía a cada una de las provincias

B. Estados Unidos

La Corte Suprema de Estados Unidos legalizó en el mes de junio del año 2015 el matrimonio entre personas del mismo sexo en todos los estados del país, en un fallo histórico que provocó escenas de júbilo entre activistas de los derechos homosexuales y signos de resistencia en algunos estados. Con cinco votos a favor y cuatro en contra, el máximo tribunal estadounidense decidió que la Constitución requiere de los estados que lleven a cabo y reconozcan el matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

C. Israel

Caso interesante es el de Israel, donde el matrimonio entre personas del mismo sexo es raro, ya que todos los matrimonios realizados son casi exclusivamente religiosos. Éste se encuentra regulado por quince organizaciones religiosas que ofician las uniones para sus respectivas comunidades. El matrimonio civil sólo se aplica excepcionalmente, por lo que las parejas que no quieren contraer matrimonio a través de una organización religiosa deben hacerlo en el extranjero, o más comúnmente en embajadas y consulados. Por tanto, no está permitida la celebración de matrimonios homosexuales. Sin embargo, el 21 de noviembre de 2006, el Tribunal Supremo israelí ordenó al Ministerio del Interior de Israel a registrar el matrimonio de cinco parejas masculinas israelíes realizados en el extranjero, a saber, en Toronto, Canadá; de tal manera que dichas parejas pudieran cobrar las pensiones de sus cónyuges o adoptar legalmente a los hijos del otro.

2.1.2.2. Reconocimiento por vía legislativa

Rodríguez (2010), refiere que “actualmente, el reconocimiento legal a las uniones entre personas del mismo sexo puede hacerse mediante las siguientes maneras:

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

- b) Haciendo extensiva regulación del matrimonio a dichas uniones (independientemente de la denominación que se les dé); por tanto, se les aplicará, en lo conducente y con las limitaciones que establezca la ley, los efectos que la ley reconoce al matrimonio. Estas leyes otorgan a las partes muchos de los derechos y obligaciones que supone el matrimonio entre personas heterosexuales, aunque no las equiparan totalmente. Este es el caso, entre otros, de Alemania, Andorra, Australia, Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia y Suiza. Así, por ejemplo, la Ley de Unión Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, dispone en su artículo 1o., inciso a), que: “A los efectos de esta ley, se entiende por Unión Civil... A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual”. Asimismo, el artículo 4º. señala que: “Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges” (las cursivas son mías), asemejando dicha figura a la de matrimonio.

- c) Creando instituciones especiales, muy diferentes en cada país y comunidad, con denominaciones diversas tales como “parejas de hecho”, “uniones civiles” o “concubinatos” (entre otras denominaciones), cada cual con una naturaleza, requisitos y efectos ad hoc.

2.1.3. Denominaciones de las uniones entre personas del mismo sexo

Según Rodríguez, (2010) la denominación que reciben dichas uniones son:

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

En el caso del Proyecto de Ley brasileño, el nombre en el proyecto original era el de “unión civil”, mas con las modificaciones a dicho proyecto, pasó a “pacto de unión civil”, en el proyecto peruano, se denomina “Unión civil entre personas del mismo sexo”. En el mes de abril del año 2015, el proyecto de unión civil quedó prácticamente archivado para el Parlamento peruano, porque deberá pasar un año para que se plantee una iniciativa similar. La decisión del Congreso peruano se dio un día después que, en Chile, su presidenta, su Presidenta Michelle Bachelet, promulgará la unión civil para los ciudadanos de ese país.

2.1.4. Legislación comparada sobre el derecho a la igualdad entre todos los ciudadanos

A. Argentina

Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales antes la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

B. Bolivia

Artículo 6.- Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra

índole, origen, condición económica o social u otra cualquiera. Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley.

C. Colombia

Artículo 13.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

D. Costa Rica

Artículo 33.- Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. Artículo 54.- Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación.

E. Cuba

Artículo 41.- Todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes. Artículo 44.- La mujer y el hombre gozan de iguales derechos en lo económico, político, cultural, social y familiar. El Estado se esfuerza por crear todas las condiciones que propicien la realización del principio de igualdad.

F. Ecuador

Artículo 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.

G. México

Artículo 1. En los Estados Unidos mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Artículo 12. En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.

H. Nicaragua

Artículo 27.- Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derechos a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma religión, opinión, origen, posición económica o condición social. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción. Artículo 48.- Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos, en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

I. Panamá

Artículo 20.- Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley; pero esta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general.

J. Paraguay

Artículo 47.- De las Garantías de la Igualdad. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1 A la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2. A la igualdad ante las leyes; 3. A la

igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y 4. A la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.

K. República Dominicana

Artículo 8.- Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos. Para garantizar la realización de esos fines se fijan las siguientes normas: A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: no puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica.

L. Venezuela

Artículo 21.- Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

2.1.5. Matrimonio entre personas del mismo sexo

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

“Las primeras leyes de la época actual en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo se aprobaron durante la primera década del siglo XXI. A 9 de mayo de 2014, dieciséis países (Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, España, Francia, Islandia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Uruguay) y varias jurisdicciones subnacionales de México y los Estados Unidos permiten casarse a las parejas del mismo sexo”.³

Álvarez-Gayou (2013), afirma que: “Junto a la institución del matrimonio, y en muchos casos como alternativa, existen instituciones civiles adicionales, muy diferentes en cada país y comunidad, con denominaciones distintas, como "parejas de hecho" o "uniones civiles", cada cual de una naturaleza, requisitos y efectos ad hoc, según la realidad social, histórica, sociológica, jurídica y política de cada sociedad”.

Este autor señala que: “Estas instituciones son consideradas por movimientos de derechos humanos como instituciones apartheid y en muchos casos (especialmente cuando no otorgan los mismos derechos) son criticadas por fomentar la discriminación y crear ciudadanos de segunda clase”.

2.1.6. Unión civil

Viera- Álvarez (2008) refiere que la unión civil es uno de los varios términos usados para un estado civil similar al matrimonio, creados típicamente para permitir el acceso de las parejas homosexuales a la mayor parte de las ventajas gozadas por las parejas heterosexuales casadas, sin llegar a otorgarles totalmente la igualdad en derechos con el matrimonio. En algunas jurisdicciones se le denomina pacto civil de solidaridad o sociedad de convivencia.

Viera- Álvarez (2008) afirma que hay muchos tipos de uniones civiles. Algunos tipos de uniones civiles son paradójicamente idénticos al matrimonio en casi todo excepto el nombre (con connotaciones negativas para las relaciones entre

3 Artículo web: ¿Están los niños preparados para entender el matrimonio igualitario? ¡Han hecho la prueba! Disponible en: <http://muhimu.es/genero/matrimonio-igualitario/>

personas del mismo sexo); otros tienen muchos derechos acordados para las parejas casadas; y otros son solamente registros de relaciones.

2.1.7. Doctrinas a favor y en contra del matrimonio homosexual

Existen diversas doctrinas con base jurídica y filosófica a favor y en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo. A continuación, se presentan en forma breve las principales doctrinas al respecto.

2.1.7.1. Doctrina que califica como inadmisibles el matrimonio homosexual, desde una postura científica, racional y jurídica.

El rectorado de la Universidad Austral (Buenos Aires-Argentina) elaboró un informe titulado: “Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo: informe de estudios científicos y jurídicos y experiencia en otros países” (2010). En dicho informe se hace una reseña de los principales argumentos de esta postura, que no puede ser calificada como religiosa o basada en doctrina religiosa.

Argumento 1: El Derecho debe seguir la realidad biológica y antropológica del matrimonio y promover y defender sus bienes humanos y sociales protegiendo las instituciones básicas de la vida social.

En dicho argumento, el informe de la Universidad refiere que: “El matrimonio, que es una estructura de unión personal con propiedades de exclusividad y permanencia, que da solidez y garantía jurídica a la convivencia de personas y a los hijos que surjan de dicha unión, encuentra su razón de ser en la diversidad radical y originaria del varón y de la mujer y en su unión complementaria biológica y antropológica, fuente de comunión y de vida, que funda el núcleo familiar” (Universidad Austral, 2010).

Argumento 2: El Derecho protege y promueve el matrimonio por la especialísima función social que cumple, por ser el ámbito donde se desarrolla la

complementariedad de las personas y donde se asegura la procreación y el recambio generacional, bienes fundamentales para el Estado.

Este argumento significa que: “El Estado no puede, sin dañar gravemente aquello que debe proteger, conferir estatuto matrimonial a una realidad a la que le faltan sus características esenciales”. (Universidad Austral, 2010).

Argumento 3: En una unión homosexual no se dan los presupuestos biológicos y antropológicos de la complementariedad conyugal.

Dicho argumento sintetiza que: “Las realidades biológica y antropológica de matrimonios y uniones homosexuales prohíbe que se pueda dar estatuto de matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo, y lleva a evitar la confusión entre las mismas con los matrimonios”. (Universidad Austral, 2010).

Argumento 4: La diversidad biológica y la complementariedad antropológica de los sexos es el presupuesto real en el que se apoya el matrimonio, que impide considerar matrimonio a una unión de personas del mismo sexo.

En este argumento se señala que: “Es un dato objetivo que varón y mujer nacen con ciertas características biológicas, fisiológicas y psicológicas diferentes que los definen como tales y que se complementan entre sí. Dichas diferencias se observan ya desde la fecundación por la carga genética que conlleva cada sexo y acompañan al ser durante toda su vida. Estas diferencias evidencian que las preferencias y aptitudes no son sólo meras consecuencias de estereotipos culturales, sino de una predisposición innata de un modo de relacionarse según el sexo. Existe una integración anatómica y funcional evidente entre los órganos genitales de varones y mujeres, así como una falta de correspondencia con los órganos genitales del mismo sexo” (Universidad Austral, 2010).

Argumento 5: El matrimonio es la unión jurídica pública de un varón y una mujer para complementarse compartiendo la vida, procrear y educar a sus hijos.

Con dicho argumento, se desea aclarar que: “El matrimonio heterosexual responde al dato de la realidad, al modo en que varón y mujer desarrollan su amor sexuado. Por lo antedicho, afirmar la heterosexualidad como un requisito para el matrimonio

implica partir de una realidad que se le presenta al hombre. El matrimonio encuentra su razón de ser en la unión complementaria del hombre y de la mujer y en la diversidad radical y originaria: el varón tiende a la mujer porque ésta tiene cualidades que lo complementan y enriquecen y viceversa” (Universidad Austral, 2010).

Argumento 6: El debate acerca del “matrimonio” homosexual en realidad esconde un error conceptual crucial: la identificación del concepto de Derecho con el del mero deseo de determinados grupos sociales.

Este argumento sintetiza que: ”El Derecho no tiene como fin hacer realidad los deseos. El Derecho está para regular situaciones indispensables para el desarrollo de la persona en sociedad, para el respeto del bien común y el mantenimiento del orden social. El fundamento y fin del Derecho claramente no puede ser nunca la realización de un mero deseo. El simple hecho de que alguien quiera casarse con alguien no supone necesariamente que pueda casarse con él: así, ¿podría quejarse de discriminación el varón a quien el Derecho le impide casarse con la mujer a la que quiere, solo por el hecho de que es su hermana? ¿O la mujer a la que el Derecho no deja casarse con el hombre al que quiere, por la simple razón de que él ya está casado? (Universidad Austral, 2010).

La posición que admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, señala que la tutela constitucional de las relaciones homosexuales se encuentra en el principio de la dignidad humana, la libertad, la intimidad, la igualdad y la protección contra discriminaciones. Cardoso (2013) apunta que “(...) la protección contra la discriminación se muestra eficaz en la medida en que, sin razones convincentes, argumentos morales o históricos, fundados en prejuicios y estereotipos de género y sexualidad, no serán suficientes para impedir la atribución de derechos que tradicionalmente les habían sido negados.

Por su parte, Macedo (1997) señala que: “El valor de la familia, y lo que justifica su protección, está en que forma un núcleo de personas que se unen y comparten la vida en razón de existir sentimientos fuertes como el afecto”. Agrega este autor que: “La afectividad es una expresión genuina de la naturaleza humana y

constituye un medio para el desarrollo de la personalidad”. Macedo (1997) señala que: “Si ésta es una concepción de familia superior, habrá que considerar como tal aquellas uniones que se encajen en esa idea (...) Si el criterio que justifica el tratamiento igualitario es la unión por estos vínculos, tanto las relaciones heterosexuales como las homosexuales que existan con base en este criterio son merecedoras del estatus de familia” (Macedo, 1997).

Desde otras perspectivas, pero en la misma línea doctrinal que apoya el matrimonio homosexual o unión civil entre personas del mismo sexo, se encuentra Montiel (2012), quien afirma lo siguiente: “Queda claro que el reconocimiento al derecho del matrimonio civil para las personas homosexuales no afecta a ningún tercero, no reduce el ámbito de las libertades y las capacidades de los ciudadanos para buscar su propia felicidad y contribuir al bienestar colectivo; por el contrario, las amplía. La diversidad de orientaciones e identidades sexuales, así como los formatos diferentes de familias es un hecho natural y cultural que debe ser ya reconocido y normalizado por la ley, para dejar atrás la época de intolerancia, de rechazo y segregación que las personas homosexuales han sufrido durante años por el sólo hecho de su orientación sexual distinta”.

2.1.7.2. Doctrina que califica como inadmisibles el matrimonio homosexual desde la postura religiosa.

La doctrina de la Iglesia Católica sobre el matrimonio homosexual puede resumirse del siguiente modo: El matrimonio es la unión conyugal de un hombre y de una mujer, orientada a la ayuda mutua y a la procreación y educación de los hijos. Por lo tanto, el matrimonio homosexual es contrario a estos principios y fines.

El médico español Fernando Cavanillas de Blas desarrolla los fundamentos católicos contrarios al matrimonio homosexual: “A la unión legal de un hombre con una mujer (sexos diferentes) se le llama Matrimonio. Los contrayentes adquieren la condición de Familia y de esta manera perpetúan la especie humana por medio de la procreación. Es pues la Familia, la célula básica y el soporte vital de nuestra

sociedad. La palabra Matrimonio viene del Latín *Matrimonium*, que en su esencia quiere decir o significa: oficio o condición de la mujer (Madre). Está claro que el oficio o condición femenina se fundamenta en la posesión de Matriz (útero). Por lo tanto, la unión de dos hombres (con sexos iguales y que no pueden procrear entre sí) nunca puede ser Matrimonio por rotunda imposibilidad física y biológica, ya que ninguno de los dos contrayentes posee matriz” (Cavanillas de Blas, 2016, citado en es.catholic.net).

2.1.8. Protección constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad

2.1.8.1. Alcances y limitaciones

El Derecho al libre desarrollo de la personalidad, está prescrito en la Carta Magna peruana en el libro de los Derechos fundamentales de la persona, Artículo 2º inciso 1: —*Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psicológica y física y a su libre desarrollo y bienestar.*

Si bien en la frase —libre desarrollo - no se hace mención expresa a qué libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para el desarrollo de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos

Respecto a la libertad de acción es conveniente tener en cuenta lo que señala Hervada (1998), quien explica que la libertad fundamental tiene dos aspectos: la libertad de decidirse a hacer o no hacer (libertad de ejercicio) y la libertad de elegir hacer una cosa u otra (libertad de especificación). Junto a la libertad fundamental, la persona tiene otras dimensiones que, por analogía y semejanza, también reciben el nombre de libertad: la libertad de autonomía o inmunidad y la libertad de iniciativa o libertad de acción.

Según Hervada (1998) la otra dimensión de la persona es la libertad de acción, y esta se refiere al modo de estar la persona en sociedad. La persona es un ser incommunicable, no se hace común con los demás seres, sin embargo, la persona también es un ser-en-relación con los demás seres, forma sociedad. Es por ello que la libertad de acción debe darse en el contexto de la búsqueda del bien social, y por lo tanto de una libertad que entraña una responsabilidad: la responsabilidad social de la persona, que consiste en la búsqueda leal del bien común.

No debe considerarse a la libertad como un valor (o derecho) absoluto, en cuyo amparo se puede invocar cualquier interés o anhelo como —derecho—. En esa línea se expresa Medina (2001) al señalar que la ideología individualista tan frecuente en nuestra sociedad pretende fundar los derechos humanos naturales sin referencia a ningún orden o ley objetiva natural. Dicha doctrina supone que el hombre no está sometido a otra regla que la de su voluntad libre y arbitraria. Sus defensores aceptan que los derechos humanos provienen de la dignidad de la persona humana, pero él no acepta una ley natural los deja sin fundamentos objetivos y los derechos humanos se tornan derechos relativos, individuales y arbitrarios. Además, no hace posible precisar sus límites y su contenido, dando lugar a la ilusión peligrosa (y sobre todo falsa) de que se tiene derecho a todo, en todo momento y en todo lugar, sin que exista deber u obligación alguna que deba ser acatado

Los derechos de los individuos han de ser compatibilizados y coordinados unos con otros. El libre desarrollo de la personalidad no puede entenderse como una cláusula aislada, desvinculada de su contexto normativo. Así pues, la libertad general de acción encuentra sus límites en la ley. La libertad general de acción que implica el libre desarrollo de la personalidad es una libertad jurídica, lo que quiere decir que sus contornos vienen dibujados por el ordenamiento jurídico

Sobre ello, surge además otro tema importante a tratar, el de la autonomía de la voluntad. La autonomía no es igual a la libertad, como superficialmente se nos trata de hacer suponer. Si partimos de una idea genérica de autonomía nos damos cuenta de que significa ser dueño de uno mismo, darse a sí mismo las normas por las cuales

se va a regir la propia vida. Autonomía y libertad pueden parecer conceptos bastante afines. Pero es obvio que darse normas no es lo mismo que decidir, y mucho menos que acertar en la decisión, pues la norma tiene una pretensión de intersubjetividad que no se da nunca en la decisión que expresa la autonomía. Nadie cuando elige la profesión está sentando una regla de la misma, lo mismo ocurre cuando se toma una decisión sobre la vida, incluso sobre la propia. La libertad implica responsabilidad, la autonomía, por el contrario, la excluye.

Al respecto, cabe tener en cuenta que dentro del esquema teórico de Nino la moral posee dos dimensiones: la primera se refiere a la moral privada o auto referente, esto es, la que tiene por contenido el conjunto de ideales de excelencia personal que evalúan las acciones de los individuos por sus efectos en la calidad de vida del propio agente. La segunda dimensión, la moral social o intersubjetiva, se refiere al conjunto de principios que valoran o enjuician las acciones de los individuos por sus efectos sobre los intereses de otros sujetos distintos del agente. Según estas premisas la autonomía moral significa la libre aceptación de principios morales intersubjetivos y de ideales autorreferentes de excelencia personal (Nino 1997).

En esa misma línea, Martínez (1996) manifiesta que el derecho es esencialmente intersubjetivo y que por ello fundar el derecho en la autonomía es como si tratáramos de explicar el lenguaje como lengua privada, desde las sensaciones o sonidos independientes, como gritos animales que sólo percibiera el lingüísticamente autónomo. En este mismo sentido es absurdo decir que el negocio jurídico, el contrato, el testamento, es expresión de la autonomía de la voluntad, pues la voluntad no se da reglas jurídicas a sí misma, sino que lo que se hace es exponer las pretensiones de una persona a la aceptación de los demás y, por tanto, a un acuerdo y a un contraste con la ley y con la realidad misma, de modo que las posibilidades de sentido no son propiamente autónomas, sino resultado de lo que se puede comprender en una verdad compartida.

La autonomía, en opinión de Martínez (1996) es una interpretación de las acciones humanas realizada con la propia regla o medida, desde el propio juicio, desde el propio punto de vista, con la «legislación» elaborada por uno mismo; una autointerpretación. Consecuentemente, la interpretación autónoma en cuanto autointerpretación de la propia acción impide detectar si uno se engaña respecto a sí mismo, a su conocimiento y a su acción; impide reconocer el éxito o fracaso, no permite emanciparse del error o del autoengaño, lleva a exteriorizar las consecuencias de los actos.

2.1.8.2. Limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad

El libre desarrollo de la personalidad no supone un deber del estado de dictar normas y/o regular toda conducta particular o interés de los ciudadanos, pues ello, además de imposible, resultaría en un inevitable perjuicio para los intereses de los demás ciudadanos restantes. Así concuerda el Informe emitido por la Universidad San Pablo de Arequipa, al precisar que: —entender que si una conducta no se institucionaliza resulta estando prohibida, supondría aceptar que todo Estado que no regule a través de su institucionalización un modelo de vida determinado terminaría por ello afectando necesariamente el libre desarrollo de la personalidad del ciudadano, lo cual resulta a todas luces falso por ser prácticamente inviable: el Estado sencillamente no puede institucionalizar todos los modelos de vida que elijan sus ciudadanos con el solo requisito de que no le parezca conveniente prohibirlos.

El Estado peruano no tiene la obligación constitucional de institucionalizar toda proyección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. El libre desarrollo de la personalidad no es irrestricto, todo lo contrario, al igual que los demás derechos fundamentales deberá respetar la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, respetar la ley, respetar los derechos de los demás y respetar los deberes que la propia Constitución reconoce como fundamentales. Así el TC se ha pronunciado señalando que: —En el Estado Constitucional, la aludida libertad natural se traduce en una libertad jurídica protegida constitucionalmente, de forma tal que todo acto orientado a limitarla debe, de modo obligatorio, encontrarse

constitucionalmente justificado. Este principio medular encuentra expresión en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, conforme al cual —nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; aunque, como se ha dicho, tal obligación o prohibición legal sobre el ejercicio de la libertad, no puede ser cualquiera, sino solo aquélla que encuentre sustento en los propios valores constitucionales.

CAPÍTULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

3.1. Hipótesis

3.1.1. Hipótesis general

La prohibición del matrimonio homosexual vulnera el respeto pleno a los derechos humanos fundamentales de las personas con orientación homosexual, en el año 2016.

3.1.2. Hipótesis específicas

- a. Los operadores de justicia en la provincia de Tacna opinan que se violan los derechos humanos de las personas homosexuales al prohibirles contraer matrimonio civil en el Perú.
- b. Existe doctrina jurídica internacional sobre el derecho al matrimonio civil de los/as homosexuales.
- c. Los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la constitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú están basado en el respeto al principio de igualdad y a la no discriminación., amparados en la Carta Magna y a los tratados internacionales suscritos por el Estado Peruano.

- d. Los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la inconstitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú están basado en los fines naturales del matrimonio, cual es la procreación.
- e. Es factible proponer la modificación del Art. 5 de la Constitución Política del Perú y el Art. 234 del Código Civil y demás normas concordantes y afines, para que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio en defensa del derecho a su identidad.

3.2. Variables e indicadores

- a. **Variable independiente:** Prohibición del matrimonio civil entre personas del mismo sexo

Definición operacional:

Marco jurídico nacional que impide el matrimonio entre personas del mismo sexo (también conocido como matrimonio homosexual, matrimonio igualitario o matrimonio gay) y que por lo tanto no reconoce jurídicamente un matrimonio formado por contrayentes del mismo sexo biológico o legalmente reconocido.

Indicadores:

- Código Civil vigente desde 1984, en su Art. 234 define el matrimonio como la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer, a fin de hacer vida común.
- Constitución Política del Perú a través del Art. 5 alude a la unión estable de un varón y una mujer.
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) reconoce en el artículo 16.1: Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) en su artículo 23.2: Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en el artículo 17.2: Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.

b. Variable dependiente: Vulneración de los derechos humanos

Definición operacional:

La vulneración de los derechos humanos son aquellas condiciones jurídicas que no le permiten a la persona su realización plena. Los derechos humanos, incluyen aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana.

Indicadores:

- Vulneración del artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona:
Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.
- Vulneración del artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona:
Toda persona tiene derecho: 2. 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.

c. Escalas para la medición de las variables

Tratándose de un estudio cualitativo, que usa una entrevista abierta no se puede señalar escala de medición de las variables: Según Coronado (2007) define la medición como: “(...) el proceso de asignar, según reglas bien definidas, números a propiedades de objetos. (...) medir es estimar la magnitud de cierta propiedad de uno o más objetos con ayuda de un sistema métrico específico (instrumento de medición, escala de medición y unidades de medición)”.

Por otro lado, una escala de medición es: “(...) el conjunto de los posibles valores que una cierta variable puede tomar. Es un continuo de valores ordenados correlativamente, que admite un punto inicial y otro final. El nivel en que una variable puede ser medida determina las propiedades de medición de una variable, el tipo de operaciones matemáticas que puede usarse apropiadamente con dicho nivel, las fórmulas y procedimientos estadísticos que se utilizan para el análisis de datos y la prueba de hipótesis teóricas” (Coronado, 2007).

3.3. Tipo de investigación

Se trata de una investigación de tipo básica y de carácter cualitativa. Es básica pues no se manipulan las variables en estudio y su conocimiento contribuye a resaltar este importante concepto. Es investigación cualitativa pues se aplicaron entrevistas abiertas. Este tipo de investigación recoge los discursos completos de los sujetos, para proceder luego a su interpretación, analizando las relaciones de significado que se producen en determinada doctrina, cultura o ideología.

3.4. Diseño de investigación

Los métodos de investigación que se aplicaron son los siguientes:

A. Método analítico:

Este método permite estudiar por separado cada uno de los elementos que conciernen a la problemática a estudiar, analizando toda la doctrina, y legislación nacional obtenida sobre el particular, para de esta manera determinar cómo se desarrolla en el Perú y en el mundo.

B. Método deductivo:

Mediante este método se establece conclusiones partiendo del análisis del marco teórico general sobre la producción normativa respecto al matrimonio en general, para luego ir a lo específico, la problemática de relacionada a la variable de estudio.

C. Método comparativo:

Permite hacer una comparación entre las diversas legislaciones existentes en el mundo, sobre el tema en particular, para de esta manera enriquecer nuestro derecho interno.

D. Método hermenéutico:

Para la presente problemática este método fue utilizado para interpretar las normas y principios, buscando su verdadero sentido a fin de ser utilizado de manera coherente y sistemática. Por lo cual se estudian las normas del Derecho Civil.

E. Método sintético:

Una vez analizados los elementos del objeto de estudio, se procedió a formular las conclusiones y sugerir recomendaciones.

F. Método empírico:

Pues se recolectarán los datos empíricos necesarios para el procesamiento y análisis de la información de carácter cuantitativa (mediante encuestas).

3.5. Ámbito y tiempo social de la investigación

La investigación se llevó a cabo en la provincia de Tacna. La investigación comprendió un periodo de tiempo de 13 meses: diciembre del 2015 y desde enero a diciembre de 2016.

3.6. Unidades de estudio

Las unidades de estudio son los Abogados que litigan en la Provincia de Tacna.

3.7. Población y muestra

A. Población:

La población es el conjunto de todos los elementos (unidades de análisis) que pertenecen al ámbito espacial donde se desarrolla el trabajo de investigación (Carrasco, 2009).

Según el padrón de abogados habilitados por el Colegio de Abogados de Tacna, el total de letrados colegiados des 2 533, a noviembre del año 2015.

B. Muestra:

Según Hernández, Fernández y Batista (2000, p. 236) “La muestra está representada por unidades de análisis. Se le denomina también casos o elementos”.

$$n = \frac{NZ^2pq}{(N-1)E^2 + Z^2pq}$$

Datos:

N= Población: 2 533

Z= Confianza estadística 95%: 1,96

p-q = Probabilidad éxito/fracaso: 0,5

E= Margen de error: 0,05

$$n = \frac{2533(1,96)^2(0,5)(0,5)}{(2533-1)(0,05)^2 + (1,96)^2(0,5)(0,5)} \quad n = 334$$

La suma total de los letrados en la región Tacna, que constituyen la muestra es de 334.

La técnica hermenéutica se aplicó a los siguientes textos o documentos:

- a. Constitución Política del Perú.

- b. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- c. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- d. Código Civil del Perú.
- e. Tribunal Constitucional del Perú.
- f. Leyes de países o Estados donde se aprobaron leyes facultando el matrimonio civil entre personas del mismo sexo.
- g. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
- h. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793.
- i. Declaración Universal de Derechos Humanos.
- j. Carta de las Naciones Unidas.
- k. Carta Internacional de Derechos Humanos.
- l. Conferencia Mundial de Derechos Humanos y Asamblea del Milenio.
- m. Prevención de la discriminación.
- n. Los derechos humanos en la administración de justicia.

3.8. Recolección de datos

Aplicación de los instrumentos de recojo de los datos en forma anónima. Los abogados fueron informados acerca de los objetivos de la investigación y se les garantizó la confidencialidad de los resultados.

3.8.1. Técnicas de recolección de datos

Se utilizó las técnicas de la encuesta asistida. Es una técnica para la investigación social por excelencia, y ello se debe a su buen uso, flexibilidad, sencillez y los datos objetivos, que con ella se obtiene (Carrasco, 2009).

3.8.2. Instrumentos

Se aplicó una (01) encuesta a los juristas de la provincia de Tacna. Las preguntas de la encuesta anónimas son abiertas y suman 15 reactivos o ítems (ver anexo N° 2).

CAPÍTULO IV

4. RESULTADOS

4.1. Descripción del trabajo de campo

El trabajo de campo consistió en la elaboración de una encuesta de carácter anónimo con respuestas dicotómicas para ser aplicadas a una muestra de abogados colegiados y registrados ante el Colegio de Abogados de Tacna.

Una vez elaborada la encuesta se solicitó al Decanato de Ilustre Colegio de Abogados de Tacna para que informe del número exacto de abogados colegiados y habilitados a la fecha de presentada dicha solicitud.

Una vez obtenido el número de abogados colegiados y habilitados se procedió determinar el tamaño de muestra mediante un programa computarizado. Una vez obtenida la muestra se procedió a contactar a dos personas, quienes una vez recibida las orientaciones del caso, procedieron a aplicar dichas encuestas en los mismos lugares de trabajo de los abogados: consultorios jurídicos, instituciones públicas, Corte Superior de Justicia de Tacna, Ministerio Público, entre otras instituciones.

4.2. Diseño de la presentación de resultados

Los resultados de las encuestas aplicadas (mediante trabajo de campo) se procedió su tabulación y valoración de tablas y figuras estadísticas. Se denomina también Tablas de frecuencia y porcentajes.

Los resultados son presentados en tablas de frecuencias y porcentajes y luego interpretados según los objetivos de la presente investigación.

4.3. Presentación de los resultados

Objetivo 1: Determinar la postura jurídica de los operadores de justicia en la provincia de Tacna respecto de la supuesta violación de los derechos humanos de las personas homosexuales al prohibirles contraer matrimonio civil en el Perú.

Tabla 1:

¿Está de acuerdo con la legalización del matrimonio civil entre personas del mismo sexo en el Perú?

Opciones	f	%
Si	115	34.4
No	201	60.2
Ns/Nr	18	5.4
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

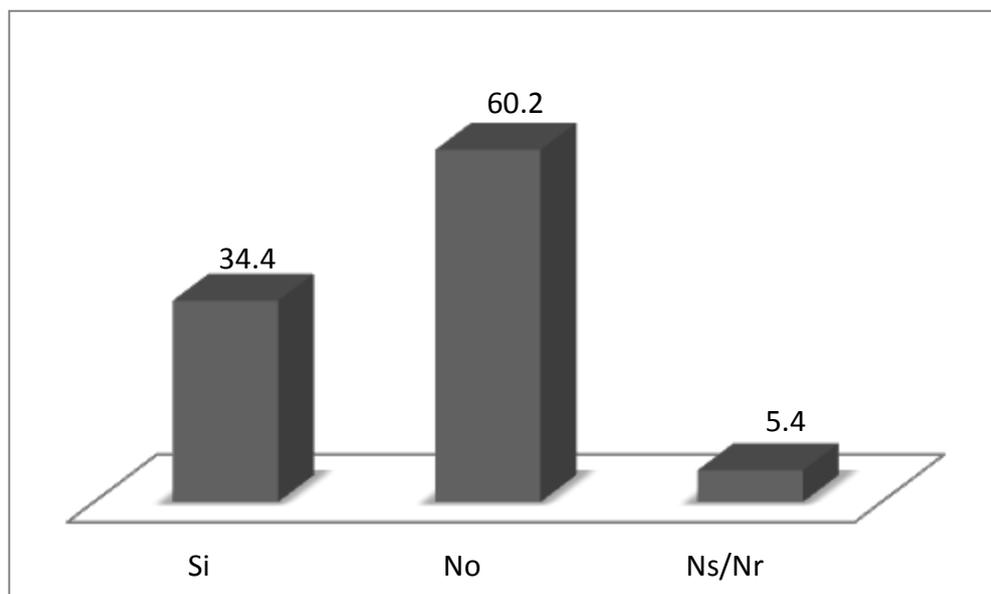


Figura 1: ¿Está de acuerdo con la legalización del matrimonio civil entre personas del mismo sexo en el Perú?

Fuente: Tabla 1. Elaboración propia

Interpretación:

Antes de analizar los resultados de la pregunta 1 de la encuesta anónima, se detallan los resultados de cuatro encuestas realizadas por prestigiosas encuestadoras nacionales sobre el mismo asunto que trata la presente investigación. Según una encuesta llevada a cabo el año 2014 por IPSOS Perú para el diario El Comercio, el 61% de la población peruana rechaza la unión civil entre parejas homosexuales, mientras que un 33% sí está a favor de que las parejas puedan compartir su patrimonio (Fuente: AMERICA TV, abril 2014).

El siguiente año, las cifras porcentuales de rechazo al matrimonio igualitario u homosexual se incrementó. Un 79 % de la población peruana estaba en desacuerdo con el matrimonio homosexual y un 89 % señala que la familia es el aspecto más valorado en nuestra sociedad, según revela la reciente encuesta nacional urbana a cargo de la consultora VOX POPULI (Fuente: RPP, julio 2015).

El año 2016, la encuestadora GFK, afirmó que: “la mayoría de peruanos rechaza el matrimonio gay”. Según la última encuesta de GFK el 68% de peruanos rechaza el matrimonio igualitario (presentado como “unión civil” por el congresista Carlos Bruce), mientras que sólo un 15% las apoya (fuente: PERU 21, agosto 2016).

En este año 2017, la encuestadora CPI, señaló que el 82.2% de peruanos rechaza la iniciativa llevada al congreso recientemente por las congresistas del Frente Amplio, Marissa Glave e Indira Huilca. De acuerdo con las cifras registradas en la encuesta realizada por CPI, solo el 13.4% de personas dijeron estar a favor de este proyecto de ley, que de ser aprobado permitiría a parejas homosexuales acceder a derechos, deberes y responsabilidades de un matrimonio, de acuerdo a la constitución peruana (Fuente: PERÚ 21, febrero 2017).

Como bien puede observarse las cuatro encuestas arrojaron porcentajes mayores a 60% de peruanos que rechazan la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio civil. En las encuestas aplicadas en la presente investigación, se encontró que el 60.2% de la muestra encuestada afirmó no estar de acuerdo con el matrimonio igualitario. Mientras que el 34.4% si lo está.

Estos resultados indican que no existen diferencias significativas entre la opinión de la ciudadanía, sin distingo de ocupación, nivel de estudio, género, edad, o profesión, con la muestra de juristas que conforman la presente investigación. Estos resultados, sorprenden pues se esperaría que, siendo profesionales del derecho, conocedores de las leyes, y con niveles de estudios de mayores a los ciudadanos en general, tengan similares posturas u opiniones en materia de los derechos de los homosexuales a contraer matrimonio civil. Se esperaría que siendo juristas los encuestados consideren el impedimento legal del matrimonio igualitario como un atentado a los derechos humanos y una flagrante violación de los derechos constitucionales de los peruanos en general, y en particular, de las personas homosexuales.

Tabla 2:

¿Considera que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta el derecho a la no discriminación?

Opciones	f	%
Si	128	38.3
No	139	41.6
Ns/Nr	57	17.1
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

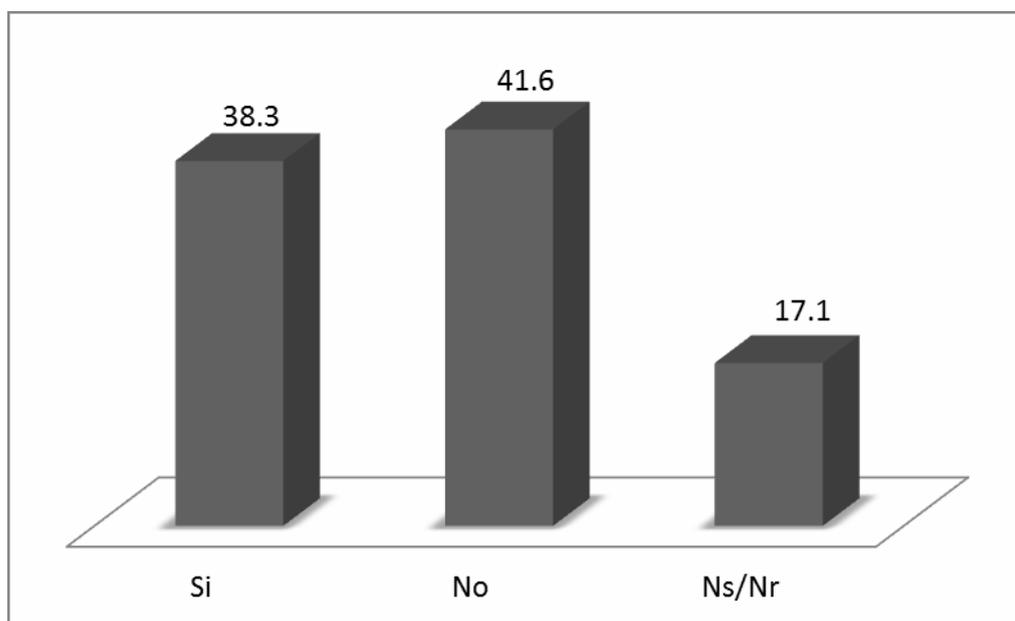


Figura 2: ¿Considera que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta el derecho a la no discriminación?

Fuente: Tabla 2. Elaboración propia

Interpretación:

Debe recordarse que la discriminación es opuesta a la igualdad. Es decir, cuando se discrimina se ignora el principio de igualdad. Esto se aplica a los seres humanos indistintamente de su condición racial, edad, género y orientación sexual. La discriminación es, según Shelton (2003): “Cualquier distinción negativa por la cual se priva a alguien de la igualdad de oportunidades o trato en su trabajo y su ocupación, que se base en cuestiones de raza, color, sexo, religión, opiniones políticas, origen nacional o social”

Los resultados de la presente investigación permiten observar que el 38.3% de la muestra considera que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta el derecho a la no discriminación que todos los ciudadanos peruanos gozamos en razón del artículo 2 de nuestra Carta Magna.⁴ Por otro lado, el 41.6% de la muestra opina lo contrario. Asimismo, llama la atención encontrar un alto porcentaje (17.1%) de indecisos o de aquellos profesionales del derecho que eligieron la opción Ns/Nr.

⁴ Art. 2. Derechos fundamentales de la persona: Toda persona tiene derecho: Inciso 2: 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.

Tabla 3:

¿Cree usted que para evitar abusos contra homosexuales o su desamparo legal hace falta aprobar el matrimonio homosexual?

Opciones	f	%
Si	62	18.6
No	209	62.6
Ns/Nr	63	18.8
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

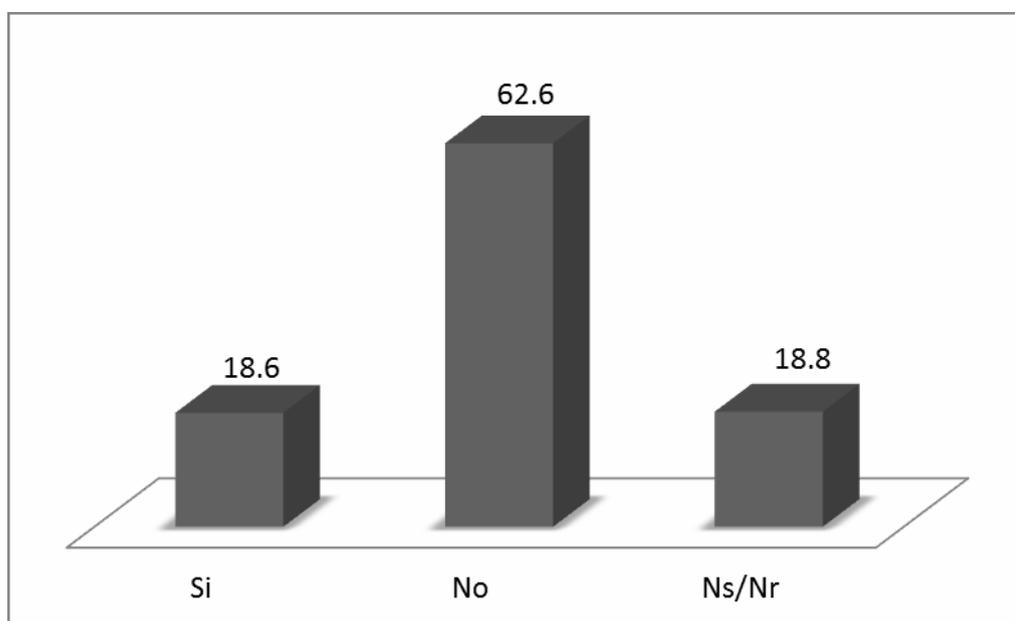


Figura 3: ¿Cree usted que para evitar abusos contra homosexuales o su desamparo legal hace falta aprobar el matrimonio homosexual?

Fuente: Tabla 3. Elaboración propia

Interpretación:

El 62.6% de la muestra considera que para evitar abusos contra homosexuales o su desamparo legal, no hace falta aprobar legalmente el matrimonio homosexual. Es decir, para esta mayoría de abogados de la encuesta, los abusos contra de esta comunidad no disminuirían con la aprobación de leyes respecto del matrimonio igualitario. Es decir, este alto porcentaje de abogados no encuentra relación alguna entre la disminución de los abusos en contra de los homosexuales y la aprobación del matrimonio igualitario. Sin embargo, el 18.6% opina que la aprobación del matrimonio igualitario u homosexual disminuiría los abusos en contra de esta comunidad.

Al respecto, se piensa que cuando existe una atmosfera de soledad y aislamiento legal y social, los homosexuales son más propensos a ser víctima de abusos. Su amparo legal mediante leyes que los protegen en contra de cualquier forma de discriminación e incluso el propio matrimonio igualitario pondría poner en relieve la importancia de esta comunidad a nivel social y mejorar su imagen social como un colectivo que está amparado en las leyes, como cualquier otro grupo comunitario que integra la diversidad de la población peruana. En suma, la aprobación del matrimonio igualitario podría disminuir los abusos en contra de esta comunidad. Así lo piensa el 18.6% de los abogados encuestados.

Tabla 4:

Está usted de acuerdo con la siguiente frase: “Cómo puede decirse que el principal fin del matrimonio es la procreación, si no todas las parejas casadas tienen hijos, no todos los hijos nacen dentro del matrimonio y, con las nuevas tecnologías y la ayuda de una tercera persona de sexo opuesto, las parejas del mismo sexo pueden tener hijos”

Opciones	f	%
Si	145	43.4
No	105	31.4
Ns/Nr	84	25.2
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

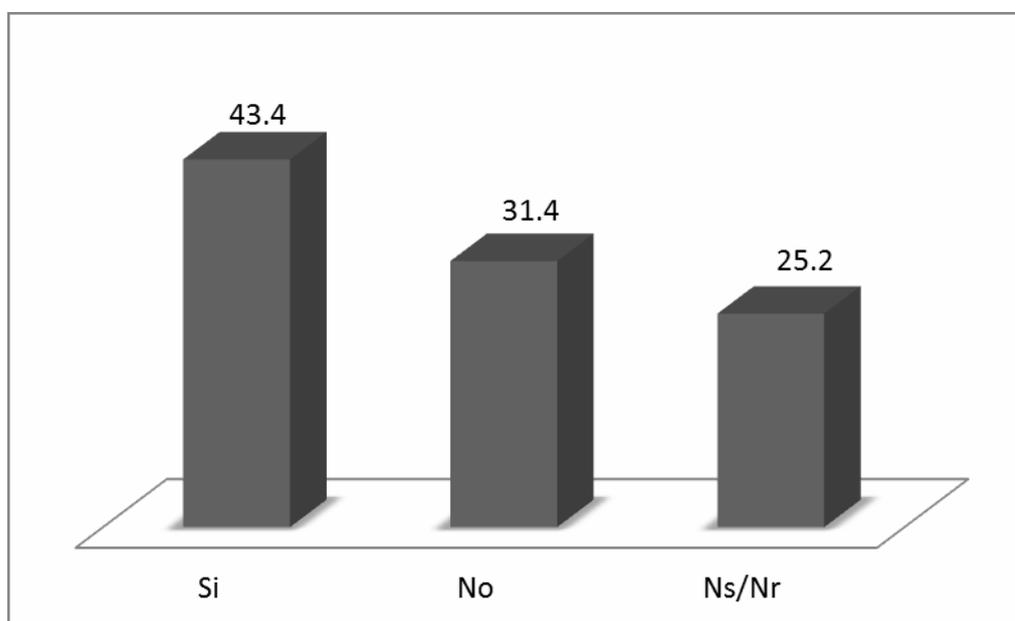


Figura 4: ¿Está usted de acuerdo con la siguiente frase: “Cómo puede decirse que el principal fin del matrimonio es la procreación, si no todas las parejas casadas tienen hijos, no todos los hijos nacen dentro del matrimonio y, con las nuevas tecnologías y la ayuda de una tercera persona de sexo opuesto, las parejas del mismo sexo pueden tener hijos”?

Fuente: Tabla 4. Elaboración propia

Interpretación:

Progresivamente han ido disminuyendo quienes afirman que el fin del matrimonio es la procreación, pues de este modo se debería impedir el matrimonio a personas estériles y a quienes por razones de edad ya no podrían procrear hijos. Sin embargo, no se excluye a estas personas en razón de edad o condición médica. Por esta razón, el 43.4% de la muestra coincide con la lógica que encierra esta afirmación. Es decir, aproximadamente la mitad de los encuestados están de acuerdo con la frase. Sin embargo, el 31.4% de la muestra no está de acuerdo con la lógica. Por otro lado, 1 de cada 4 abogados (25.2%) encuestados eligieron la opción de respuesta No sabe y/o no responde (Ns/Nr).

La lógica dentro de la afirmación anterior es irrefutable, puesto que aún existe un grupo importante de personas (ligadas a la religiosidad nacional, especialmente) quienes afirman que el matrimonio fue concebido para la procreación de seres humanos y no para otros fines. Sin embargo, a pesar que esta afirmación no resiste ninguna argumentación lógica hay quienes le niegan esa misma posibilidad de matrimonio civil los homosexuales, pero no a las personas estériles ni a las personas de edad senil.

Tabla 5:

¿Considera que los fines del matrimonio han evolucionado a través del tiempo?

Opciones	f	%
Si	144	43.1
No	161	48.2
Ns/Nr	29	8.7
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

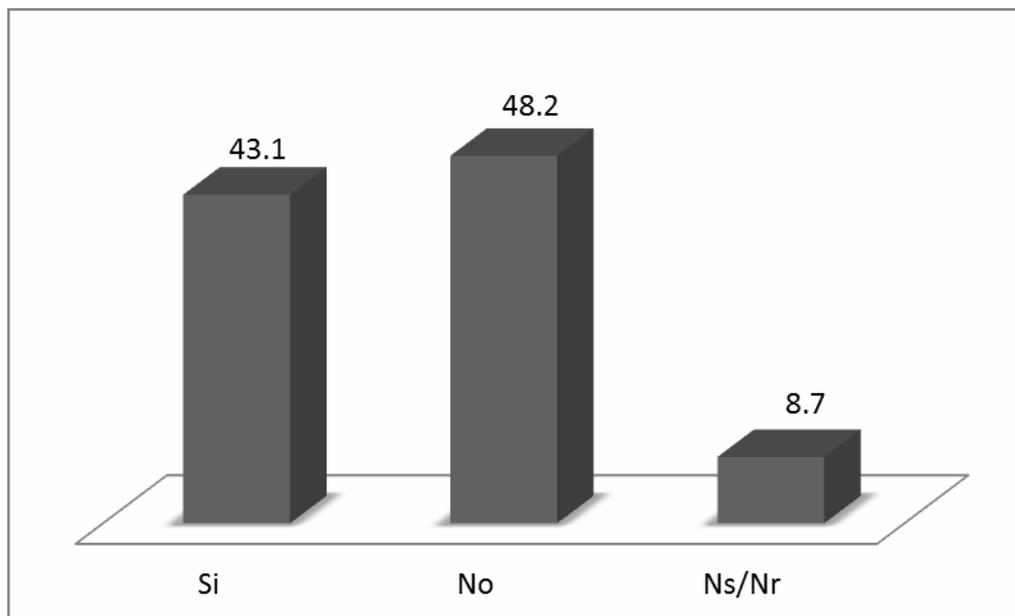


Figura 5: ¿Considera que los fines del matrimonio han evolucionado a través del tiempo?

Fuente: Tabla 5. Elaboración propia

Interpretación:

El 48.2% de los abogados encuestados eligió la alternativa NO a esta pregunta del cuestionario anónimo. Es decir, casi la mitad de la muestra cree que los fines del matrimonio no han evolucionado a través del tiempo y que estos siguen siendo los mismos que los de hace mucho tiempo atrás. Contrariamente, el 43.1% de la muestra piensa que los fines del matrimonio han variado a través del tiempo.

Los partidarios de la alternativa NO, coinciden en afirmar que el fin central del matrimonio, que ha servido a la sociedad desde tiempos inmemoriales, no ha cambiado. Estas personas que defienden la invariabilidad del matrimonio a través del tiempo afirman que los cambios en los últimos años al matrimonio civil no tienen que ver realmente con la naturaleza del matrimonio como institución social, sino con cambios dentro de la estructura actual del matrimonio. Simplemente han sido desarrollos para reforzar, no para redefinir la institución del matrimonio. Incluso, aunque el matrimonio haya estado evolucionando durante años, siempre ha sido en continuidad con su naturaleza.

Tabla 6:

¿Ha evolucionado hoy el fin del matrimonio desde la procreación hasta el reconocimiento de la expresión de un compromiso afectivo?

Opciones	f	%
Si	156	46.7
No	172	51.5
Ns/Nr	6	1.8
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

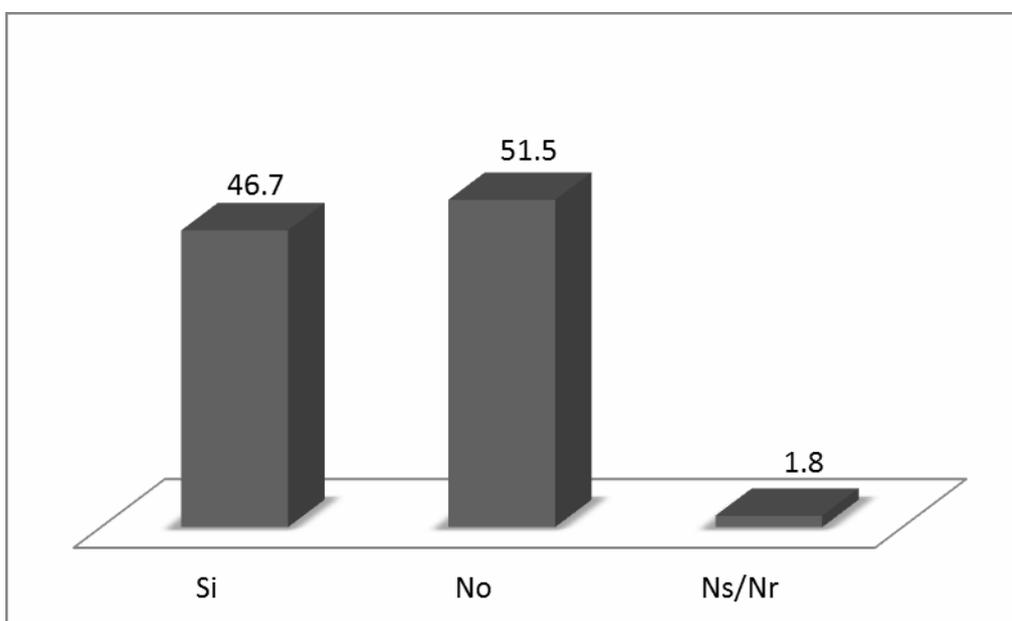


Figura 6: ¿Ha evolucionado hoy el fin del matrimonio desde la procreación hasta el reconocimiento de la expresión de un compromiso afectivo?

Fuente: Tabla 6. Elaboración propia

Interpretación:

El 51.5% de la muestra cree que no ha evolucionado hoy el fin del matrimonio desde la procreación hasta el reconocimiento de la expresión de un compromiso afectivo. Por el contrario, el 46.7% afirma que sí ha habido una evolución del matrimonio, desde la procreación (en sus inicios) hasta la expresión de un compromiso de amor y afecto.

Los partidarios del matrimonio homosexual o igualitario afirman que si ha habido cambios en los fines del matrimonio, al pasar de la procreación hasta el vínculo afectivo, entonces por qué se insiste en negar a este colectivo la posibilidad de casarse. Es por lo tanto una arbitrariedad, opinan, que se insista en negarles el derecho al matrimonio igualitario, solo porque no cumplen la meta o propósito de procrear hijos. Bien se sabe que existen muchas parejas casadas que no tienen hijos. Usando la lógica de quien niega a los homosexuales el derecho a casarse por no poder procrear, entonces, las parejas que no tienen hijos deberían ser disueltas.

Tabla 7:

A propósito del énfasis sobre la reproducción, ¿significa que los matrimonios de parejas infértiles son inválidos jurídicamente?

Opciones	f	%
Si	17	5.1
No	273	81.7
Ns/Nr	44	13.2
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

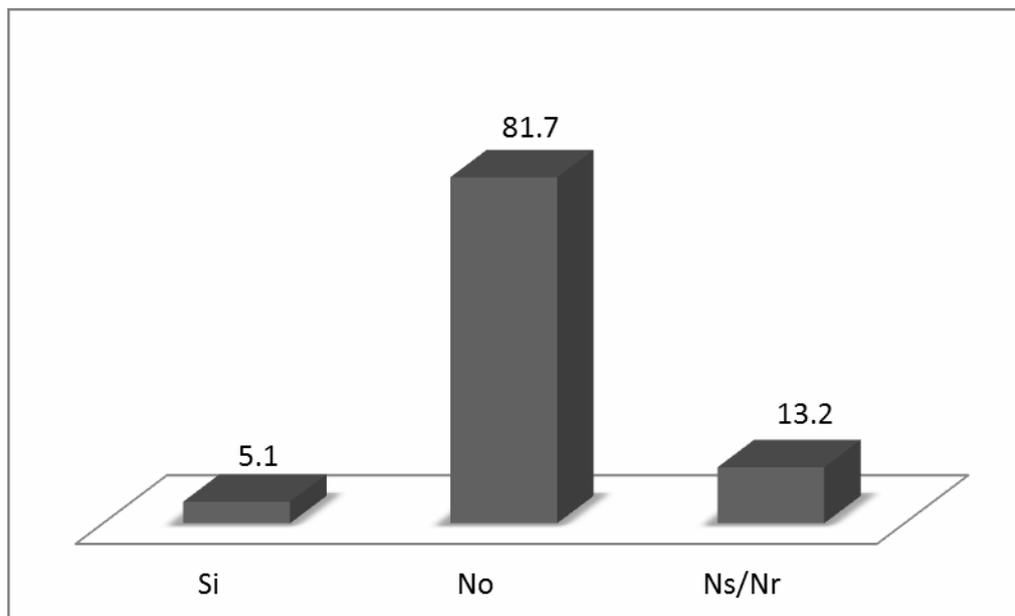


Figura 7: ¿A propósito del énfasis sobre la reproducción, ¿significa que los matrimonios de parejas infértiles son inválidos jurídicamente?

Fuente: Tabla 7. Elaboración propia

Interpretación:

El 81.7% de la muestra considera que no está de acuerdo con que los matrimonios de parejas infértiles sean declarados inválidos jurídicamente. Es obvio que este alto porcentaje de letrados de la ciudad de Tacna asuman que el matrimonio no solo tiene como objetivo la procreación sino otros propósitos. Al respecto, debe señalarse que hay parejas que no tienen hijos por elección personal o por infertilidad. Pero las excepciones no invalidan, sino que más bien prueban la regla, especialmente cuando tienen lugar en una institución que juega un papel tan vital como el matrimonio. Cómo se viva actualmente un matrimonio (sin hijos, por ejemplo) no determina los objetivos de una institución secular tan importante, que tienen objetivos críticos para el futuro de la sociedad.

En esta respuesta se puede observar una notable contradicción, puesto que la mayoría significativa de abogados no cree en la disolución del matrimonio cuando no se logra cumplir con el objetivo de la procreación. Es obvio que este alto porcentaje de encuestados piensan que el objetivo del matrimonio no solo es la procreación,

sino que tiene otros objetivos no menos válidos que éste. Entonces, negar a los homosexuales el derecho al matrimonio en razón de su incapacidad para la procreación encierra una notable contradicción y una arbitrariedad manifiesta.

Tabla 8:

Está de acuerdo con la siguiente frase: “Los matrimonios de parejas del mismo sexo afecta a la institución del matrimonio como tal”.

Opciones	f	%
No	101	30.2
Sí	179	53.6
Ns/Nr	54	16.2
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

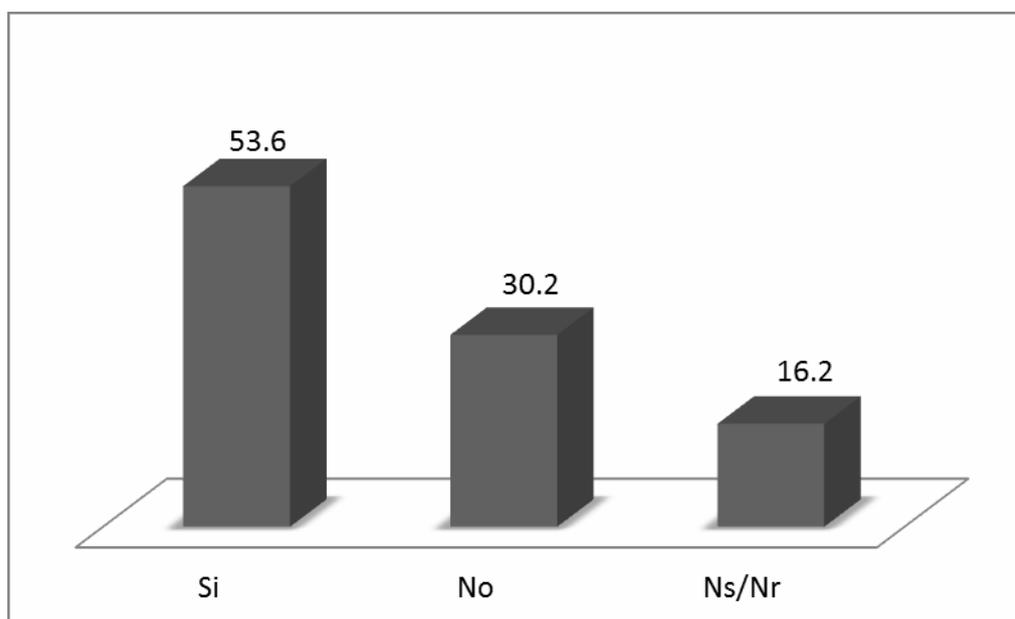


Figura 8: ¿Está de acuerdo con la siguiente frase: “Los matrimonios de parejas del mismo sexo afecta a la institución del matrimonio como tal”?

Fuente: Tabla 8. Elaboración propia

Interpretación:

Se halló que el 53.6% de la muestra SÍ está de acuerdo con la siguiente frase: “Los matrimonios de parejas del mismo sexo afecta a la institución del matrimonio como tal”. Los críticos del matrimonio igualitario creen que lo que se reconoce legal y socialmente no es sólo el consentimiento personal sino también un consentimiento social que contribuye al futuro de la sociedad al tener y criar hijos. Aunque no todas las parejas casadas tengan hijos, la relación entre un hombre y una mujer tiene el potencial inherente de crear hijos. Los críticos del matrimonio homosexual creen que permitir a las parejas del mismo sexo casarse cambiaría la definición de matrimonio hasta tal punto que dejaría de ser matrimonio.

Por el contrario, el 30.2% opina que sí estaría de acuerdo con esta frase que titula la tabla y figura N° 8. Es decir, casi un tercio de la muestra cree que el matrimonio igualitario NO afectaría de ninguna manera la institución del matrimonio pues no lo devaluaría en su esencia.

Tabla 9:

Está usted de acuerdo con la siguiente frase: “Si se les permitiera casarse a las parejas del mismo sexo, entonces sus uniones se consolidarían y sus hijos se verían mejor protegidos, puesto que el reconocimiento les quitaría el estigma social”.

Opciones	f	%
Si	98	29.3
No	205	61.4
Ns/Nr	31	9.3
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

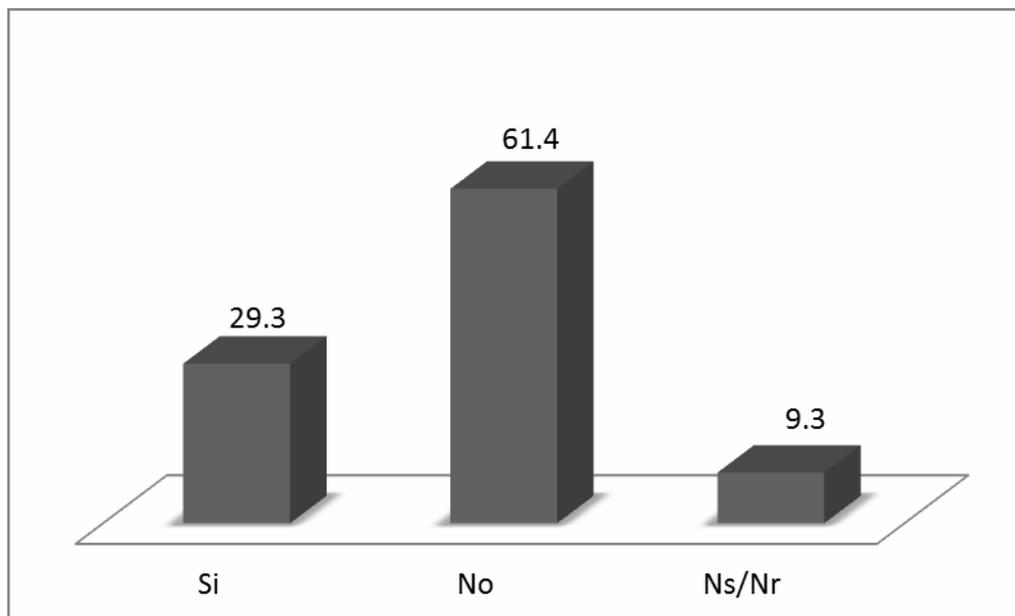


Figura 9: ¿Está usted de acuerdo con la siguiente frase: “Si se les permitiera casarse a las parejas del mismo sexo, entonces sus uniones se consolidarían y sus hijos se verían mejor protegidos, puesto que el reconocimiento les quitaría el estigma social”?

Fuente: Tabla 9. Elaboración propia

Interpretación:

Un 61.4% de la muestra NO está de acuerdo con la siguiente frase: “Si se les permitiera casarse a las parejas del mismo sexo, entonces sus uniones se consolidarían y sus hijos se verían mejor protegidos, puesto que el reconocimiento les quitaría el estigma social”. Este importante porcentaje de abogados encuestados creen que la aprobación del matrimonio igualitario no guarda relación con la disminución del estigma social asociado a la homosexualidad. Tampoco cree que las uniones entre personas del mismo sexo consolidarían su relación si se aprobara el matrimonio homosexual.

Contrariamente, el 29.3% de la muestra sí piensa que la aprobación del matrimonio igualitario ayudaría a disminuir el estigma social asociado a la homosexualidad. Este porcentaje cree que la precariedad de las uniones entre personas del mismo sexo podría resolverse con la legalización de sus uniones conyugales. Este porcentaje de abogados creen que las uniones entre personas (y no

solo del mismo sexo) pueden consolidarse si se promueve el matrimonio y se desalientan las uniones de hecho, ya sean en parejas heterosexuales u homosexuales.

Tabla 10:

Permitir a las parejas del mismo sexo casarse, ¿es jurídicamente inconstitucional?

Opciones	f	%
Si	165	49.4
No	147	44.1
Ns/Nr	22	6.5
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

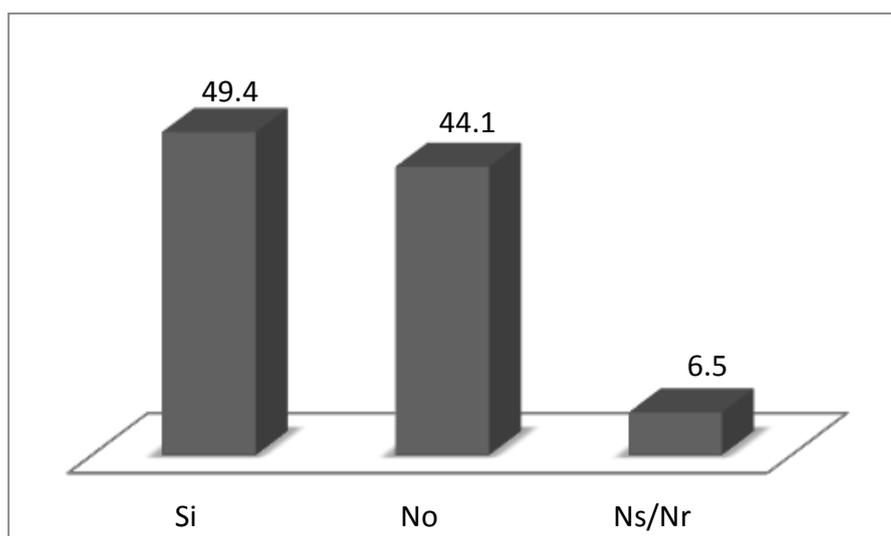


Figura 10: ¿Permitir a las parejas del mismo sexo casarse, es jurídicamente inconstitucional?

Fuente: Tabla 10. Elaboración propia

Interpretación:

El 49.4% de la muestra cree que sí es jurídicamente constitucional permitir a las parejas homosexuales contraer matrimonio. Por el contrario, el 44.1% opina lo contrario. Sólo 22 abogados encuestados (6.5%) no supo afirmar o negar estar de acuerdo con la afirmación que encabeza la tabla N° 10.

Aproximadamente la mitad de la muestra considera que impedir el matrimonio homosexual constriñe los derechos constitucionales a la igualdad, no discriminación, y al libre desarrollo y bienestar; consideraciones por las cuales, de conformidad con lo establecido con los arts. 1°, 2° y 200° inc. 2 de la Constitución Política del Perú. Este impedimento también vulnera el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Este impedimento también afecta los artículos 2° y 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; del artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En suma, no habrían razones de índole jurídica para este 44.1% de la muestra quienes creen que el impedimento del matrimonio igualitario no vulneran los derechos humanos y constitucionales de los homosexuales en el Perú.

Tabla 11:

Las parejas del mismo sexo tienen ahora casi todos los mismos beneficios sociales que las parejas casadas; ¿no se estará en realidad luchando sólo por la palabra “matrimonio”?

Opciones	f	%
Si	127	38.1
No	185	55.3
Ns/Nr	22	6.6
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

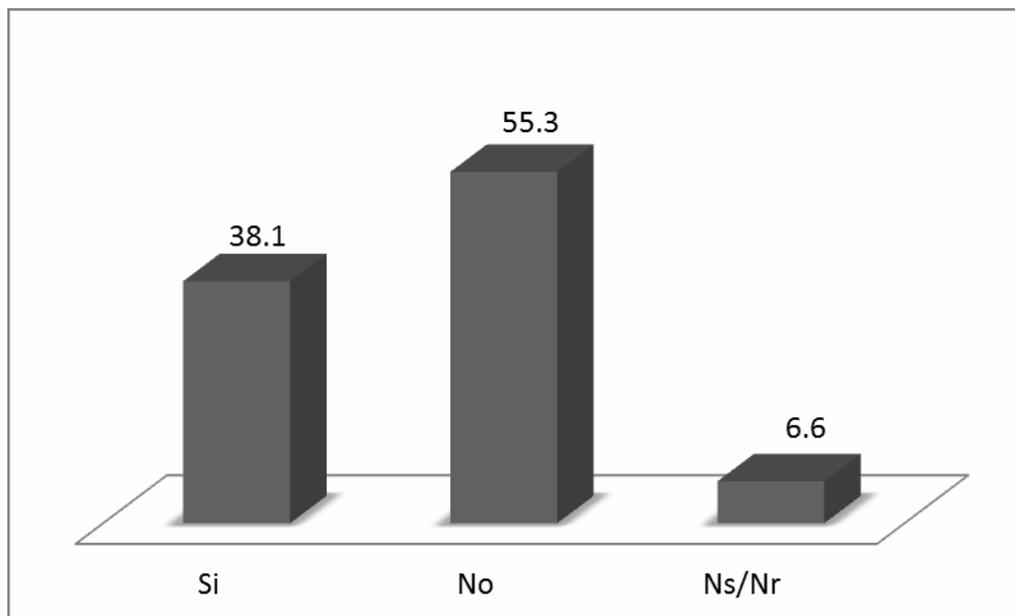


Figura 11: ¿Las parejas del mismo sexo tienen ahora casi todos los mismos beneficios sociales que las parejas casadas; ¿no se estará en realidad luchando sólo por la palabra “matrimonio”?

Fuente: Tabla 11. Elaboración propia

Interpretación:

El 55.3% no está de acuerdo con la afirmación de la pregunta 11. Por el contrario, el 38.1% piensa que se estaría poniendo demasiado énfasis en la palabra matrimonio y no en la unión en si mismo. En la vinculación afectiva entre dos personas, que se debería ser el centro de atención para todos y todas quienes reclaman la legalización con del matrimonio igualitario.

Estos resultados indican que existe una percepción en la ciudadanía en general, y en los abogado en particular, que la lucha de los homosexuales por la legalización de los matrimonios estaría escondiendo otra agenda, pues si dos personas que comparten juntas y se vinculan por afinidad o afecto, pueden gozar de las prerrogativas a través de las uniones de hecho, por ejemplo, tal como lo estipulaba el congresista Carlos Bruce en su anterior proyecto de ley, que no se materializó en ley. Por lo tanto, se observa casi un desmedido interés en la palabra “matrimonio” igualitario, cuando lo esencial no parece ser ello. En este sentido, habría que ver lo que sucede con el matrimonio heterosexual, que en los últimos años va

disminuyendo su prevalencia entre los peruanos de indistinta condición. Pues lo que está prevaleciendo son las uniones de hecho o relaciones de convivencia más que los matrimonios civiles o religiosos.

Tabla 12:

¿Cree usted que la aprobación legal del matrimonio homosexual produciría un grave deterioro en la estructura moral del país?

Opciones	f	%
Si	189	56.6
No	129	38.6
Ns/Nr	16	4.8
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

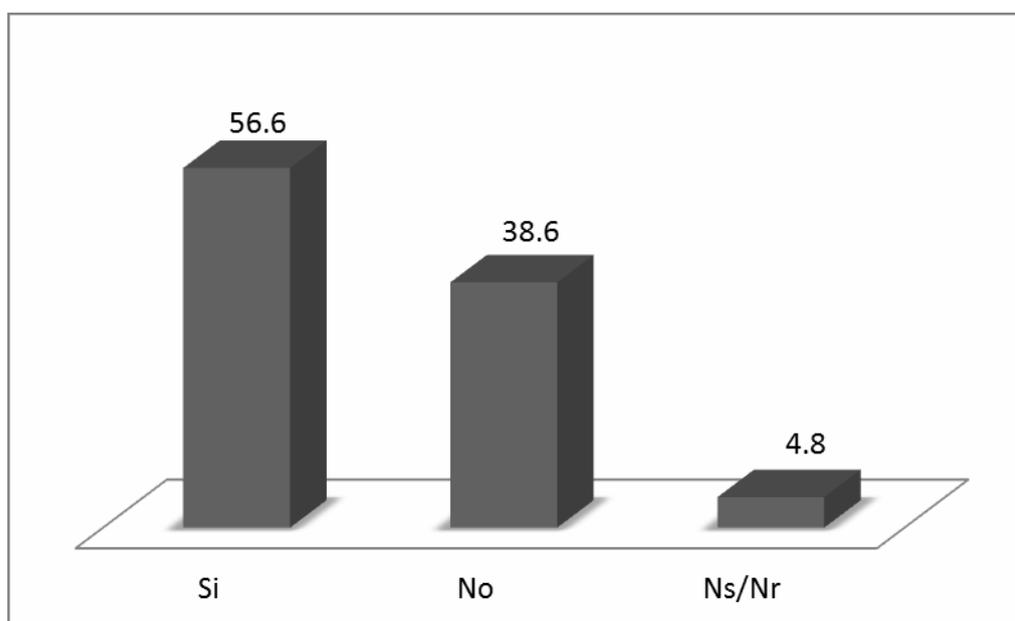


Figura 12: ¿Cree usted que la aprobación legal del matrimonio homosexual produciría un grave deterioro en la estructura moral del país?

Fuente: Tabla 12. Elaboración propia

Interpretación:

Se observa en la tabla y figura 12, que el 56.6% de la muestra cree que la aprobación legal del matrimonio homosexual produciría un grave deterioro en la estructura moral del país. Por el contrario, el 38.6% opina que esto no se produciría.

La opinión mayoritaria de abogados de la ciudad de Tacna sorprende por la visión “catastrófica” que tienen acerca de la posible aprobación del matrimonio igualitario en el Perú. La realidad es que esta visión de cataclismo que tienen más de la mitad de los letrados de Tacna al respecto, ya fue demostrada como fantasiosa o superficial por cuanto en muchos países donde se legalizó el matrimonio homosexual, como en México, Argentina, Uruguay, Brasil y la mayoría de países europeos, la realidad de dichas naciones dista de estar lejos del grave deterioro en la estructura moral de su sociedad, tal como creen la mitad de los juristas de Tacna.

Tabla 13:

¿Rehusar a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse sería hacer lo mismo que las leyes de algunos países que se usan para prevenir el matrimonio entre razas diferentes?

Opciones	f	%
Si	85	25.4
No	216	64.7
Ns/Nr	33	9.9
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

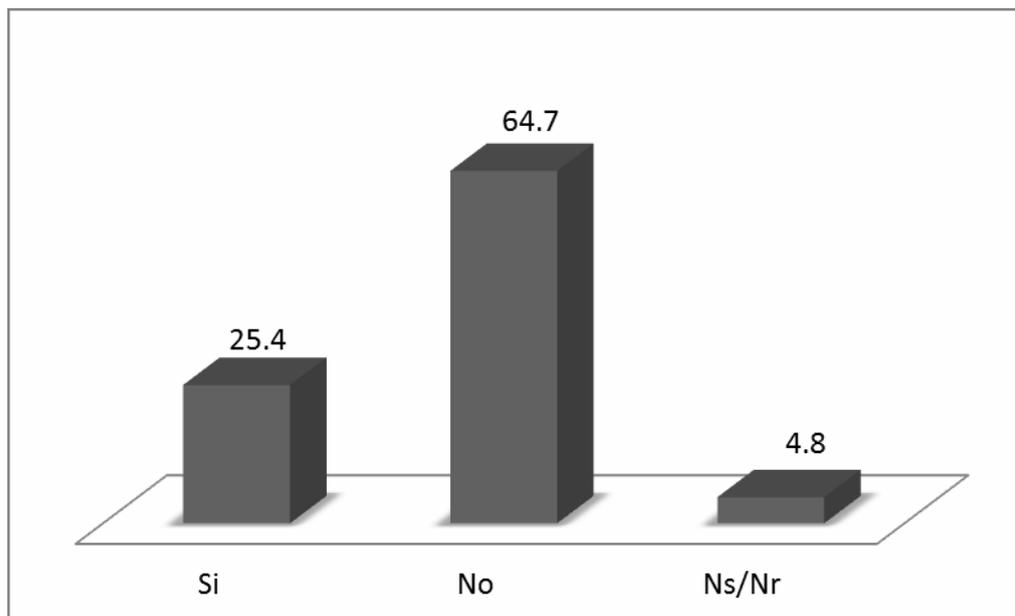


Figura 13: ¿Rehusar a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse sería hacer lo mismo que las leyes de algunos países que se usan para prevenir el matrimonio entre razas diferentes?

Fuente: Tabla 13. Elaboración propia

Interpretación:

Aproximadamente 1 de cada 4 letrados (25.4%) consideran que rehusar a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse, sería hacer lo mismo que las leyes de algunos países que usaban para prevenir el matrimonio entre razas diferentes. Por el contrario a este porcentaje, el 64.7% no está de acuerdo con esta afirmación. Se observa que existe una ausencia de argumentos jurídicos que impidan el matrimonio homosexual, pues el Perú es una nación que garantiza el uso de los derechos humanos a todos sus ciudadanos sin distinción. Pues no se puede explicar cómo un 64.7% de letrados no están de acuerdo con esta afirmación, a pesar de carecer de argumentos o razones jurídicas la negativa a aprobar el matrimonio igualitario en el Perú. Razones de índole jurídica para tal impedimento existen, pero son de menor jerarquía que las normas estipuladas en la Constitución Política del Perú y en los Tratados internacionales en los que el Perú es firmante.⁵

⁵ El Código Civil establece en su artículo 234 lo siguiente: "... El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.(...)"

Tabla 14:

¿Considera que la prohibición del matrimonio homosexual en el Perú vulnera el derecho a la equidad, reconocido constitucionalmente?

Opciones	f	%
Si	166	49.7
No	126	37.7
Ns/Nr	42	12.6
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

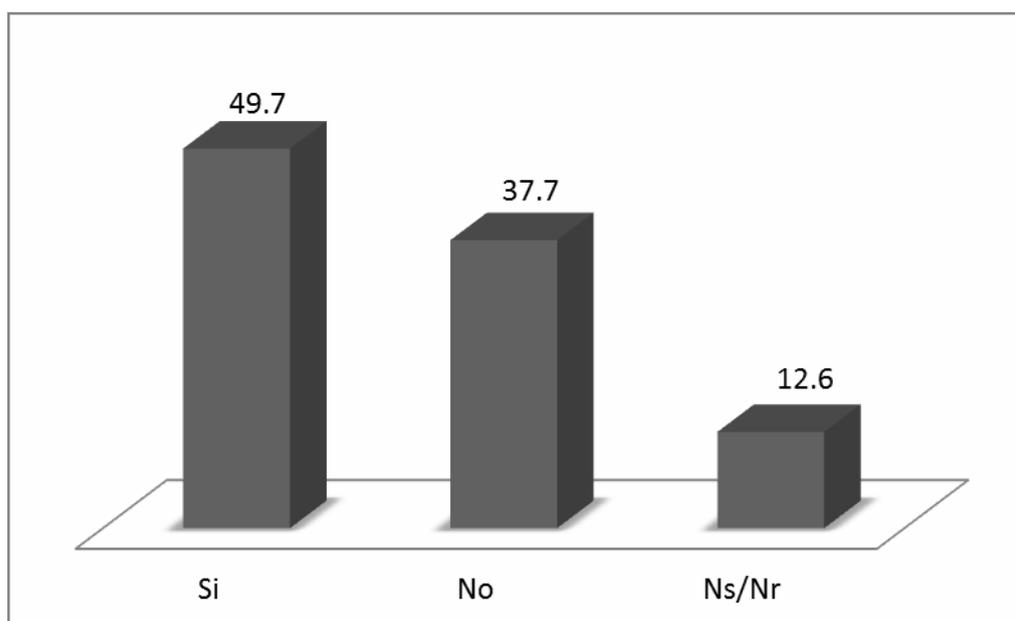


Figura 14: ¿Considera que la prohibición del matrimonio homosexual en el Perú vulnera el derecho a la igualdad, reconocido constitucionalmente?

Fuente: Tabla 14. Elaboración propia

Interpretación:

La Real Academia Española de la lengua define el concepto de igualdad como: “Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad.”. Respecto a la igualdad ante la ley, la Real Academia señala que corresponde al “Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”.⁶ Por su parte, el Tribunal Constitucional chileno, afirma que “La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. (...) Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”.⁷ En ese sentido, el 49.7% de los letrados de la ciudad de Tacna opinan que la prohibición del matrimonio homosexual en el Perú vulnera el derecho a la igualdad, reconocido constitucionalmente; mientras que el 37.7% opinan que la prohibición del matrimonio igualitario no vulneran derechos constitucionales.

Tabla 15:

¿Considera que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta el derecho a la identidad del individuo?

Opciones	f	%
Si	194	58.1
No	75	22.5
Ns/Nr	65	19.4
Total	334	100%

Fuente: Encuesta sobre matrimonio homosexual en el Perú aplicado a juristas de la ciudad de Tacna/2016

⁶ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. RAE

⁷ Tribunal Constitucional (Chile). Sentencia Rol 1307, Considerandos N° 12 a 14

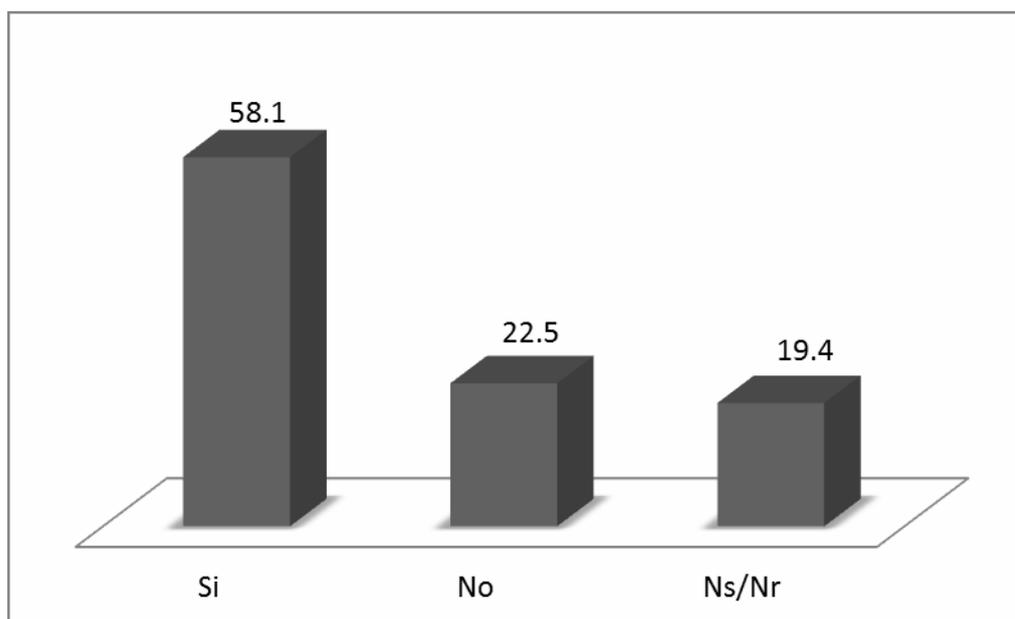


Figura 15: ¿Considera que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta el derecho a la identidad del individuo?

Fuente: Tabla 15. Elaboración propia

Interpretación:

Antes de describir las respuestas a esta pregunta de la encuesta conviene precisar que el artículo primero de la Constitución Política del Perú, dice: Artículo 2°.- “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. Este artículo es explícito al reconocer el derecho a la identidad de los ciudadanos peruanos, cualquiera sea su condición.

Por otro lado, el concepto de identidad implica el propio reconocimiento como persona humana, única e irrepetible. La identidad significa el reconocimiento, como ser único y diferente a los demás. La identidad supone la existencia de un autoconcepto, de una autoestima y de una autovaloración personal con respecto d los demás ciudadanos. La identidad implica un conjunto de características psicológicas éticas, sociales, culturales, psicológicas, etc., que hace de una persona un ser único y distinto de los demás.

El 58.1% de la muestra está de acuerdo que la prohibición del matrimonio igualitario u homosexual implica una afectación al derecho a la identidad de la persona que se reconoce como de orientación homosexual.

Objetivo 2:

Analizar la doctrina internacional sobre el derecho al matrimonio civil de los/as homosexuales

Este acápite desarrolla las doctrinas y fundamentos jurídicos de pronunciamientos de las máximas instancias judiciales de países donde se desarrollaron controversias jurídicas en torno al matrimonio homosexual igualitario.

2.1. País: España

Instancia: Tribunal Constitucional Español

Año: 2012

Fundamentos jurídicos para declarar constitucional el matrimonio igualitario u homosexual

- a. El matrimonio en la constitución española es una garantía institucional y, simultáneamente un derecho constitucional. Por tanto, el matrimonio se configura como una institución garantizada por la Constitución y a la vez contraer matrimonio es un derecho constitucional tal y como se desprende de su ubicación en la norma fundamental.
- b. El máximo tribunal señala que la constitución es un árbol vivo, que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad.
- c. El tribunal español considera que hay que examinar si la regulación impugnada impide el ejercicio del derecho por parte de las personas heterosexuales, en las mismas condiciones en que anteriormente lo ejercían, afectando por tanto el contenido esencial de ese derecho. El tribunal resolvió que no afecta el contenido esencial del derecho, porque el que puedan

contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo no lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente o no casarse.

2.2. País: Argentina

Instancia: Poder Judicial de la ciudad Autónoma de Buenos Aires

Año: 2009

Fundamentos jurídicos para declarar constitucional el matrimonio igualitario u homosexual

- a. El tribunal señala que la medida estatal impugnada impide a los actores disfrutar de los derechos de que son titulares las parejas que acceden al matrimonio (tributarias, hereditarias, pensiones, etc.) Por lo tanto corresponde determinar si esta diferenciación que impide contraer matrimonio a una pareja homosexual resulta discriminatoria.
- b. Señala el tribunal que la igualdad que garantiza el artículo N° 16 de la Constitución Nacional no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que concede a otro en iguales circunstancias.
- c. El tribunal señala que puede afirmarse que el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien es, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. El sentido de la igualdad democrática y liberal es “el derecho a ser diferente”, que no puede confundirse con la “igualación.
- d. Menciona el tribunal que el pueblo de la Ciudad de Buenos Aires se dio una Constitución en cuyo artículo N° 11 se establece que “todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce el derecho a ser diferente.
- e. El tribunal analiza si la prohibición de contraer matrimonio para la pareja recurrente constituye una discriminación del Estado basada en la orientación sexual. En un primer examen literal, los artículos cuestionados se contraponen directamente con las reglas constitucionales que prohíben un

trato discriminatorio en razón de la orientación sexual. Los actores se hallan impedidos de acceder a la categoría socialmente aprobada de “casados”.

- f. En virtud de lo anterior el tribunal concluye señalando que no puede pasarse por alto que en términos simbólicos, resulta insuficiente la regulación de relaciones de hecho, pues el mero mantenimiento de un régimen exclusivo para parejas heterosexuales refuerza el estereotipo, la estigmatización y la falta de aprobación y reconocimiento frente a diferentes sexualidades. Por tanto el tribunal resuelve declarar la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil en cuanto impiden contraer matrimonio a la pareja litigante.

2.3. País: Uruguay

Instancia: Juzgado Letrado de Familia

Año: 2012

Fundamentos jurídicos para declarar constitucional el matrimonio igualitario u homosexual

- a. El Tribunal hace referencia al Derecho Internacional uruguayo y los matrimonios celebrados en el extranjero señalando que cuando en Uruguay se analiza, en sede judicial, la posibilidad de reconocerle o no eficacia a una de estas nuevas formas de pareja o familia jurídicamente reconocidas reguladas en algunos derechos extranjeros a la luz de los principios fundamentales del orden público internacional uruguayo, debería tenerse en cuenta que Uruguay es parte de los Tratados de Derechos Humanos y que por tanto los principios de libertad, igualdad y no discriminación con relación al régimen de la familia están incorporados positivamente al orden jurídico uruguayo.
- b. El tribunal considera que el ordenamiento jurídico uruguayo evolucionó desde la entrada en vigor de la ley de identidad de género, la cual habilita el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque no lo diga expresamente. Por lo que el tribunal considera que desde ese momento no es aplicable la excepción de orden público internacional, en base a que dicho principio se encuentra fuertemente debilitado.

- c. Para que las autoridades uruguayas actuantes puedan desconocer eficacia a un matrimonio homosexual válidamente celebrado conforme a la ley del lugar de celebración, ésta deberá ofender en forma concreta, grave y manifiesta normas y principios esenciales de orden público internacional o en los que el Estado uruguayo asienta su individualidad jurídica.

2.4. País: Colombia

Instancia: Corte Constitucional

Año: 2011

Fundamentos jurídicos para declarar constitucional el matrimonio igualitario u homosexual.

- a. Los demandantes impugnan el artículo 113 del Código Civil Colombiano, el cual establece: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente”. Los demandantes impugnan las frases “un hombre y una mujer” y “de procrear” de dicho artículo, esgrimiendo que son contrarias a la Constitución dado que impiden contraer matrimonio a parejas formadas por personas del mismo sexo.
- b. En cuanto a lo que resuelve el Tribunal en este caso, lo relevante no es el análisis de la sentencia en sí, ya que el Tribunal se inhibió de realizar un pronunciamiento sobre el fondo de la inconstitucionalidad del artículo impugnado, sin embargo resuelve exhortar al Congreso Nacional de la República señalando:

Cuarto.- Exhorto:

“Para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.

Quinto.- Exhorto:

Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir

ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

2.5. País: Estados Unidos

Instancia: Corte Suprema de Justicia

Año: 2015

Fundamentos jurídicos para declarar constitucional el matrimonio igualitario u homosexual.

- a. A las parejas del mismo sexo se les niegan todos los beneficios que los Estados Unidos vinculan al matrimonio y provocan una inestabilidad que muchas parejas heterosexuales creerían intolerable. Es humillante apartar a las parejas del mismo sexo fuera de una institución tan central de la sociedad de la nación, ellos también pueden aspirar a los fines trascendentales del matrimonio. La limitación del matrimonio a las parejas de distinto sexo puede haber parecido natural y justa durante algún tiempo, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio es ahora manifiesta.
- b. Las leyes estatales que prohíben el matrimonio homosexual vulneran la libertad de las parejas del mismo sexo y abrevian preceptos centrales de la igualdad. Las leyes sobre el matrimonio en cuestión son, en esencia, desiguales: a las parejas del mismo sexo se les niegan los beneficios que sí se les proporcionan a las parejas de distinto sexo y tienen prohibido el ejercicio de un derecho fundamental. Esta negación crea un grave daño, que se usa para faltar el respeto a los gays y las lesbianas.
- c. La Corte señala que: Sería no entender a estos hombres y mujeres decir que faltan el respeto a la idea del matrimonio. Su justificación es que ellos lo respetan, lo respetan tan profundamente que tratan de cumplirlo por sí mismo. No deben estar condenados a vivir en soledad, excluidos de una de las instituciones más antiguas de la civilización. Piden la misma dignidad ante los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho

2.6. País: México

Instancia: Suprema Corte de Justicia de la Nación

Año: 2010

Fundamentos jurídicos para declarar constitucional el matrimonio igualitario u homosexual.

- a. En relación a la protección establecida en el Artículo N° 4 de la Constitución para la familia, supuestamente matrimonial y heterosexual, el Corte ha señalado que lo que efectivamente se consagra es la protección de la familia y ésta en ningún lugar se ve limitada a la compuesta por padre, madre e hijos, por lo cual, las modificaciones realizadas no son contrarias en ningún caso a la Constitución Mexicana.
- b. En relación al supuesto de que el interés superior del niño se viera afectado por cuanto se acepte la adopción por parte de parejas homosexuales la Corte ha señalado que la heterosexualidad no garantiza que un menor viva en mejores condiciones para desarrollarse, ya que esto responde a otros factores que no tienen relación con la homosexualidad o heterosexualidad de los padres. Además concluye que no hay prueba alguna de que estas modificaciones afecten o pongan en riesgo el interés superior del menor.
- c. La Corte rechaza el recurso de inconstitucionalidad señalando que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente, un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que, en un momento histórico dado, existía.
- d. La reforma de modificación del Código Civil donde se permite el matrimonio homosexual, ha redefinido - según el máximo Tribunal - el concepto de matrimonio, como la unión entre dos personas, extendiendo, de esta manera, esa institución civil a las personas homosexuales. Dice el Tribunal que la modificatoria no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, como aduce el accionante, ni tampoco podría sostenerse que la Constitución se opone a esa opción elegida por el legislador ordinario, como tampoco que sea sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer, el medio para constituir una familia ideal.

2.7. País: Italia

Instancia: Corte Constitucional

Año: 2010

Fundamentos jurídicos para declarar constitucional el matrimonio igualitario u homosexual.

- a. La Corte señaló al respecto que efectivamente el matrimonio contemplado en la legislación al momento de entrar ésta en vigencia era aquel formado por un hombre y una mujer, sin embargo, las normas no pueden quedar petrificadas a perpetuidad y deben ser modificadas a lo largo que los tiempos cambian.
- b. Pero esta labor le corresponde al legislador, ya que debe haber cambios sistemáticos en el ordenamiento jurídico si se pretende otorgar derechos matrimoniales a las parejas homosexuales, por lo tanto la corte finaliza señalando que no le corresponde a ese organismo, sino que el parlamento, referirse y legislar acerca del matrimonio homosexual.

2.8. País: Alemania

Instancia: Tribunal Constitucional Alemán

Año: 2002

Fundamentos jurídicos para declarar constitucional el matrimonio igualitario u homosexual.

- a. El Tribunal Constitucional alemán, luego de la dictación de la ley que permitió las uniones civiles homosexuales debió referirse acerca de su constitucionalidad, ya que se cuestionaba que se viera afectada la garantía establecida en el artículo 6 de la Constitución alemana que establece que la familia y el matrimonio están bajo una protección especial.
- b. Señala el Tribunal que dicha normativa no vulnera la Constitución, ya que no se establecen las uniones civiles en desmedro del matrimonio y no se ve afectada la institución matrimonial en ningún aspecto. Agrega que la protección al matrimonio no implica que no pueda existir otros tipos de regulaciones de pareja

2.9. Organización de Estados Americanos –OEA

Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH

Año: 2012

Caso: Karen Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile

Descripción del caso:

El caso consistió en el proceso de tuición interpuesto por el padre de tres menores contra la madre de éstas, por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres menores. Tras un largo proceso la Corte Suprema resuelve en favor del padre, entregándole el cuidado de las niñas. Atala en tanto, recurre a la Corte Interamericana de Derechos Humanos alegando un trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar por parte del Estado chileno.

Fundamentos jurídicos para declarar constitucional el matrimonio igualitario u homosexual.

- a. En la Sentencia la CIDH declaró a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado: i) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo; ii) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1. (Obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R.; iii) el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 (protección a la honra y a la dignidad), en relación con el artículo 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; iv) los artículos 11.2 (protección a la honra y a la dignidad) y 17.1 (protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.; v) el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R., y vi) la garantía

de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

- b. Respecto al derecho a la igualdad y no discriminación y la orientación sexual como categoría protegida, la Corte reiteró que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Además, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la Convención.

Objetivo 3:

Determinar los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la constitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú.

Fundamentos Jurídicos a favor del matrimonio civil homosexual en el Perú**1º Fundamento:**

Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. (Constitución Política del Perú).

2º Fundamento:

Art. 2: Toda persona tiene derecho:

Inciso 1: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (Constitución Política del Perú).

Inciso 2: 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. (Constitución Política del Perú).

3° Fundamento:

El artículo 4° de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: “Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio. (...) También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

4° Fundamento:

Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

5° Fundamento:

El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece: “El contenido y los 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”.

6° Fundamento:

Que, el primer párrafo del artículo 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece lo siguiente: “Artículo 2°.- Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

7° Fundamento:

El Estado Peruano ha suscrito el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que las leyes contra la homosexualidad son una violación de los derechos humanos.

8° Fundamento:

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 24° establece lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a la igual protección de la ley”

Objetivo 4:

Conocer los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la inconstitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú.

1° Fundamento:

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

2° Fundamento:

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

4.4. Comprobación de hipótesis

Hipótesis general

H₁:

La prohibición del matrimonio homosexual vulnera el respeto pleno a los derechos humanos fundamentales de las personas con orientación homosexual, en el año 2016.

H₀:

La prohibición del matrimonio homosexual vulnera el respeto pleno a los derechos humanos fundamentales de las personas con orientación homosexual, en el año 2016.

Comprobación de la hipótesis general:

La prohibición del matrimonio homosexual sí vulnera el respeto pleno a los derechos humanos fundamentales de las personas con orientación homosexual por los fundamentos constitucionales y jurídicos siguientes:

A. Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (Constitución Política del Perú).

B. Artículo 2: Toda persona tiene derecho:

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

Inciso 2: A la igualdad ante la ley.

C. Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

D. Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece: “El contenido y los 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”.

E. El primer párrafo del artículo 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece lo siguiente: “Artículo 2°.- Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color sexo, idioma, religión, opinión, política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

F. El Estado Peruano ha suscrito el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que las leyes contra la homosexualidad son una violación de los derechos humanos.

G. La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 24° establece lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a la igual protección de la ley”

En conclusión, la Hipótesis Nula (H_0) no se rechaza pues: ”La prohibición del matrimonio homosexual vulnera el respeto pleno a los derechos humanos fundamentales de las personas con orientación homosexual”, teniendo en cuenta los fundamentos constitucionales y jurídicos arriba señalados.

Comprobación de las hipótesis específicas:

Hipótesis específica 1:

H_1 : Los operadores de justicia en la provincia de Tacna opinan mayoritariamente que se violan los derechos humanos de las personas homosexuales al prohibirles contraer matrimonio civil en el Perú.

H_0 : Los operadores de justicia en la provincia de Tacna No opinan mayoritariamente que se violan los derechos humanos de las personas homosexuales al prohibirles contraer matrimonio civil en el Perú.

Conclusión:

La opinión de que se violan los derechos humanos de las personas homosexuales al prohibirles contraer matrimonio civil en el Perú, NO es mayoritaria. Tal como se comprueba en las tablas y figuras estadísticas: 1, 2, 10, 14 y 15.

Hipótesis específica 2:

H₁: Existe doctrina jurídica internacional que fundamenta el derecho al matrimonio civil de los/as homosexuales.

H₀: No existe doctrina jurídica internacional que fundamenta el derecho al matrimonio civil de los/as homosexuales.

Conclusión:

Existe abundante doctrina jurídica internacional que fundamenta el derecho al matrimonio civil de los/as homosexuales. Dichas doctrinas y argumentaciones jurídicas y filosóficas están contenidas en sentencias y resoluciones emitidas por instancias judiciales, cortes constitucionales y organismos multilaterales.

Hipótesis específica 3:

H₁: Los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la constitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú están basado en el respeto al principio de igualdad y a la no discriminación amparados en la Carta Magna y a los tratados internacionales suscritos por el Estado Peruano.

H₀: Los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la constitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú NO están basado en el respeto al principio de igualdad y a la no discriminación amparados en la Carta Magna y a los tratados internacionales suscritos por el Estado Peruano..

Conclusión:

Se rechaza la Hipótesis Nula (H₀), por cuanto los fundamentos jurídicos que apoyan la constitucionalidad del matrimonio homosexual o igualitario en el Perú, están amparados en la Carta Magna y en los diversos tratados internacionales suscritos por el Estado Peruano.

Hipótesis específica 4:

H₁: Los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la inconstitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú están basado en los fines naturales del matrimonio, cual es la procreación.

H₀: Los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la inconstitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú No están basados en los fines naturales del matrimonio, cual es la procreación.

Conclusión:

El análisis de los textos, resoluciones, sentencias denegatorias al matrimonio homosexual, opiniones de juristas, organismos no gubernamentales, personalidades del ámbito político nacionales y extranjeros, juristas de la ciudad de Tacna, entre otros, permite concluir que los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la inconstitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú están basado casi exclusivamente en la concepción de la familia en su rol fundamental de procreación de hijos. No se rechaza la Hipótesis Nula (H₀).

CAPÍTULO V

5.1. CONCLUSIONES

PRIMERA:

La vulneración de los derechos fundamentales de las personas de orientación homosexual se constata con dos argumentos principales: a) En la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna que establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, y b) el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece: “El contenido y los 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”.

Por lo tanto, el Estado Peruano no cumple con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que las leyes contra los derechos fundamentales de las personas homosexuales son una violación de los derechos humanos.

Tampoco el Estado Peruano cumple con la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo N° 24° establece lo siguiente: “Todas las personas

son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a la igual protección de la ley.”

El análisis de la Constitución Política del Perú y de los tratados internacionales suscritos por el Estado Peruano, permite determinar que si existe vulneración del respeto pleno de los derechos humanos fundamentales de las personas con orientación homosexual al no permitírsele contraer matrimonio civil en el Perú.

SEGUNDA:

En las tablas y figuras estadísticas: 1, 2, 10, 14 y 15 se logró comprobar que NO es mayoritaria la percepción de los operadores de justicia de la provincia de Tacna, en el año 2016, respecto de si la prohibición del matrimonio homosexual vulnera los derechos humanos fundamentales de las personas con orientación homosexual. Por lo tanto, una mayoría de juristas de la ciudad de Tacna, obviando normas constitucionales y fundamentos jurídicos nacionales e internacionales, asumen posiciones en contra del matrimonio homosexual en el Perú.

TERCERA:

Se encontró, gracias a la aplicación de las encuestas, que aproximadamente la mitad de los juristas encuestados asumen posturas jurídicas a favor del matrimonio igualitario u homosexual en el Perú. Sin embargo, es mayoritario el sector de juristas encuestados que no aprueban la legalización del matrimonio homosexual en el Perú.

CUARTA:

Los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la constitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú son los siguientes:

- A. Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (Constitución Política del Perú).

- B. Artículo 2: Toda persona tiene derecho:
Inciso 2: A la igualdad ante la ley (Constitución Política del Perú).
- C. Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.
- D. Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece: “El contenido y los 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”.
- E. El primer párrafo del artículo 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece lo siguiente: “Artículo 2°.- Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color sexo, idioma, religión, opinión, política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
- F. La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 24° establece lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a la igual protección de la ley”

QUINTA:

Los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la inconstitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú son los siguientes:

- A. Código Civil. Artículo 234.- Noción del matrimonio: *El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este*

Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

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

Frente a estos argumentos jurídicos que no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo y que contradicen aquellos que sirven de fundamento constitucional y jurídico para legalizar el matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú, se concluye que estamos frente a una aparente contradicción entre normas constitucionales y jurídicas, y por ello se debe presentar una propuesta de ley que modifique el artículo 5° de la Constitución Política del Perú y el artículo N° 234 del Código Civil respecto al matrimonio civil en el Perú.

5.2. RECOMENDACIONES

PRIMERA:

Hace falta desarrollar una nueva percepción de la Carta Fundamental de la República Peruana para que, en primer lugar, los operadores del derecho desarrollen una percepción evolutiva de los principios y normas contenidas en la Constitución Política del Perú. Es decir, frente a la visión “estática” o “inamovible” de la Carta Magna, se opone una visión “evolutiva”, “cambiante”. Tal como lo plantea la doctrina canadiense que entiende que el “Corpus Jurídico” de un país debe ser considerado como un “árbol vivo”. Es decir, los letrados de la ciudad de Tacna deben interpretar evolutivamente las leyes de la república, “acomodando” o adaptando las leyes a las realidades actuales.

SEGUNDA:

Los letrados de la ciudad de Tacna deberían recordar que si bien es cierto que el Código Civil de la República establece en su artículo 234 que “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”. Sin embargo, también es cierto que dicha disposición legal no pueden ser contrarias a la propia Constitución, que en su artículo 2, Inciso 2, dice: Toda persona tiene derecho a: 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 (Constitución Política del Perú). Entonces, según la conocida Pirámide de Kelsen, la Carta Magna es la norma de mayor jerarquía, por lo que en caso de conflicto con otros dispositivos legales, tendrá que prevalecer la primera.

TERCERA:

Cualquier proyecto de ley con el objetivo de legalizar el matrimonio igualitario o de personas del mismo sexo que se presente al Congreso de la Republica Peruana para su aprobación, debe incluir el concepto de evolución y cambio en la realidad social, cultural, económica, demográfica de la sociedad peruana. Esta constatación de cambios en la realidad nacional en todos sus aspectos y sectores, debe hacer posible la adaptación de las leyes nacionales a esta realidad cambiante y en constante evolución. Lo contrario no es lógico y resulta escasamente racional: Esto es: adaptar la realidad social, cultural o económica al Corpus Legal que regula la vida de la nación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artículo web: *Referéndum para el Matrimonio Gay en Irlanda*. Elecciones el 22 de mayo de 2015. Recuperado de: <http://isagencyireland.com/es/referendum-para-el-matrimonio-gay-en-irlanda/>

Artículo web: *¿Están los niños preparados para entender el matrimonio igualitario? ¡Han hecho la prueba!* Recuperado de: <http://muhimu.es/genero/matrimonio-igualitario/>

Álvarez-Gayou (2013). *Los rostros de la homosexualidad: Una mirada desde el escenario*. México DF: Ed. Manual Moderno

Bosch, M. (2015). *Actitudes hacia la homosexualidad. Una comparación entre personas de 18 a 30 años en España y los Países Bajos*. (Investigación). Lugar: Universidad de Utrecht-Holanda

Buquet, A. (2004). *Sexualidades diversas. Aproximaciones para su análisis*. Programa Universitario de Estudios de Género. Secretaria Técnica. Universidad Nacional Autónoma de México.

Código Civil. Decreto Legislativo N° 295. Libro II. Derecho de Familia. *Noción del matrimonio* Artículo 234. Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf

Constitución Política del Perú. Capítulo II. De los derechos sociales y económicos. Recuperado de: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

Constitución de la República Argentina. Recuperado de: https://www.educ.ar/dinamico/UnidadHtml_get__2e9f5840-c853-11e0-82e0-e7f760fda940/anexo3.htm

Constitución Política de la República de Bolivia. Derechos humanos. Recuperado de: <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca->

virtual/doc_view/2732-los-derechos-humanos-en-las-constituciones-derechos-civiles-y-pol%C3%ADticos-no-discriminaci%C3%B3n-e-igualdad-ante-la-ley.html

Constitución Política de la República de Colombia. Recuperado de:
<http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-1/articulo-13>

Constitución Política de la República de Costa Rica. Recuperado de:
www.hcostarica.fcs.ucr.ac.cr/contenidos/textos/constituc.rtf

Constitución Política de la República de Cuba. Recuperado de:
<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>

Constitución Política de la República de Ecuador. Recuperado de:
<http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/titulo03.html>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

Constitución Política de la República de Nicaragua. Recuperado de:
<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ni/ni033es.pdf>

Constitución Política de la República de Panamá. Recuperado de:
<http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2083/CONSTITUTION.pdf>

Constitución Política de la República de Paraguay. Recuperado de:
http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm

Constitución Política de la República Dominicana. Recuperado de:
<http://www.ifrc.org/docs/idrl/751ES.pdf>

Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela. Recuperado de:
http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php

Coronado (2007). Escalas de medición. *Paradigmas*, Vol 2, (2). Bogotá, D. C. (julio-diciembre de 2007), pp. 104 -125. ISSN 1909-4302 © Corporación Universitaria Unitec.

- Etcheverry, J. (2015). *Constitucionalidad del matrimonio homosexual*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público.
- Fernández-Noa, Y. (2008). *Yucatan Today*, La guía turística. Recuperado el 18 de noviembre de 2011, de: *El Matrimonio Maya*. Recuperado de: <http://yucantoday.com/es/topics/el-matrimonio-maya>
- Hervada, J. (1998). *Cuatro Lecciones de Derecho Natural*. Ediciones. Pamplona: Universidad de Navarra S.A
- Martínez de Aguirre, C. (1996). *Diagnóstico sobre el derecho de familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de familia*. Madrid: Ediciones RIALP
- McLean, L., Cianciardo, J., Schnitzler, E., Camean, C. y Villar, M. (2010). *Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo: informe de estudios científicos y jurídicos y experiencia en otros países (Informe)*. Argentina
- Medina, G. (2001). *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores
- Montiel, J. (2012). *La violación de los derechos humanos de las personas homosexuales para contraer matrimonio en el estado de Yucatán*. Tesis para optar el título de abogado por la Universidad de Yucatán. México.
- Maritain, J. (2003). *Los derechos del hombre y la ley natural*. Buenos Aires: Editorial Descleé De Brouwer.
- Organización de las Naciones Unidas-ONU (1955). Declaración universal de derechos humanos. ONU. Recuperado de: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Rodríguez, E. (2010). *El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en américa latina*. Boletín Mexicano de

Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011, pp. 207-235

Santamaría, M. (2015). *Propuesta de ley reformativa a los artículos 119 de la ley de personal de fuerzas armadas y 18 del reglamento general a la ley de personal de fuerzas armadas*. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Facultad de jurisprudencia. Carrera Derecho. Tesis de grado previo a la obtención del título de abogada de los tribunales, de la República del Ecuador.

Sáez-Capel, J. (2011). *Matrimonio del mismo sexo: Estado de la cuestión en distintos países*. En: M. T. Ayllón Trujillo, & M. R. Nuño, *Familia, Identidad y Territorio. Factores y agentes en la construcción de ciudadanía democrática* (págs. 261-281). México: eumed.net.

Shelton, D. (2003). *Prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos*. Anuario de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13488/13756>

Viera- Álvarez, C. (2008). *El concepto de familia y la unión civil de personas del mismo sexo. Comentario de jurisprudencia a la aplicación de la ley de violencia intrafamiliar*. Revista Nomos - Universidad de Viña del Mar - N° 1 (2008), pp. 199-205

ANEXO N° 01**ENTREVISTA ANÓNIMA****Instrucciones:**

La siguiente es una entrevista anónima y de carácter abierta. Su objetivo es conocer su postura y opinión acerca de la legalización del matrimonio homosexual en el Perú. Por favor, responda con sinceridad a las preguntas formuladas.

1. ¿Está de acuerdo con la legalización del matrimonio civil entre personas del mismo sexo en el Perú?
 - a. Sí
 - b. No
 - c. Ns/Nr
2. ¿Considera que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta el derecho a la no discriminación?
 - a. Sí
 - b. No
 - c. Ns/Nr
3. ¿Cree usted que para evitar abusos contra homosexuales o su desamparo legal hace falta aprobar el matrimonio homosexual?
 - a. Sí
 - b. No
 - c. Ns/Nr
4. Está usted de acuerdo con la siguiente frase: “Cómo puede decirse que el principal fin del matrimonio es la procreación, si no todas las parejas casadas tienen hijos, no todos los hijos nacen dentro del matrimonio y, con las nuevas tecnologías y la ayuda de una tercera persona de sexo opuesto, las parejas del mismo sexo pueden tener hijos”
 - a. Sí
 - b. No
 - c. Ns/Nr

5. ¿Considera que los fines del matrimonio han evolucionado a través del tiempo?
 - a. Sí
 - b. No
 - c. Ns/Nr
6. ¿Ha evolucionado hoy el fin del matrimonio desde la procreación hasta el reconocimiento de la expresión de un compromiso afectivo?
 - a. Sí
 - b. No
 - c. Ns/Nr
7. El énfasis sobre la reproducción, ¿significa que los matrimonios de parejas infértiles son inválidos jurídicamente?
 - a. Sí
 - b. No
 - c. Ns/Nr
8. Está de acuerdo con la siguiente frase: “Los matrimonios de parejas del mismo sexo afecta a la institución del matrimonio como tal”.
 - a. Sí
 - b. No
 - c. Ns/Nr
9. ¿Qué respuesta se puede dar a las parejas del mismo sexo que dicen que, si se les permitiera casarse, sus uniones se consolidarían y sus hijos se verían mejor protegidos, puesto que el reconocimiento les quitaría el estigma social?
 - a. Sí
 - b. No
 - c. Ns/Nr
10. Permitir a las parejas del mismo sexo casarse, ¿es jurídicamente inconstitucional?
 - a. Sí
 - b. No
 - c. Ns/Nr
11. Las parejas del mismo sexo tienen ahora casi todos los mismos beneficios sociales que las parejas casadas; ¿no se estará en realidad luchando sólo por la palabra “matrimonio”?
 - a. Sí
 - b. No
 - c. Ns/Nr

12. ¿Crees usted que la aprobación legal del matrimonio homosexual produciría un grave deterioro en la estructura moral del país?
- Sí
 - No
 - Ns/Nr
13. ¿Rehusar a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse sería hacer lo mismo que las leyes de algunos países que se usan para prevenir el matrimonio entre razas diferentes?
- Sí
 - No
 - Ns/Nr
14. ¿Considera que la prohibición del matrimonio homosexual en el Perú vulnera el derecho a la igualdad, reconocido constitucionalmente?
- Sí
 - No
 - Ns/Nr
15. ¿Considera que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta el derecho a la identidad del individuo?
- Sí
 - No
 - Ns/Nr

Gracias por su colaboración

ANEXO N° 02:**PROPUESTA DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO AL MATRIMONIO CIVIL EN EL PERÚ.****LEY DE MATRIMONIO CIVIL ENTRE PERSONAS DE SU MISMO SEXO****Artículo 1: Modificación del artículo 234 del Código Civil**

Modifíquese el artículo 234 del Código Civil que quedará redactado de la siguiente manera:

Noción de matrimonio:

Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por dos personas legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

Ambos cónyuges tienen en el hogar derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Artículo 2. Aplicación de la ley

Todas aquellas referencias a la institución del matrimonio civil que están contenidas en el marco jurídico serán aplicables tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo y al constituido por personas de diferente sexo.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al aquel que está conformado por personas de distinto sexo.

Los matrimonios formados por personas del mismo sexo como los constituidos por personas de distinto sexo son formas de familia, independientemente de si tienen hijos/as en común.

Artículo 3. Reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero

Todo matrimonio celebrado en forma regular y amparada en un ordenamiento jurídico extranjero tiene la misma eficacia en el Perú, en conformidad a las normas del Derecho Internacional

Privado. No podrá objetarse en ningún caso que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo es en sí mismo discordante con el orden público internacional.

I. Fundamentación

El presente Proyecto de Ley se fundamenta en base a los siguientes preceptos jurídicos y constitucionales y normas internacionales que forman parte de la normativa nacional:

Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. (Constitución Política del Perú).

Art. 2: Toda persona tiene derecho:

Inciso 1: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (Constitución Política del Perú).

Inciso 2: 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. (Constitución Política del Perú).

El artículo 4° de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: “Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio. (...) También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece: “El contenido y los 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”.

El primer párrafo del artículo 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece lo siguiente: “Artículo 2°.- Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color sexo, idioma, religión, opinión, política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

El Estado Peruano ha suscrito el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que las leyes contra la homosexualidad son una violación de los derechos humanos.

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 24° establece lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a la igual protección de la ley”

II. Análisis costo beneficio

El presente proyecto no demandará gasto alguno al erario nacional pues se enmarca en el goce de los derechos de las personas a formar familias en su diversidad. De este modo contribuye a la vigencia del artículo 4° de la Constitución Política del Perú y se encuadra en el Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021.

ANEXO N° 3: Matriz de consistencia de la investigación

Título: El matrimonio civil de los/as homosexuales y la vulneración al respeto pleno de los derechos humanos en el Perú: en el año 2016.

Autor: Mg.: Francisco García Rivera

Problema	Objetivos	Hipótesis
<p>Interrogante principal ¿Se vulnera el respeto pleno a los derechos humanos de los homosexuales al no permitírsele contraer matrimonio civil en el Perú, en el año 2016?</p> <p>Interrogantes secundarias</p> <p>a. ¿Cuál es la postura jurídica de los operadores de justicia en la provincia de Tacna respecto de la supuesta violación de los derechos humanos de las personas homosexuales al prohibirles contraer matrimonio civil en el Perú?</p> <p>b. ¿Qué dice la doctrina internacional sobre el derecho al matrimonio civil de los/as homosexuales?</p> <p>c. ¿Cuáles serían los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la constitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú?</p> <p>d. ¿Cuáles serían los fundamentos jurídicos que apoyan la inconstitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú?</p>	<p>Objetivo general: Determinar si se vulnera el respeto pleno de los derechos humanos fundamentales de las personas con orientación homosexual al no permitírsele contraer matrimonio civil en el Perú, en el año 2016.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <p>a. Determinar la postura jurídica de los operadores de justicia en la provincia de Tacna respecto de la supuesta violación de los derechos humanos de las personas homosexuales al prohibirles contraer matrimonio civil en el Perú.</p> <p>b. Analizar la doctrina internacional sobre el derecho al matrimonio civil de los/as homosexuales.</p> <p>c. Determinar los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la constitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú.</p> <p>d. Conocer los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la inconstitucionalidad del matrimonio civil de los/as</p>	<p>Hipótesis general La prohibición del matrimonio homosexual vulnera el respeto pleno a los derechos humanos fundamentales de las personas con orientación homosexual, en el año 2016.</p> <p>Hipótesis específicas</p> <p>a. Los operadores de justicia en la provincia de Tacna opinan mayoritariamente que se violan los derechos humanos de las personas homosexuales al prohibirles contraer matrimonio civil en el Perú.</p> <p>b. Existe doctrina jurídica internacional que fundamenta el derecho al matrimonio civil de los/as homosexuales.</p> <p>c. Los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la constitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú están basado en el respeto al principio de igualdad y a la no discriminación amparados en la Carta Magna y a los tratados internacionales suscritos por el Estado Peruano. .</p> <p>d. Los fundamentos jurídicos de quienes apoyan la inconstitucionalidad del matrimonio civil de los/as homosexuales</p>

<p>e. ¿Es factible proponer la modificación del Art. 5 de la Constitución Política del Perú y el Art. 234 del Código Civil y demás normas concordantes y afines, para que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio en defensa del derecho a su identidad?</p>	<p>homosexuales en el Perú. e. Proponer la modificación del Art. 5 de la Constitución Política del Perú y el Art. 234 del Código Civil y demás normas concordantes y afines, para que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio en defensa del derecho a su identidad</p>	<p>en el Perú están basado en los fines naturales del matrimonio, cual es la procreación. e. Es factible proponer la modificación del Art. 5 de la Constitución Política del Perú y el Art. 234 del Código Civil y demás normas concordantes y afines, para que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio en defensa del derecho a su identidad.</p>
---	--	---