

## Legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú

Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI\*

Marianna CHAVES\*\*

### RESUMEN

Los autores explican que el matrimonio encuentra sustento en varios derechos fundamentales, y que su restricción arbitraria es inconstitucional; asimismo, que el derecho fundamental al matrimonio estaría garantizado para todos y no solo algunos, lo que se apoya en la isonomía y la prohibición a prácticas discriminatorias por motivos de sexo –incluyendo la orientación sexual–. De ese modo, con el matrimonio igualitario (entre homosexuales) se reconocen vínculos actuales basados en el amor; otorgándose a estos el mismo estatus y valor que a las relaciones heterosexuales.

### I. CONSIDERACIONES INICIALES

Hecho cristalizado es que la homosexualidad existió desde tiempos remotos. En la antigua Grecia fue aceptada y respetada, mientras que en Roma tolerada. Con el paso del tiempo, y las nuevas costumbres parametradas y los códigos sociales, comenzó a ser rechazada.

Estudiada por las ciencias sociales, por la psicología y por las ciencias biológicas, la homosexualidad pasó de ser un concepto vinculado a la enfermedad para identificarse como una caracterización, un modo de ser distinto de la mayoría. Comienza a ser tomada como natural, no tiene nada de artificial.

Cada tema relativo a la sexualidad parece estar cubierto con una cierta “aura de silencio”<sup>1</sup>, causando intensa inquietud y curiosidad insaciable. Existe una tendencia para conducir y controlar el ejercicio de la sexualidad, que culmina con la tentación de la sociedad de ver la moral en términos puramente de comportamiento sexual.

Apartándonos de dogmas sociales arraigados, podemos decir que en la etapa actual de la estructura social se traduce en una *modernidad líquida*<sup>2</sup>, en la que existen diferentes maneras de expresar y experimentar el afecto, surgiendo distintas formas de compartir la vida que exigen de un reconocimiento social y legal.

\* Dr. iur., Mg., Prof. hon. mult. Profesor en la Universidad de Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Particular San Martín de Porres. Representante del Perú ante el Comité Intergubernamental de Bioética de la Unesco.

\*\* Doctoranda en Derecho Civil en la Universidad de Coimbra. Magister en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Lisboa. Directora del Núcleo de Relaciones Internacionales de IBDFAM - PB (Instituto Brasileño de Derecho de Familia). Miembro de la *International Society of Family Law*.

1 Como dice DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Tercera edición rev., e atual. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 19.

2 Sobre la evolución de la modernidad “sólida” y “pesada” para una modernidad “ligera” y “líquida” y, por lo tanto, más dinámica vid. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Plínio Dentzien (traductor), Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 6 y ss.

Durante mucho tiempo, la *homoafectividad*<sup>3</sup> fue estigmatizada dejando a los homosexuales encerrados en un “universo paralelo”, marginados de muchas formas y modos. En los últimos años la sociedad ha demostrado ser algo más tolerante y poco a poco está cambiando su forma de ver las relaciones paritarias entre los seres, independientemente de su sexualidad. Los homosexuales comenzaron a ganar visibilidad en el mundo contemporáneo y empiezan su búsqueda de justicia. Este deseo de justicia se conecta con la búsqueda de la felicidad, interconectados con el reconocimiento de la igualdad de derechos y dignidad, sin distinción de ningún tipo<sup>4</sup>.

La preocupación por la legalidad de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo forma parte de la agenda del pensamiento jurídico internacional. Ejemplos más recientes son el de Argentina<sup>5</sup>, que aprobó indirectamente el matrimonio civil homosexual modificando diversas disposiciones de su Código Civil (básicamente cambia los términos marido y mujer por contrayentes), y el de Portugal donde, después de la promulgación de la Ley 9-XI/2010<sup>6</sup>, ahora existe la posibilidad del matrimonio civil entre personas del mismo sexo.

En los debates sobre el reconocimiento legal de los matrimonios homoafectivos los argumentos de justicia son importantes en dos niveles. El primero, y más profundo, es el que consiste en argumentos extraídos del campo de la filosofía política y jurídica. Los otros argumentos se sustentan en un análisis del Derecho Constitucional acerca del reconocimiento legal de las relaciones entre personas del mismo sexo. Tal reconocimiento podrá, en

función de la Constitución que se trate, darse a través de la acción legislativa (Argentina y Portugal), por decisión judicial (como ha sido generalmente en Brasil en tema de uniones estables y adopción de niños) o por aplicación de los remedios constitucionales (caso de Colombia donde la Corte Suprema validara estas uniones). Es, por supuesto, posible la interacción entre los dos niveles. En una sociedad con una Constitución escrita como la nuestra los argumentos filosóficos-jurídicos pueden inspirar al magistrado en la interpretación de las disposiciones constitucionales<sup>7</sup>.

Tenemos que recordar que cualquier país que pretende ser democrático y guardián de los derechos humanos *no debe y no puede* concertarse en la discriminación arbitraria, como en el caso de la discriminación por razón de sexo o por orientación sexual.

## II. LA HOMOSEXUALIDAD Y LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

### 1. Principio de la dignidad humana

Es el principio máximo, super principio, mayor principio o principio de principios.

Aparece en el primer artículo de la Constitución: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Fácilmente puede argumentarse que el principio de la dignidad es hoy una de las bases de apoyo de los sistemas jurídicos modernos. Es impracticable reflexionar sobre los derechos desconectados del concepto y de la idea de dignidad<sup>8</sup>. Se afirma en la doctrina que “la dignidad humana es la premisa de la idea de la justicia humana, porque es

---

3 Los términos “homoafectividad” y “uniones homoafectivas” fueron creados por la jurista brasileña Maria Berenice Dias a finales de los años 90 y publicado por primera vez en el 2000, en la primera edición de su obra *União homossexual: o preconceito & a justiça*.

4 Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Tesis de Maestría en Ciencias Jurídicas. 2010, Coimbra, Lisboa, 2001, disponible en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, p. 18.

5 Ley 26.618, 21 de julio de 2010.

6 Promulgada el 17 de mayo de 2010, la ley cambió la redacción de los artículos 1577, 1591 y 1690 revocando el inciso e) del artículo 1628 del Código Civil.

7 Cfr. CHAVES, Marianna. Ob. cit., p. 19.

8 Cfr. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social”. En: *Direito de Família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Giselle Câmara Groeninga y Rodrigo da Cunha Pereira (orgs.), Imago, Rio de Janeiro, 2003, p. 155.

ella que dicta la condición superior del hombre como ser de razón y sentimiento<sup>9</sup>.

La noción de la dignidad humana incluye el núcleo existencial que es esencialmente común a todos los seres de la raza humana, el núcleo duro como también lo llaman. Debemos, con respecto a la dimensión personal de la dignidad, tener la obligación general de respetar, proteger y descalificar cualquier procedimiento, comportamiento o actividad que *co-sifique* al individuo<sup>10</sup>. La dignidad es contraria a todo precepto de *reificación* del ser.

Según Ingo Wolfgang Sarlet<sup>11</sup>, la dignidad es la calidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y la comunidad, envolviendo un conjunto complejo de derechos y deberes fundamentales que garantizan su desenvolvimiento contra cualquier acto de trato inhumano o degradante así como las condiciones mínimas para una vida sana, facilitando y haciendo posible la promoción de su participación activa y corresponsables en el destino de su propia existencia y la vida en comunión con los otros seres humanos.

En la estructuración de la individualidad de la persona, su sexualidad representa una medida básica para la constitución de su propia subjetividad, sustento indispensable para reforzar la capacidad para el libre desarrollo de la persona y donde puede enmarcar lineal y profundamente su proyecto de vida. Por lo tanto, las cuestiones relativas a la orientación sexual se relacionan estrechamente con el apoyo de la dignidad humana<sup>12</sup>. Habitualmente, en relación a la homosexualidad el problema surge en vista del “carácter homofóbico y heterosexista

que caracteriza a casi todas las complejas sociedades contemporáneas<sup>13</sup>.

En este sentido, dice Roger Raupp Rios<sup>14</sup>: frente a estos elementos se concluye que el respeto de la orientación sexual es un punto fundamental para la afirmación de la dignidad humana y no es aceptable, jurídicamente, que prejuicios puedan legitimar restricciones de derechos y servir para fortalecer estigmas sociales y el pisoteo de los fundamentos constitucionales de un Estado democrático. Conectada la relevancia del respeto a la orientación sexual con el objeto de protección del principio constitucional de la dignidad humana, hay que tener en cuenta su papel en la solución de las cuestiones jurídicas relacionados con la homosexualidad.

En nombre del principio de la dignidad humana —entre otros, como veremos más adelante— es necesario que se concedan los mismos derechos a los homosexuales, como el matrimonio, el derecho a la paternidad, al final, el derecho de asumir su orientación sexual sin el miedo al rechazo y a la exclusión social.

## 2. Principio de la libertad

También denominado autodeterminación (*selfdetermination*).

Es el valor supremo del ser humano, siendo este el único animal que la posee. Implica aquella capacidad que tiene el sujeto para realizarse con autonomía dentro de sus relaciones sociales. Permite actuar sin restricciones siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otros, tomando en consideración que, como derecho, está ligado al interés social. Además, los derechos

9 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "O princípio da dignidade humana e a exclusão social". En: *Anais da XXVI Conferência Nacional dos Advogados. Justiça: realidade e utopia*, v. I, OAB - Conselho Federal, Brasília, 2001, p. 72.

10 Cfr. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de Direito de Família. Guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. Atlas, São Paulo, 2008, pp. 70-71.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

12 Cfr. CHAVES, Marianna. Ob. cit., pp. 54-55.

13 RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 91.

14 Cfr. *Ibidem*, pp. 94-95.

de la persona tienen necesariamente como punto de partida el reconocimiento del hombre como ser libre<sup>15</sup>. En la feliz afirmación de Paulo Dourado de Gusmão, “el hombre es, en esencia, libertad”<sup>16</sup>.

La importancia de la libertad en el Perú es pronto encontrada en la primera parte del inciso 1, del artículo 2 de la Constitución, donde se establece que “toda persona tiene derecho a su libre desarrollo y bienestar”. Uno puede preguntarse, entonces:

- ¿Puede hablarse de la libertad en la vida sexual?
- ¿Es posible que los individuos dispongan de sí mismos en esta zona?

Se podría decir que sí. Todos pueden llevar sus vidas como lo crean conveniente. El paternalismo, alguna vez vigoroso en varias jurisdicciones, no tiene más lugar en los sistemas legales. Se puede asesorar, podemos recomendar, pero no puede imponerse a un individuo qué hacer con su vida. Deberes para consigo mismo no pueden imponerse, solo son exigibles deberes para con los demás.

En el presente estudio, el principio de la libertad puede traducirse en el libre poder de elección y la autonomía en el acto de constitución, realización o terminación de una entidad familiar, sin coacción de la sociedad ni de la propia legislatura. También puede ser concebido como la libertad de acción, basada en el respeto de la integridad moral, síquica y física.

En este ámbito específico de la homoafectividad, puede afirmarse que el principio de

**“ En nombre del principio de la dignidad humana ... es necesario que se concedan los mismos derechos a los homosexuales, como el matrimonio, el derecho a la paternidad, al final, el derecho de asumir su orientación sexual sin el miedo del rechazo y de la exclusión social. ”**

libertad está presente en el sentido de que cualquier persona tiene la prerrogativa de escoger su pareja, independientemente de su sexo, así como el tipo de entidad que desea constituir. En palabras de Maria Berenice Dias<sup>17</sup>, en vista del principio de la libertad, se garantiza el derecho a formar una relación de pareja, una unión estable heterosexual u homosexual. Existe libertad de disolver el matrimonio o la unión

estable, así como el derecho de reconstruir nuevas estructuras de convivencia.

La sexualidad es un derecho de primera generación, tanto como la igualdad y la libertad, que incluye el derecho a la libertad sexual, junto con la igualdad de tratamiento, independientemente de la orientación sexual. Es una libertad individual, un derecho de la persona humana y es, como todos los derechos de primera generación, inalienable e imprescriptible. Este es un derecho natural que acompaña al individuo desde su nacimiento<sup>18</sup>.

Según Rodrigo da Cunha Pereira, “la verdadera libertad y el ideal de justicia están en las jurisdicciones que proporcionan un Derecho de Familia que comprende la esencia de la vida: dar y recibir amor”<sup>19</sup>. Después de todo, la libertad es la posibilidad de una coordinación consciente de los recursos necesarios para el desenvolvimiento de la personalidad y la realización de la felicidad personal. En este concepto se encuentran todos los elementos subjetivos y objetivos esenciales de la idea de libertad. Es el poder de actuar. No dejar de ser resistencia a la opresión. No se dirige contra, pero sí en la persecución, en busca de algo que es la felicidad personal –que es circunstancial

15 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derechos de las personas*. Décima edición, Grijley, Lima, 2007, p. 36 y ss.

16 GUSMÃO, Paulo Dourado de *Filosofia do Direito*. Octava edición, revisada y actualizada, Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 127.

17 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Cuarta edición, revisada, actualizada y ampliada. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 61.

18 En este sentido, véase DIAS, Maria Berenice. “Liberdade sexual e direitos humanos”. En: *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM - Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 85.

19 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Ob. cit., p. 161.

y subjetiva— colocando la libertad, por su propósito, en simetría y armonía con la conciencia e interés de cada persona. Todo aquello que implique bloquear la posibilidad de una coordinación de los recursos es contrario a la libertad<sup>20</sup>.

### 3. Principio de la igualdad

Llamada isonomía. Es equiparidad, semejanza, similitud, equidad entre las personas sin beneficiar ni perjudicar a unas de otras.

Implica que las personas tienen el mismo valor ante la ley. Debe ser fuente de regulación de la vida social observando los criterios de proporcionalidad y sentido común<sup>21</sup>. En la Constitución Política del Perú este principio se encuentra en la primera parte del inciso 2, artículo 2.

La igualdad está visceralmente relacionada con el principio de la libertad. Solo hay libertad si existe igualdad. Como dice Maria Berenice Dias: “si no hay el presupuesto de la igualdad, habrá dominación y sumisión, no la libertad”<sup>22</sup>. Con las palabras de Chaim Perelman, uno puede extraer el verdadero significado de la igualdad: “La idea de justicia, sugiere para todos, inevitablemente, la idea de igualdad segura”<sup>23</sup>. Por cierto, esta es la misma línea de pensamiento adoptada por San Tomás de Aquino quien sostiene que la justicia coincide exactamente con la igualdad<sup>24</sup>.

Los beneficiarios del principio de la igualdad son los órganos de aplicación de la ley, los órganos de creación de la misma ley, así como los titulares de derechos. La igualdad no solo se refleja en el igual uso de la ley, sino también en la creación de un derecho unívoco para todos<sup>25</sup>.

Tratamiento diferenciado solo puede existir en la ocurrencia de una base racional para justificarla. A falta de razones válidas, o si ello fuera insuficiente, se debe entender que en virtud de la igualdad debe aplicarse el mismo régimen jurídico en todas las situaciones.

La prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo por existencia de un dispositivo legal<sup>26</sup> o por omisión en el sistema jurídico<sup>27</sup> es, en principio, inconstitucional. Como dice el jurista portugués Pedro Múrias<sup>28</sup>, viola la igualdad de la persona respecto de la ley que hace que la aplicación de una norma sea dependiente de la homosexualidad o heterosexualidad.

En virtud del principio de igualdad consagrado en la Constitución del Perú, puede decirse que toda diferencia debe ser fundamentada, tener una lógica y una racionalidad compatible con los cánones establecidos en la Carta Magna. Partiendo de estos presupuestos, cualquier discriminación o diferenciación de trato puede considerarse inconstitucional.

20 En este sentido, véase SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. Quinta edición, Malheiros, São Paulo, 2008, p. 69.

21 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho de las Familias. La nueva teoría institucional, jurídica y principista de la familia*. Proyecto de Investigación inédito auspiciado por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, Lima, 2009.

22 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Quinta edición, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 61.

23 PERELMAN, Chaim *apud* GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra, Almedina, 2005, p. 29.

24 GARCIA, Maria da Glória F.P.D: *Estudos Sobre o Princípio da Igualdade*, Ob. cit., p. 33.

25 ALBUQUERQUE, Martim. *Da igualdade*. Eduardo Vera Cruz (colab.), Coimbra, Almedina, 1993, p. 73.

26 Como fue en Portugal hasta 2010. Antes de la aprobación del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, estos matrimonios eran considerados inexistentes, conforme lo mandaba el inciso e) del artículo 1628 del CC.

“ARTIGO 1628.- (Casamentos inexistentes)

É juridicamente inexistente:

(...)

e) O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo”.

27 Como es el caso de Brasil.

28 MÚRIAS, Pedro. “Um símbolo como bem juridicamente protegido: sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”. En: Pedro Múrias y Miguel Nogueira de Brito. *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: sim ou não?* Entrelinhas, Lisboa, 2008, p. 19 y ss.

La pregunta es, por lo tanto:

- ¿El impedimento al acceso de los homosexuales en la institución del matrimonio es una distinción que tiene razón de ser racional?

### 3.1. Principio de no discriminación por razón de sexo

A pesar de la ausencia en la Constitución del Perú, así como en Constitución de Brasil (a diferencia de la portuguesa<sup>29</sup>), de un dispositivo para sellar de forma explícita la discriminación por orientación sexual, podemos incorporarla a la restricción a la discriminación por razón de sexo, siendo que ambas se refieren al ámbito de la sexualidad<sup>30</sup>. Es de señalarse que la discriminación sexual es un delito tipificado en el Código Penal (art. 323)<sup>31</sup> pero que, curiosamente, la Ley N° 28983<sup>32</sup> denominada de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, en materia de homoafectividad se contrapone a lo establecido, al signar la igualdad de oportunidad solo para el hombre o la mujer. Finalmente, no es cuestión de sexo, de hombres o mujeres, es cuestión de género.

Es posible señalar que la discriminación basada en la orientación sexual configura una hipótesis de diferenciación basada en el sexo de la persona a la cual uno dirige su afecto una vez que la caracterización de una o otra orientación sexual es una consecuencia de la

combinación de los sexos de las personas involucradas en la relación.

Bien instructivo es el ejemplo de Roger Raupp Rios: “Así, Pedro sufrirá o no discriminación por orientación sexual precisamente por el sexo de la persona a quien conduce el deseo o la libido. Si es dirigida a Paulo, sufrirá discriminación, si es dirigida a María, no sufrirá dicha diferenciación. Los diferentes tratamientos en este contexto tiene su razón de ser en el sexo de Paulo (igual al de Pedro) o de María (opuesto al de Pedro). Este ejemplo ilustra claramente cómo la discriminación por orientación sexual representa una hipótesis de la discriminación por razón de sexo”<sup>33</sup>.

Hay que recordar, además, que la falta de disposición expresa en la Constitución peruana no establece ningún impedimento para el reconocimiento de la prohibición a la discriminación por orientación sexual, ya que la segunda parte del inciso 2 del artículo 2 de la Ley Fundamental prohíbe expresamente que nadie debe ser discriminado por los motivos enumerados “o de cualquiera otra índole”. Esta idea es seguida en Brasil, ya que la parte final del artículo 3, IV de la Constitución brasileña prohíbe expresamente “cualquier otra forma de discriminación”, además de las listadas.

Es imperativo tener en cuenta que las prohibiciones de diferenciaciones tienen su base en el enunciado general del principio de igualdad. No podemos sostener la obligatoriedad de

---

29 CRP, artigo 13, 2: Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual”.

30 Cfr. CHAVES, Marianna. Ob. cit., p. 61.

31 Artículo modificado por el artículo único de la Ley N° 28867, publicada el 9 agosto de 2006, cuyo texto es el siguiente:

**“Discriminación.-**

**Artículo 323.-** El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente es funcionario o servidor público la pena será no menor de dos, ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 2) del artículo 36.

La misma pena privativa de libertad se impondrá si la discriminación se ha materializado mediante actos de violencia física o mental”.

32 DOEP, 16/03/2007.

33 RIOS, Roger Raupp. Ob. cit., p.72. Utiliza un ejemplo muy similar, con la misma justificación el jurista norteamericano Evan Gertsman. Cfr. GERSTMANN, Evan. *Same-sex marriage and the Constitution*. Segunda edición. Cambridge University Press, New York, 2008, p. 16.

la expresa enunciación de la veda a la discriminación. Por último, se puede decir que es errónea la comprensión que requiere la taxatividad de los criterios prohibitivos de diferenciación<sup>34</sup>.

#### 4. Derecho a la identidad

La identidad es todo aquello que caracteriza y diferencia a una persona de otra.

Como derecho fundamental está tutelado por la dignidad. Se relaciona con el nombre, el derecho al conocimiento del origen y del patrimonio genético. Sin la menor duda, la orientación sexual es parte de la identidad. La sexualidad es un elemento personal, individual y constituye parte esencial del sujeto, así como la raza o el origen étnico. Es una característica personal inmutable, independiente del control de la persona.

Como se ha demostrado, la relación entre la protección de la dignidad de la persona y la orientación homosexual es directa. El respeto a los rasgos constitutivos de la individualidad se encuentra establecido en nuestra Constitución cuando se reconoce el derecho a la identidad en el artículo 2 inciso 1 como un elemento central en la vida social que marca el concepto de un Estado democrático ofreciendo a los ciudadanos no solo la abstención de invasiones infundadas en su ámbito personal, sino que ofrece la promoción efectiva y positiva de sus libertades<sup>35</sup>.

Considerar la posibilidad de prejuicios, desprecios o la falta de respeto hacia una persona debido a su orientación sexual sería ofertar un tratamiento indigno. Bajo ninguna circunstancia debe hacerse caso omiso del estatus de la persona —ello es esencial para su identidad, que incluye la orientación sexual— como si en

esta cuestión no existiera relación con la dignidad humana<sup>36</sup>.

Como un subproducto de la dignidad humana y como desdoblamiento del derecho general a la identidad, la identidad sexual del individuo y su orientación sexual deben ser respetadas al gozar de protección originaria en los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

La homosexualidad es parte de la identidad, es inherente a la persona (como tener ojos verdes o marrones, ser zurdo o diestro, etc.). La identidad sexual debe ser vista como una clave central para el libre desarrollo de la persona humana y la orientación sexual no es un problema de opción, de elegir, sino que es algo que está en las “profundas raíces de la sexualidad humana”<sup>37</sup>.

### III. LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y LOS DERECHOS HUMANOS

Durante el XIII Congreso Mundial de Sexología (Valencia, 1997) se redactó la Declaración de los Derechos Sexuales, siendo aprobada y refrendada<sup>38</sup> por la Asamblea General de la WSA - *World Association for Sexual Health* en el XIV Congreso Mundial de Sexología, (Hong Kong, 1999).

La Declaración, antes de enumerar los derechos sexuales, afirma: “La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, afecto, amor. La sexualidad se construye a través de la interacción entre los individuos y las estructuras sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es

34 En este sentido, véase RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: A homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano*. Revista dos Tribunais, Porto Alegre, 2002, p. 132.

35 Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Almedina, Coimbra, 1987, p. 210.

36 Cfr. RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Ob. cit., p. 92.

37 CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. “Derecho y homosexualismo en el Derecho Comparado”. En: *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (coord.). Jurua, Curitiba, 2006, p. 29.

38 DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. Cuarta edición rev. e atual., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, pp. 70 y 71.

esencial para el desarrollo individual, interpersonal y social.

Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad inherente, dignidad e igualdad para todos los seres humanos. La salud sexual es un derecho fundamental y debe ser un derecho humano básico. A fin de asegurar que los seres humanos y las sociedades desarrollen una sexualidad saludable, los derechos sexuales siguientes deben ser reconocidos, promovidos, respetados, defendidos por todas las sociedades en todos los sentidos. La salud sexual es el resultado de un ambiente que reconoce, respeta y ejerce estos derechos sexuales<sup>39</sup>.

Tenemos once puntos, a saber:

- 1) Derecho a la libertad sexual: la libertad sexual implica el respeto a la posibilidad de los individuos de expresar su potencial sexual, excluyendo todas las formas de coerción, explotación y abuso sexuales en cualquier tiempo y situación de vida.
- 2) Derecho a la autonomía sexual, integridad sexual y la seguridad del cuerpo sexual: este derecho incluye la capacidad de una persona para tomar decisiones autónomas sobre su propia vida sexual en un contexto de ética personal y social. También abarca el control y disfrute de nuestros cuerpos, libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo.
- 3) Derecho a la privacidad sexual: el derecho a las decisiones y conductas individuales sobre la intimidad, que no interfieran en los derechos sexuales de otros.
- 4) Derecho a la igualdad sexual: la libertad de toda forma de no ser discriminada, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión, discapacidad mental o física.
- 5) Derecho al placer sexual: el placer sexual, incluyendo el autoerotismo, es fuente de

bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual.

- 6) Derecho a la expresión sexual: la expresión sexual es más que el placer erótico o los actos sexuales. Todas las personas tienen derecho a expresar su sexualidad mediante la comunicación, el contacto, la expresión emocional y el amor.
- 7) Derecho a la libre asociación sexual: significa la posibilidad de casarse, divorciarse y establecer otros tipos de asociaciones sexuales responsables.
- 8) Derecho a opciones reproductivas libres y responsables: el derecho a decidir sobre tener o no hijos, el número y el espaciamiento entre ellos y el derecho total a los métodos de regulación de la fecundidad.
- 9) Derecho a la información basada en el conocimiento científico: la información sexual debe ser generada a través de procesos científicos y éticos y tener la difusión apropiada en todos los niveles de la sociedad.
- 10) Derecho a la educación sexual inteligible: es un proceso que dura toda la vida, desde el nacimiento y debería involucrar a todas las instituciones sociales.
- 11) Derecho a la salud sexual: la idea de que la salud sexual debe estar disponible para la prevención y el tratamiento de todos los problemas sexuales, preocupaciones y trastornos.

Los derechos humanos, a pesar de la lista normativa que se muestra compatible con esta idea, no han sido eficaces para proteger a los homosexuales como seres humanos y mucho menos como una categoría que se considera erróneamente desviada, desde el punto de vista ortodoxo sobre la sexualidad<sup>40</sup>.

Para un modelo de comprensión democrática de los derechos sexuales o de un *derecho*

---

39 WSA. *Declaración de los derechos sexuales*. Disponible en: <<http://www.worldsexualhealth.org>> (último acceso: agosto de 2010).

40 Cfr. CHAVES, Marianna. Ob. cit., p. 66.



*democrático de la sexualidad*, como lo llama Roger Raupp Rios<sup>41</sup>, es necesario considerar la relación entre ciudadanía, democracia, derechos humanos y derechos sexuales. Como dice el autor, cada vez más el individuo es concebido como sujeto de derechos, asunto que va mucho más allá de “pertener” a una nacionalidad. Sin embargo, la sexualidad se presenta como uno de los avances más controvertidos y difíciles. Desde el punto de vista jurídico, los conceptos de derechos reproductivos y derechos sexuales han generado toda una discusión. A pesar de los progresos, razones teóricas y prácticas recomiendan avanzar más. Para ello, debemos desarrollar un “derecho democrático de la sexualidad”, es decir, un estudio desde la perspectiva de los derechos humanos y los derechos constitucionales fundamentales, de las diversas normas jurídicas cuyo ámbito de protección prestan atención a las diversas manifestaciones de la sexualidad humana.

#### IV. LA REESTRUCTURACIÓN DE LA FAMILIA: NUEVAS REALIDADES FAMILIARES Y FAMILIA HOMOAFFECTIVA

El término familia ha venido sufriendo grandes cambios. Ha venido encontrando su contenido real. De hecho, la familia tiene su marco evolutivo ligado a la propia evolución del hombre y de la sociedad, cambiando de acuerdo con los nuevos logros de la humanidad y descubrimientos científicos, no siendo creíble o permitido que sea sometida a ideas estáticas o valores ligados a un pasado lejano. En las palabras de Cristiano Chaves de Farias “es una realidad viva, adaptada a los valores actuales”<sup>42</sup>.

La familia moderna es el resultado de un vínculo afectivo donde se elevan los sentimientos de solidaridad, lealtad, respeto y

cooperación. Es un organismo compuesto de elementos jurídicos, éticos y morales. Podemos llamar a la familia como una *comunidad de afecto y de ayuda mutua* donde lo que cuenta es la intensidad de las relaciones personales de sus miembros<sup>43</sup>. Como complemento de esta idea, dice Giselda Hironaka que la familia es el lugar donde se pueden integrar los sentimientos, esperanzas y valores y el camino hacia la realización del proyecto para la felicidad personal<sup>44</sup>, lo que damos en llamar nosotros el proyecto de vida.

La exclusión de ciertas clases de familia repercutiría en aquellos que se integran por opción o circunstancias de vida, comprometiendo la realización del principio de dignidad de la persona en aquellos casos en que la norma o los fallos superpongan intereses colectivos sobre los personales. Ciertas personas creen en el matrimonio, otras no. Otras prefieren la convivencia, como prueba previa a la formalización. Quienes fracasan en algunas de estas formas de constituir familia lo vuelven a intentar, confiando en fórmulas naturales, como es el ensamblaje familiar o las individuales familiares, como la familia monoparental<sup>45</sup>.

Las familias y su diversidad actual no pueden ser consideradas anomalías dentro del típico concepto de familia. Debemos tender a su tratamiento, aceptando la realidad sin ponernos una venda en los ojos, ni renegar por aquello no comprensible, para quienes viven de añoranzas sustentadas en que todo tiempo pasado fue mejor.

Las familias están en un constante devenir. Va de la sociabilidad a la individualidad. Del querer y el aprecio a la autosatisfacción y desarrollo personal; un espacio que ya no es de dos, sino, por el contrario, un espacio unipersonal.

41 RIOS, Roger Raupp. “Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade”. En: *Em defesa dos direitos sexuais*. Roger Raupp Rios (org.), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 13-38.

42 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 4.

43 En este sentido Cfr. MUNIZ, Francisco José Ferreira y OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Curso de Direito de Família*. Terceira edição, Juruá, Curitiba, 1999, p. 13.

44 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Família e casamento em evolução”. En: *Revista Brasileira de Direito de Família*. N° 1, abr.-jun., IBDFAM/ Síntese, Porto Alegre, 1999, p. 8.

45 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit.

Dos polos contrapuestos que son la forma como las personas tratan de comprenderse y relacionarse con los demás.

Pero, las uniones homoafectivas, ¿pueden considerarse familias? Por supuesto que sí.

En este tipo de familia prima la libertad de relacionarse sin tener en cuenta la diversidad de sexos, solo interesa el afecto de las personas que quieren compartirse. Se reconoce la convivencia plena e irrestricta a través de diversas formas (sociedad de hecho, unión civil, sociedades domésticas, sociedades registradas, pacto de solidaridad y matrimonio).

En un inicio, la legislación comparada aplicó criterios de derechos reales, de las obligaciones y la teoría de los contratos para solucionar los problemas derivados de las uniones convivenciales, pero dichas reglas resultaban insuficientes. Convocada la justicia para resolver las cuestiones patrimoniales con el único deseo de evitar el enriquecimiento indebido, inicialmente se les relacionó con una relación de naturaleza laboral: de la labor al amor.

Después, la práctica judicial permitió la partición de los bienes teniéndola como una sociedad de hecho siendo, por el contrario, una sociedad de afecto<sup>46</sup>. En estos días en Brasil se aplican por analogía las normas de la unión estable pues terminan siendo más acordes. Se discute la legitimidad del matrimonio entre homosexuales, sus derechos sucesorios, el derecho de habitación, los gananciales, bienes de familia y representación conyugal. Entre todos

---

**“ La exclusión de ciertas clases de familia repercutiría en aquellos que se integran por opción o circunstancias de vida, comprometiendo la realización del principio de dignidad de la persona en aquellos casos en que la norma o los fallos superpongan intereses colectivos sobre los personales. ”**

---

los institutos que están estandarizados en el sistema jurídico brasileño es evidente la similitud entre la unión estable y la unión homoafectiva. La doctrina mayoritaria y gran parte de la jurisprudencia<sup>47</sup> están por seguir el camino de la aplicación de las normas relativas a las uniones estables a las uniones homoafectivas, aplicando las reglas de la analogía. Un hecho puede darse por sentado. La unión homoafectiva es legislativamente reconocida

como una entidad familiar, después que la Ley Maria da Penha<sup>48</sup> incluyera expresamente en el concepto de familia las uniones entre personas del mismo sexo.

En nombre del principio de la dignidad humana, la libertad y la igualdad debe considerarse a las uniones homoafectivas como familias, independientemente del ajuste legal en el Perú.

### V. MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN EL PERÚ

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú señala que “La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”. El artículo 234 del Código Civil define el matrimonio como: “(...) 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”.

La restricción al matrimonio de los homosexuales tiene toda una tendencia, en contra y a favor.

---

46 DIAS, Maria Berenice y CHAVES, Marianna. “As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal”. En: *Lex Familiae*. Revista Portuguesa de Direito da Família, año 5, N° 9, enero-junio, Coimbra Editora - Centro de Direito da Família, Coimbra, pp. 39-52.

47 APELAÇÃO. União Homossexual. Reconhecimento de união estável. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento da união estável homoafetiva, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. NEGARAM provimento ao apelo, por maioria. (TJRS, 8ª C. Cível, AC 70021085691, Rel. Des. Rui Portanova, juzgado el 04/10/2007).

48 Brasil, Ley 11340, del 7 de agosto de 2006.

### 1. Posición tradicional (en contra)

Los propulsores de esta tendencia consideran que el matrimonio es la unión entre varón y mujer. Es ese *entre* (uno con otro) clave para delimitar a los actores del casamiento. De realizarse, alegan, que se trataría de un acto jurídico nulo, al ser contrario a las leyes que interesan al orden público (artículo V del Código Civil).

Esta fue la posición asumida hace algún tiempo. En esos momentos consideramos<sup>49</sup> que, curiosamente, el matrimonio pierde más sentido para los heterosexuales mientras que los homosexuales reclaman voz en cuello la facultad de matrimoniarse. Vivimos la cultura de la contradicción, caos y desorden. Quiero ser parte de lo que no soy parte. Pequeña contrariedad que se traduce en falta de institucionalidad e identidad. Es cierto, toda persona tiene derecho a conformar una familia (quién lo niega) pero existen variadas formas de satisfacer ese deseo. El matrimonio no es la única. La liberación de la conducta humana no puede llegar a descomponer figuras jurídicas. Reglar nuevas necesidades humanas (no es solo una posibilidad) es una necesidad que se puede hacer actualizando conceptos, pero no vaciando su contenido natural. Ser partícipes de un cambio es importante, pero lo más significativo es actuar con respeto, no con desenfreno. El matrimonio es para el varón y la mujer (punto). Convertidos en una sola carne se les llama cónyuges. Etimológicamente el término matrimonio viene del latín *matrimonium*, derivado de *mater* - *tris*, raíz que significa “madre”. Es el oficio de madre, dada las mayores fatigas que sufre en la propagación de su stirpe. Aquí viene parte de las pautas de delimitación a fin de delimitar a sus beneficiarios. Y es que procreación y descendencia son finalidades esenciales de esta institución natural (no digo las únicas). La complementariedad de sexos es por demás indispensable. Llevar la rienda del hogar

conyugal es una labor heterosexual. La ideología de las uniones personales tiende a asimilar el matrimonio a otras emociones individuales. En esta línea argumenta Graciela Medina<sup>50</sup> que cualquiera que sea el método de interpretación que se utilice –gramatical, sociológico, teleológico, lógico, integrador–, no es posible aceptar que el derecho a casarse pueda ser extendido a personas de igual sexo y que el derecho a casarse regulado en el Derecho positivo infraconstitucional admite reglamentaciones limitativas, siempre que estas no sean arbitrarias.

La ley no prohíbe el amor entre machos ni entre hembras, al menos la nuestra. Amar es lo más puro que hacemos (sin condiciones, formas al margen, solo es necesario entregarnos). Pero del amor surge el compromiso. Cedemos derechos y, por si fuera poco, aumentan nuestras obligaciones. Puede más que la libertad individual, es un límite a ella, pero, ¿qué nos “entrega” al ser amado? ¿Cómo se garantiza el producto del amor? Los amantes necesitan protección. He aquí el problema. La sociedad ha desbordado los viejos cánones de las relaciones sentimentales. Se busca formalizar los sentimientos. No por capricho, eso no es razón, sino por necesidad. Es justo dar seguridad a las nuevas relaciones humanas, sin perjudicar las normas de convivencias.

La unión de personas del mismo sexo es una realidad. El ordenamiento jurídico no puede ignorar la existencia de uniones homosexuales<sup>51</sup>. No podemos ser ajenos y menos hacernos de la vista gorda. El Derecho facilita opciones. Se puede elegir varias maneras de proteger las relaciones derivadas de este amor: 1. Las regulamos expresamente, 2. Aplicamos los principios jurídicos y las normas existentes o (para variar), 3. No hacemos nada. La segunda opción es un mecanismo convincente y efectivo de solución, tomando en cuenta que buscamos ofrecer seguridad y protección. En

49 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “(Cuando el amor es puro... y la ley también). Reglando el amor de unos(as). Animadversiones de una ley amatoria”. En: *Legal Express*. Año 3, N° 33, setiembre de 2003, p. 19; “Reglando el amor de unos(as). Animadversiones de una ley amatoria”. En: *El Comercio*. 7 de noviembre de 2003, A4; “Cuando el amor es puro... y la ley también”. En: *Actualidad jurídica*. Tomo N° 122, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2004.

50 MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 274.

51 *Ibidem*, p. 273.

primer lugar pensemos en lo que hay que proteger. Vayamos por lo esencial (un poco difícil, pero es un decir): el patrimonio. Toda pareja dispone de bienes, desde los esenciales hasta los suntuosos. Al no existir matrimonio, y menos sociedad de gananciales, la propiedad será de quien los adquiera. No se aplica la presunción muciana. Entonces deben de comprar ambos a efectos de que, lo adquirido, se rija por las reglas de copropiedad. Ilustrar, “re-enseñar” a las parejas que las adquisiciones sean en conjunto (él con Marte o ella con Venus), es la forma de salvaguardar el aspecto económico. Los alimentos pueden concretarse a través de un convenio en el que exista el compromiso *in pecuniae* o *in specie*, o a futuro en un contrato de renta vitalicia. La herencia a través del legado, entonces el faccionamiento del testamento en fecha oportuna permitirá la participación de la pareja(o) en los bienes al momento de la muerte del otro(a). Si nada resulta, quedan la acción de enriquecimiento indebido o la de daños. Recrear los actos jurídicos en las necesidades de los amantes es la mejor elección. Cada quien con lo que busca, cada cual con su aspiración. Tanto sirve una manta para abrigar como el Derecho para proteger, ambos cumplen una función real, cuestión es encontrar su utilidad, sin degenerar sus finalidades. Cuando hace frío a todos nos corresponde una manta. Pero cuando decido ir al frío (sin abrigo) es probable que no encuentre manta disponible, deberé tomar debida precaución, entonces.

¿Para qué quieren casarse quienes están impedidos? El amor homosexual no es prohibido, es un amor al margen de la ley. La naturaleza nos ha formado *de a dos complementarios*. La sabiduría de la naturaleza nos permite encontrar nuestro par sexualmente complementario (la espada y espejo de los dioses mitológicos están equilibrados). Un buen contrato, acaso, no aseguraría las relaciones sentimentales

de aquellos que no pueden matrimoniarse. A buen entendedor pocas palabras. La felicidad puede obtenerse a través de la libertad contractual siendo creadores, la pareja dispareja optará por sus necesidades de acuerdo su tipo de amor (que nadie duda que es puro como el ser humano).

Lo prohibido siempre será tentación... lo demás es mera ilusión.

### 2. Posición moderna (a favor)

La ley peruana es por demás explícita en la definición de matrimonio, la unión concertada entre un varón y una mujer, y no deja lugar a dudas.

La pregunta que surge es:

- ¿Este dispositivo puede tener un indicio de inconstitucionalidad?

Al parecer, sí.

La Constitución Política de Perú en su artículo 2, inciso 2, prohíbe la discriminación basada en motivo de sexo que, como ya se explicó, conduce a una discriminación por orientación sexual, así como también prohíbe cualquier y todas las demás formas de discriminación. El artículo 4 de la Constitución consagra el derecho fundamental a contraer matrimonio. Nos parece que allí está la base para la discusión de la inconstitucionalidad de los dispositivos infraconstitucionales que hacen a la heterosexualidad un presupuesto para el matrimonio.

Es verdad que la propia Constitución dice que “la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”, lo que al parecer es una referencia al Código Civil, siendo este el que finalmente establecerá quién puede o no casarse, y en su caso, con quién hacerlo. Sin embargo, como señala Isabel Moreira<sup>52</sup>, la Ley Fundamental

---

52 MOREIRA, Isabel. “Da inconstitucionalidade das normas resultantes da leitura conjugada do artigo 1577 do Código Civil e da alínea e) do artigo 1628 do mesmo Código, nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente”. En: PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos; MOREIRA Isabel; DUARTE D’ALMEIDA, Luís. *O casamento entre pessoas do mesmo sexo: três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577 e 1628, alínea e), do Código Civil*. Almeida, Coimbra, 2008, pp. 35-54.

debe ser leída sin las gafas de la ley ordinaria vigente, debiendo tener en cuenta el interés individual que trascienda en una paz colectiva sustentada en igualdad de oportunidades de ser feliz.

Debe tenerse en cuenta que la Constitución peruana establece un principio de promoción del matrimonio, pero no ofrece una definición, ni establece quién puede ser parte activa de un matrimonio. Mientras que el artículo 234 del Código indica que el matrimonio es la unión entre un varón y una mujer. Sin embargo, es fundamental recordar y hacer hincapié en que la ley ordinaria debe seguir lo establecido por la *Lex Fundamentalis* y no el revés, bajo pena de inversión de las fuentes del Derecho. Como dice Jorge Duarte Pinheiro<sup>53</sup>, no se puede sacar el diseño constitucional basado en la ley ordinaria ya que ello equivaldría a un error metodológico grave, la inversión de la jerarquía de los actos normativos.

Por lo dispuesto en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, se supone que toda diferenciación jurídica sustentada en la orientación sexual es inconstitucional. Además, a priori, afrenta la isonomía toda ley que supedita su aplicación a la orientación sexual de la persona en cuestión. Por lo tanto, la restricción del matrimonio entre personas del mismo sexo es, en principio, inconstitucional al no tener argumentos claros y concluyentes para justificar la diferenciación.

Esto es lo que sucede con la posición de muchos juristas, quienes afirman que el matrimonio homosexual está prohibido por el Derecho Civil, y punto. Sin embargo, ¿dónde está el argumento, la justificación de esos supuestos? ¡Dizque en la tradición! O acaso, en la conceptualización que ofrece el Derecho infraconstitucional. Tales argumentos son, por lo menos, débiles e insuficientes<sup>54</sup>.

Debe existir una lectura de la ley ordinaria de conformidad con los dictados constitucionales, de lo contrario habrá una inversión metodológica grave. El camino a seguir debe ser: apreciar lo que el Código Civil dice acerca de la esencia del matrimonio y, posteriormente, discutir su conformación con la Carta Magna. Como ha señalado Carlos Pamplona Corte-Real<sup>55</sup>, es la única manera de legitimar el régimen establecido por el Código Civil.

### CONCLUSIONES

El matrimonio permite el ejercicio del derecho a la afirmación de la identidad personal y el desarrollo, libre y coherente de la persona con respeto de su vida privada, derechos estos resguardados en un Estado democrático y que se encuentran sustentados en la primacía de la dignidad, libertad e identidad.

El derecho a matrimoniarse está relacionado con el libre desarrollo de la persona que se traduce en la libertad de elegir cuándo y con quién casarse.

Cualquier restricción a ello resulta inconstitucional.

No existe razón lógica y racional que pueda obstruir el acceso de los homosexuales a la institución del matrimonio.

Debe entenderse que el derecho al matrimonio es un derecho fundamental garantizado a *todos* y no a *algunos*, según podemos entenderlo del artículo 4, conjugado con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución del Perú, que se encuentra sustentado en la isonomía y la prohibición a prácticas discriminatorias por motivos de sexo —que incluye la orientación sexual— o de cualquier otra índole. Por lo tanto, todos los ciudadanos peruanos, sin excepción alguna, tienen derecho a contraer matrimonio.

53 PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. AAFDL, Lisboa, 2008, p. 100.

54 CHAVES, Marianna. Ob. cit., p. 191.

55 CORTE-REAL, Carlos Pamplona. "Da inconstitucionalidade do Código Civil artigos 1577, 1628, alínea e), e disposições conexas ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo". En: CORTE-REAL, Carlos Pamplona y otros. Ob. cit., p. 23.

Las uniones homosexuales no difieren de las heterosexuales para nada. Ambas se sustentan en el afecto.

El propósito del matrimonio civil, establecido en el artículo 234 del Código Civil, puede lograrse por parte de parejas homosexuales.

Una comunión de vida no es una prerrogativa inherente a las relaciones heterosexuales.

La disposición de la asunción de un compromiso duradero, basado en el afecto, el compañerismo y la ayuda mutua es algo que puede ser logrado perfectamente por homosexuales. Al menos y en beneficio de la duda debe ser *aceptado*, en la medida que los heterosexuales no lo venimos aprovechando. Es preciso dar un paso adelante, en pro de la legalización de la felicidad jurídicamente aceptada.

La importancia de extender el matrimonio a las parejas homosexuales está más allá de la barrera de la aspiración del alcance de la concesión de los derechos relativos al matrimonio, como la adopción del nombre de otro, herencia, alimentos, inclusión en el seguro de salud y seguridad social, capacidad de adoptar, etc.

El Derecho debe reconocer toda realidad, pese a que sobrepase los límites tradicionales. El matrimonio igualitario se concreta en el logro del reconocimiento de vínculos actuales, otorgándole el mismo estatus y valor que a las relaciones heterosexuales.

Lo contrario a ello es inconstitucional. El matrimonio es para todos.

Lo quieran o no. Será así.