

Matrimonio entre personas del mismo sexo

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

Doctor en Derecho

Docente investigador de la Universidad de Lima

Investigador CONCYTEC – Perú

LE MARIAGE ENTRE PERSONNES DU MÊME SEXE

RÉSUMÉ

Le mariage permet l'exercice du droit à l'affirmation de l'identité personnelle et le développement libre et cohérent de la personne au respect de leur vie privée. Il n'y a aucune raison logique ou raisonnable qui pourrait empêcher les homosexuels avoir accès à l'institution de mariage. L'importance d'étendre le mariage aux couples homosexuels est au-delà de l'obstacle d'aspiration du champs d'application des droits relatifs, afférents au mariage, comme l'adoption du nom d'une autre personne, de l'héritage, de la nourriture, de l'inclusion dans le système d'assurance médicale et de sécurité sociale, de la capacité d'adoption, etc. Le droit égal au mariage sera concrétisé dans la reconnaissance des obligations actuelles, lui accordant le même statut et valeur que les relations hétérosexuelles.

Mots-clés: *le mariage; des couples homosexuels; le droit égal au mariage; des droits.*

THE SAME-SEX MARRIAGE

ABSTRACT

Marriage allows the exercise of the right to the affirmation of personal identity and the development, free and coherent, of the person in respect of their private life. There is no logical or rational reason that could obstruct the access of homosexuals to the institution of marriage. The importance of extending marriage to homosexual couples is beyond the barrier of aspiration of the scope of relative rights related to marriage, such as the adoption of another's name, inheritance, food, inclusion in health insurance and social security, ability to adopt, etc. Equal marriage is concretized in the recognition of current bonds, granting the same status and value as heterosexual relationships.

Keywords: *marriage; homosexual couples; equal marriage; rights.*

1. 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, las nuevas costumbres parametradas y los códigos sociales comenzaron a rechazarla.

Estudiada por las ciencias sociales, por la psicología y por las ciencias biológicas. La homosexualidad pasó de ser un concepto tornado con la enfermedad para identificarse como una caracterización, un modo de ser distinto de la mayoría. Comienza a ser tomada como natural, nada tiene de artificial.

Cada tema relativo a la sexualidad parece estar cubierto con una cierta “aura de silencio”¹ 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 arraigados dogmas sociales podemos decir que en la etapa actual de la estructura social se traduce en una **modernidad líquida**² 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.

Durante mucho tiempo, la **homoafectividad**³ 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 tipo⁴.

La preocupación por la legalidad de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo integra la agenda del pensamiento jurídico internacional. Ejemplos más recientes es el de Argentina⁵ 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/2010⁶, 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 primer, 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 constitucionales⁷.

¹ Como dice M.B. Dias, *União homossexual: o preconceito & a justiça*, 3. ed. rev., e atual, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006, p. 19.

² Sobre la evolución de la modernidad “sólida” y “pesada” para una modernidad “ligera” y “líquida” y, por tanto, más dinámica Vide Z. Bauman, *Modernidade líquida*, Plinio Dentzien (trad.), Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2001, p. 6 y ss.

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 2000 en la primera edición de su obra *União homossexual: o preconceito & a justiça*.

⁴ Cfr. M. Chaves, *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*, Tesis de Maestría en Ciencias Jurídicas. Lisboa: 2010, 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 artículos 1577, 1591 e 1690 y revocó la alínea e) del artículo 1628 del Código Civil.

⁷ Cfr. M. Chaves, *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*, ob. cit., p. 19.

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.

2. La homosexualidad y la protección constitucional

2.1. PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA. Es el principio máximo, superprincipio, macroprincipio 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 dignidad⁸. Se afirma en la doctrina que “la dignidad humana es la premisa de la idea de la justicia humana, porque es ella que dicta la condición superior del hombre como ser de razón y sentimiento”⁹.

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 **cosifique** el individuo¹⁰. La dignidad es contraria a todo precepto de **reificación** del ser.

Según Ingo Wolfgang Sarlet¹¹, 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 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 tanto, las cuestiones relativas a la orientación sexual se relacionan estrechamente con el apoyo de la dignidad humana¹². Habitualmente, el problema surge en relación con la homosexualidad en vista del “carácter homofóbico y heterosexista que caracteriza a casi todas las complejas sociedades contemporáneas”¹³.

⁸ Cfr. R. da Cunha Pereira, *Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social*, en: *Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma Nova Epistemologia*, G.C. Groeninga; R. da Cunha Pereira (orgs.), Imago, Río de Janeiro, 2003, p. 155.

⁹ C.L.A. Rocha, *O princípio da dignidade humana e a exclusão social*, en: *Anais da XXVII Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia*, OAB – Conselho Federal, Vol. I, pp. 69-92, Brasília, 2001, p. 72.

¹⁰ Cfr. G.C.N. da Gama, *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 y 71.

¹¹ I.W. Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, p. 60.

¹² Cfr. M. Chaves, *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*, ob. cit., pp. 54 y 55.

¹³ R.R. Rios, *A homossexualidade no Direito*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, p. 91.

En este sentido, dice Roger Raupp Rios¹⁴, frente a estos elementos se concluye que el respeto de la orientación sexual es 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 relacionadas 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 del rechazo y de la exclusión social.

2.2. PRINCIPIO DE LA LIBERTAD. También denominada autodeterminación (*self determination*).

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 otras tomando en consideración que, como derecho, está ligado al interés social. Además, los derechos de la persona tienen necesariamente como punto de partida el reconocimiento del hombre como ser libre¹⁵. En la feliz afirmación de Paulo Dourado de Gusmão, “el hombre es, en esencia, libertad”¹⁶.

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, una vez vigorizante 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 los deberes para con los demás se exigen.

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, psíquica y física.

En este ámbito específico de la homoafectividad puede afirmarse que el principio de libertad está en el sentido que cualquier persona tiene la prerrogativa de escoger su pareja, independientemente de su sexo, como el tipo de entidad que desea constituir. En palabras de Maria Berenice Dias¹⁷, 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, como el derecho de reconstruir nuevas estructuras de convivencia.

¹⁴ R.R. Rios, *A homossexualidade no Direito*, ob. cit., pp. 94 y 95.

¹⁵ C. Fernández Sessarego, *Derechos de las Personas*, 10ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 36 y ss.

¹⁶ P.D. de Gusmão, *Filosofia do direito*, 8ª ed., rev. e atual., Forense, Río de Janeiro, 2006, p. 127.

¹⁷ M.B. Dias, *Manual de Direito das Famílias*, ob. cit., p. 61.

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 su 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 nacimiento¹⁸.

Según Rodrigo da Cunha Pereira, “la verdadera libertad y el ideal de justicia están en las jurisdicciones que proporcionan un Derecho de familia a comprender la esencia de la vida: dar y recibir amor”¹⁹. 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 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 libertad²⁰.

2.3. PRINCIPIO DE LA IGUALDAD. Llamada isonomía. Es equiparidad, semejanza, similitud, equidad entre las personas sin beneficiar, ni perjudicar 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 común²¹. En la Constitución Política del Perú este principio se encuentra en la primera parte del inciso 2, del 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”²². 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”²³. Por cierto, esta es la misma línea de pensamiento adoptada por San Tomás de Aquino quien sostiene que la justicia coincide exactamente con la igualdad²⁴.

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 todos²⁵.

¹⁸ En este sentido, véase M.B. Dias, *Liberdade sexual e direitos humanos*, em: *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis* – Anais do III Congresso brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002, p. 85.

¹⁹ R. da Cunha Pereira, *Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social*, ob. cit., 2003, p. 161.

²⁰ En este sentido, véase J.A. da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 5ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2008, p. 69.

²¹ E. Varsi Rospigliosi, *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, Tomo I, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, Instituto de Investigación Científica, Universidad de Lima, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

²² M.B. Dias, *Manual de Direito das Famílias*, Cuarta edición, revisada, actualizada y ampliada. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 61.

²³ C. Perelman, *apud* Maria da Glória F.P.D. Garcia, *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 29.

²⁴ Maria da Glória F.P.D. Garcia, *Estudos sobre o princípio da igualdade*, ob. cit., p. 33.

²⁵ M. Albuquerque, E. Vera Cruz (colab.), *Da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 73.

El 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 dispositivo legal²⁶ o por omisión en el sistema jurídico²⁷ es, en principio, inconstitucional. Como dice el jurista portugués Pedro Múrias²⁸, 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.

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?

2.3.1. Principio de no discriminación por razón de sexo. A pesar de la ausencia en la Constitución del Perú, así como en la Constitución de Brasil (a diferencia de la portuguesa)²⁹, de un dispositivo para sellar de forma explícita la discriminación por orientación sexual, podemos incorporarla en la restricción a la discriminación por razón de sexo, siendo que ambas se refieren al ámbito de la sexualidad³⁰. Es de señalarse que la discriminación sexual es un delito tipificado en el Código Penal (art. 323)³¹ pero que,

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

“Art. 1628 (Casamentos inexistentes)

É juridicamente inexistente:

(...)

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

²⁷ Como es el caso de Brasil.

²⁸ P. Múrias, *Um símbolo como bem juridicamente protegido: sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo*, em P. Múrias, M. Nogueira de Brito, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: sim ou não?*, Entrelinhas, Lisboa, 2008, p. 19.

²⁹ CRP, art. 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 económica, condição social ou orientação sexual.

³⁰ Cfr. M. Chaves, *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*, ob. cit., p. 61.

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

“Discriminación

Art. 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.

curiosamente, la Ley. 28983³² denominada de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, en materia de homoaffectividad 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 hombre o mujer, 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 u 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 dirigida a Paulo, sufrirá discriminación, ya si sea directa a María, sufrirá dicha diferenciación. Los diferentes tratamientos en este contexto tiene su razón de ser en el sexo de Paulo (igual a lo de Pedro) o de María (lo opuesto de Pedro). Este ejemplo ilustra claramente cómo la discriminación por orientación sexual representa una hipótesis de la discriminación por razón de sexo”³³.

Hay que recordar 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 Mayor prohíbe que nadie debe ser discriminado por los motivos enumerados “o de cualquiera otra índole”. Esta idea es seguida en Brasil, una vez 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 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 diferenciación³⁴.

2.4. 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

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 R.R. Rios, *A homossexualidade no Direito*, ob. cit., p. 72. Utiliza un ejemplo muy similar, con la misma justificación el jurista norteamericano Evan Gertsman; Cfr. E. Gerstmann, *Same-sex marriage and the Constitution*, 2ª ed., Cambridge University Press, New York, 2008, p. 16.

³⁴ En este sentido véase R.R. Rios, *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*, ob. cit., p. 132.

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 libertades³⁵.

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 habría relación con la dignidad humana³⁶.

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 debe ser respetada al gozar de protección originaria de 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 debe ser un problema de opción, de elegir, es algo que está en las “profundas raíces de la sexualidad humana”³⁷.

3. 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 refrendada³⁸ 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 que: “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 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, debiendo ser un derecho humano básico. A fin de asegurar que los seres humanos y las sociedades desarrollan una sexualidad saludable, los derechos sexuales siguientes deben ser reconocidos, promovidos, respetados, defendidos por

³⁵ Cfr. J.R. Novais, *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. R.R. Rios, *A homossexualidade no Direito*, ob. cit., 2001, p. 92.

³⁷ A. Kemelmajer de Carlucci, *Derecho y homosexualismo en el Derecho Comparado*, en: *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*, Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (coord.), 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir. Curitiba, Juruá, 2006, p. 29.

³⁸ M.B. Dias, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª ed. rev. e atual., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, pp. 70 y 71.

todas las sociedades en todos los sentidos. La salud sexual es el resultado de un ambiente que reconoce, respeta y ejerce estos derechos sexuales”³⁹.

Consta de 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, contacto, la expresión emocional y el amor.

7. Derecho a la libre asociación sexual: Significa la posibilidad de casarse, divorciarse y de 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 toda la lista normativa que ofrece compatibilidad con esta idea, no han sido eficaces para proteger a los homosexuales como seres humanos y mucho menos como una categoría que es considerada erróneamente desviada, desde el punto de vista ortodoxo de la sexualidad⁴⁰.

Para un modelo de comprensión democrática de los derechos sexuales o de un **derecho democrático de la sexualidad**, como lo llama Roger Raupp Rios⁴¹, 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

³⁹ WSA, *Declaración de los Derechos Sexuales*, disponible en: <http://www.worldsexualhealth.org> (acceso, agosto 2010).

⁴⁰ Cfr. M. Chaves, *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*, ob. cit., p. 66.

⁴¹ R.R. Rios, *Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade*, en: *Em defesa dos direitos sexuais*, R.R. Rios (org.), Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, pp. 14-15.

sujeto de derechos lo que va mucho más allá de “pertenecer” 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.

4. La reestructuración de la familia: las nuevas realidades familiares y la familia homoafectiva

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”⁴².

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 miembros⁴³. 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 personal⁴⁴, 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 monoparental⁴⁵.

Las familias y su diversidad actual no pueden ser consideradas como 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 ni

⁴² C.C. de Farias, *Escritos de Direito de Família*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2007, p. 4.

⁴³ En este sentido cfr. F.J.F. Muniz y J.L.C. de Oliveira, *Curso de Direito de Família*, 3ª ed., Juruá, Curitiba, 1999, p. 13.

⁴⁴ G.M.F.N. Hironaka, *Família e casamento em evolução*, en: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 1, Abr./Jun., IBDFAM/ Síntese, Porto Alegre, 1999, p. 8.

⁴⁵ E. Varsi Rospigliosi. *Tratado de Derecho de Familia*, ob. cit., p. 46.

comprendible para quienes viven de las añoranzas sustentadas en que todo tiempo pasado fue mejor.

Las familias están en un constante devenir. De la sociabilidad a la individualidad. Del querer y aprecio, a la autosatisfacción y desarrollo personal, un espacio ya no de dos, sino, por el contrario, un espacio unipersonal. Dos polos contrapuestos que son la forma como las personas tratan de comprenderse y relacionarse con los demás.

Pero,

– ¿Las uniones homoafectivas?

– ¿Pueden considerarse como 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, parcerias domésticas, parcerias 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. Era convocada la justicia para resolver las cuestiones patrimoniales, con el único deseo de evitar el enriquecimiento indebido, inicialmente se relacionó la familia 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 afecto⁴⁶. En estos días en Brasil se aplican por analogía las normas de la unión estable, toda vez que 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 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 jurisprudencia⁴⁷ 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 Penha⁴⁸ 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.

⁴⁶ M.B. Dias, M. Chaves, *As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal*, en: *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n. 9, Janeiro/Junho, Coimbra Editora/Centro de Direito da Família, Coimbra, 2008, p. 40.

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, j. em 04/10/2007).

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

5. Matrimonio homosexual en el Perú

El art. 4 de la Constitución Política del Perú consagra la protección de la familia y la promoción del matrimonio, estableciendo que la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley (*a símili* al art. 5 de la Constitución de 1979). Por su parte, el art. 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.

5.1. 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 (art. V, del Código Civil).

Esta fue la posición asumida hace un tiempo. En esos momentos consideramos⁴⁹ 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 la 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. Regular nuevas necesidades humanas (no es solo una posibilidad), es una necesidad que se puede realizar 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 (*unitas carnis*), *Et erunt duo in carne una*. Serán dos en una sola carne (Génesis, 2.24).

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 conyugal es una labor heterosexual. La ideología de las uniones personales viene tendiendo a asimilar el matrimonio a otras emociones individuales. En esta línea argumenta Graciela Medina⁵⁰ que cualquiera que sea el método de interpretación que se utilice –gramatical, sociológico, teleológico, lógico, integrador–, no es posible aceptar que el derecho a

⁴⁹ E. Varsi Rospigliosi, “(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, A.4; *Cuando el amor es puro... y la ley también*, en: *Actualidad Jurídica*. Tomo 122, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

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

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. Él puede más que la libertad individual, es un límite a ella, pero qué nos “entrega”: al ser amado. ¿Cómo garantizo 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, esa no es la razón, sino por necesidad. Es justo dar seguridad a las nuevas relaciones humanas sin perjudicar las normas de convivencia.

La unión de personas del mismo sexo es una realidad. El ordenamiento jurídico no puede ignorar la existencia de uniones homosexuales⁵¹. 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 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 más esenciales hasta los más suntuosos. Al no existir matrimonio, y menos sociedad de gananciales, la propiedad será de quien la 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, reenseñar 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 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, la 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, entonces deberé tomar la debida precaución.

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 matrimoniar. A buen entendedor pocas palabras. La felicidad puede obtenerse a través de la libertad contractual siendo creadores, la pareja desaparece optará por sus necesidades de acuerdo a su tipo de amor (Que nadie duda que sea puro como el ser humano).

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

⁵¹ *Ibidem*, p. 273.

5.2. 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 del 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 art. 4 de la Constitución consagra el derecho fundamental a contraer matrimonio. Nos parece estar allí 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, establezca quién puede o no casarse, y en su caso con quién hacerlo. Sin embargo, como señala Isabel Moreira⁵², la Ley Fundamental 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 el principio de promoción del matrimonio, pero no ofrece una definición, ni establece quién puede ser parte activa de un matrimonio. Mientras que el art. 234 del Código indica *expressis verbis* 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 Pinheiro⁵³, 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 art. 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 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 insuficientes⁵⁴.

⁵² I. Moreira, *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*, em C. Pamplona Corte-Real, I. Moreira, L. Duarte D’Almeida, *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. 36-37.

⁵³ J.D. Pinheiro, *O Direito da Família contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2008, p. 100.

⁵⁴ M. Chaves, *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*, ob. cit., p. 191.

Debe existir una lectura de la ley ordinaria de conformidad con los dictados constitucionales, de lo contrario, existirá 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 se ha señalado Carlos Pamplona Corte-Real⁵⁵ es la única manera de legitimar el régimen establecido por el Código Civil.

5.3. POSICIÓN INTERMEDIA. Considera Claudia Canales⁵⁶ que quizá más adelante el Principio de Promoción del Matrimonio decaiga en trascendencia frente al Principio de Reconocimiento, Protección, Amparo y Tutela de otras formas de unión intersexual en aras de la igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual. Más aún, quizá posteriormente en nuestro medio el matrimonio civil, a pesar de la fuerte influencia religiosa de la que ha estado tradicionalmente premunido, abra sus puertas a las uniones homoafectivas para reconocer como plenamente existente un acto matrimonial entre estas parejas. Pero todo ello implicaría una variación paulatina de nuestro orden público y buenas costumbres que permitan una aceptación en gran parte generalizada de tal situación. Y en este sentido, consideramos que los matrimonios homoafectivos si bien incrementan poco a poco su aceptación, todavía no cuentan con el suficiente apoyo en la sociedad peruana para que se vuelvan una realidad y se generen las modificaciones normativas necesarias para incorporarlos en nuestro ordenamiento jurídico.

Una vez que la sociedad peruana reconozca y legitime a las uniones homoafectivas y estas sean aceptadas dentro de nuestro orden público y las buenas costumbres, presupuesto indispensable de cualquier introducción o modificación legislativa, consideramos que el primer paso podría ser el reconocimiento de mayores derechos extrapatrimoniales y patrimoniales o incluso modificar el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico le brinda a las uniones de hecho a fin de que se puedan incorporar a esta institución a las uniones homoafectivas.

6. Matrimonio homosexual en Brasil

En 5 de mayo de 2011, Brasil experimentó un momento histórico.

El juicio conjunto de *Ação Direta de Inconstitucionalidade y Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* representó un verdadero cambio de paradigma y un gran avance para el Derecho de familia brasileño. El Supremo Tribunal Federal sostuvo que la unión homoafectiva es una entidad familiar y genera todos los derechos y obligaciones que emanan de la unión estable entre el hombre y la mujer.

Ambas acciones fueron confirmadas por unanimidad y la mayoría de los ministros siguieron en su totalidad la opinión sensible y legalmente precisa del vocal relator,

⁵⁵ C. Pamplona Corte-Real, *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: C. Pamplona Corte-Real, I. Moreira, L. Duarte D’Almeida, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo: três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577 e 1628, alínea e), do Código Civil, ob. cit.*, p. 23.

⁵⁶ C. Canales Torres, *¿Matrimonio? ¿Uniones de hecho? ¿Uniones civiles? La homoafectividad en el ordenamiento jurídico peruano*, en: *Gaceta Constitucional*, Tomo 32, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 69-82.

Ministro Carlos Ayres Britto. Esta vez se destacó la posición de consenso de la Corte contra la discriminación y los prejuicios⁵⁷.

El Tribunal Supremo reconoció que la unión homoafectiva es unión estable y la propia Carta Constitucional de Brasil afirma que la ley debe facilitar su conversión en matrimonio. Por lo tanto, otro punto de vista no es posible: la unión estable, sea hetero u homoafectiva, puede convertirse en matrimonio, de conformidad con el art. 1726 del Código Civil⁵⁸.

Para el matrimonio civil común surgieron preguntas después del juicio. En primer lugar, cabe señalar que el Código Civil lleva a la conclusión, *a priori*, que el matrimonio es un instituto reservado exclusivamente a parejas heterosexuales a causa de los términos “hombre y mujer”, presentes en muchos dispositivos, como los artículos 1514, 1517, *caput*, y 1565 del Código brasileño.

Debe observar que eso es una presunción, puesto que el Código no tiene una definición del matrimonio como la unión entre el hombre y la mujer. La Constitución Federal no prevé una definición explícita del matrimonio o que la diversidad de género es un requisito previo para la existencia de este. Se limita a determinar que los derechos y deberes de la sociedad conyugal serán ejercidos por igual, por hombres y mujeres⁵⁹.

Pregunta: ¿La mera existencia de los términos hombre y mujer implica la denegación a los homosexuales de contraer matrimonio? Hay algunas corrientes sobre la cuestión: la que entiende que el matrimonio civil es solo y solo reservada a las parejas heterosexuales y aquella que menciona que el matrimonio entre personas del mismo sexo es inexistente⁶⁰. En el mismo sentido, hay quienes sostienen que hay en el sistema legal brasileño una “prohibición implícita” al matrimonio homosexual.

Algunos argumentan que el matrimonio civil se limita a las parejas heterosexuales por omisión legislativa. Esta omisión puede ser salvada por la interpretación extensiva de la ley o la analogía y el matrimonio civil estaría abierto a los homosexuales. Hay quienes muestran una inconstitucionalidad manifiesta de los artículos citados *ut supra*, y que esas normas deben ser apartadas por el control difuso o concentrado de constitucionalidad, ofreciendo la posibilidad de los homosexuales a casarse⁶¹.

Gran parte de la doctrina brasileña es homogénea en cuanto a la indicación de las tres hipótesis de “inexistencia” del matrimonio, a saber: la falta de autoridad celebrante, la ausencia de consentimiento de las partes y la falta de diversidad de género de los contrayentes. Esta última cuestión es la que tiene una importancia fundamental a este tema.

El art. 1514 del Código brasileño afirma que “el matrimonio tiene lugar en el momento en que el hombre y la mujer manifiestan ante el juez, el deseo de establecer la relación matrimonial, y el juez los declara casados”.

⁵⁷ Cfr. M. Chaves, *Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade*, 2. ed. Curitiba, Juruá, 2012, pp. 228-230.

⁵⁸ Cfr. M. Chaves, *Homoafetividade e direito*, 2. ed., *ob. cit.*, p. 247.

⁵⁹ M. Chaves, *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*, *ob. cit.*, p. 194.

⁶⁰ La teoría del matrimonio inexistente fue creada por el escritor tudesco del siglo XIX, Zachariae, en comentarios al Code francés de 1804 que apareció en Alemania en el año 1808 y en 1839 fueron traducidos por Aubry et Rau. Más tarde, en 1911, la tesis fue desarrollada por Saleilles en un estudio similar. Cfr. C.M. da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. V, *Direito de Família*, 16ª ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira, Forense, Río de Janeiro, 2007, p. 129.

⁶¹ M.C.A. Véase Pace, *Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um breve estudo sobre o direito fundamental de acesso ao modelo de família matrimonializado efetivado pela hermenêutica constitucional*, en: *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo*, E. Cortiano Junior, J.M.L. de Meirelles, L.E. Fachin, P. Nalin (coords.), Juruá, Curitiba, 2008, p. 207.

El fundamento de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria que sostiene la “no existencia” del matrimonio civil entre personas del mismo sexo se encuentra principalmente en la lectura del dispositivo anterior. Se comprende que debido a la ausencia de referencia expresa al matrimonio entre personas del mismo sexo la diversidad de género es una “condición de existencia” del matrimonio civil⁶². Nótese que incluso los defensores⁶³ de la teoría de la inexistencia confirman que no está en el sistema jurídico brasileño el texto legal que consagra esta idea, lo que debería conducir a la eliminación automática de esa comprensión por ausencia de fundamento jurídico que la legitime. Situación distinta que sucede en Panamá y Costa Rica donde sus Códigos de Familia consideran que no pueden contraer matrimonio entre personas del mismo sexo (art. 34 y art. 14, inc. 6, respectivamente).

Podría argumentarse falazmente que los presupuestos de hecho de la existencia del matrimonio (entre ellos, la dualidad de los sexos) serían tan evidentes que prescindirían de toda referencia legislativa. Tal comprensión no debe prosperar por violar los principios de legalidad y seguridad jurídica. Además, el matrimonio entre personas del mismo sexo no está prohibido de manera explícita o implícita – como veremos – en el sistema jurídico brasileño; en la esperanza que tal acto no produzca efecto jurídico debe ser insertado en cualquier hipótesis de nulidad o anulabilidad bajo pena de no tener efecto jurídico alguno la supresión de las consecuencias jurídicas derivadas de ello.

La teoría del matrimonio inexistente en Brasil terminó siendo construida por la omisión legislativa y la negativa a otorgar validez a los matrimonios homosexuales, a pesar de la falta de prohibición en la ley para tales actos o un dispositivo legislativo para indicar la inexistencia del matrimonio, como ya fue el caso de Portugal. Es decir, en territorio brasileño es una construcción puramente doctrinal, sin apoyo legal⁶⁴.

El argumento de la dualidad de los sexos como un requisito esencial para el matrimonio, no surte ningún efecto desde el momento que otras jurisdicciones han llegado a aceptar el matrimonio de dos personas, independientemente de su orientación sexual (puesto que hay autores que afirman que en **todas** las civilizaciones occidentales la diversidad de género es un elemento esencial del matrimonio). La reproducción ya no es el propósito del matrimonio y la necesidad de dualidad de sexo no está consagrada en

⁶² Así se manifiesta Maria Helena Diniz, para quien, a pesar de la ausencia de referencia legislativa al respecto de la diversidad de sexo de los cónyuges, este es un requisito previo para la existencia del matrimonio. En opinión de la distinguida jurista, en el caso de matrimonio entre personas del mismo sexo tendrá, además de un matrimonio que no existe, en sus palabras, una farsa, nada. M.H. Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro*, Vol. 5, 17ª ed. actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 40.

⁶³ En este sentido se manifiesta Sílvio Venosa, cuando dice que “incluso si el texto legal no proclama la diversidad de los sexos, esta es esencial para el matrimonio en todas las civilizaciones”. El autor añade que la unión matrimonial entre personas del mismo sexo solo tiene apariencia de matrimonio, y que la naturaleza de este defecto debe ser visto como la inexistencia del negocio jurídico, puesto que considera absurdo aceptar tal posibilidad como acto jurídico válido y eficaz. S. de Salvo Venosa, *Direito Civil, ob. cit.*, pp. 98-100. *Data máxima venia* en un primer punto el jurista está más que equivocado. En la civilización occidental hay varios Estados que reconocen y regulan el matrimonio entre personas del mismo sexo apartando, en sentido estricto, el requisito de la dualidad de sexo como una presunción de validez del matrimonio. Además, el matrimonio homoafectivo no es un “defecto” que debe ser relegado al plano de lo “nada” legal, sino una situación que no está debidamente regulada en Brasil. M. Chaves, *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira, ob. cit.*, p. 196, nota 803.

⁶⁴ M. Chaves, *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira, ob. cit.*, p. 196.

la legislación brasileña. En opinión de Maria Berenice Dias este ejemplo podría servir hace mucho tiempo pero al día de hoy se convirtió en “inútil para tal fin”⁶⁵.

Una vez transpuesta la “teoría de la inexistencia”, en oposición al matrimonio homoafectivo, se argumenta que una pareja del mismo sexo solo puede casarse si la ley se expresó en ese sentido y esto no ocurre debido a la frase que conforma el binomio “hombre y mujer” contenida en el Código. Ante este hecho, se vislumbra un sello, una “prohibición implícita”, a consecuencia de la redacción del art. 1514 del CC, que contraviene lo dispuesto en el art. 5, II de la Constitución brasileña⁶⁶.

La doctrina favorable al reconocimiento del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, en Brasil, es basada en la lógica que las palabras “hombre y mujer” no poseen el poder para prohibir el matrimonio entre una pareja del mismo sexo. Señala que los impedimentos matrimoniales son prohibiciones que están expresamente enumeradas por el Código Civil (art. 1521), u otros dispositivos dispersos que determinen la nulidad o anulación del matrimonio civil. Afirman que la referencia al hombre y la mujer solo indica la regulación del hecho heteroafectivo, sin que ello se traduzca en la prohibición del hecho homoafectivo con el mismo fin que deberían ser reguladas por medio de la analogía o interpretación extensiva⁶⁷.

Hay que reiterar que la formulación de la doctrina y la jurisprudencia sobre la diversidad de género como una condición del matrimonio está equivocada. Fachin advierte que “la cuestión está fuera de este reino, y no puede ser vista a la luz de la conocida teoría de la inexistencia del matrimonio, donde fuertes son los prejuicios y la rigidez”⁶⁸. Este supuesto solo habría razón de ser, en caso de existencia de un requisito de capacidad procreativa de la pareja para la boda, hecho que no existe, se debe reafirmar⁶⁹.

⁶⁵ M.B. Dias, *União homossexual: o preconceito & a justiça*, 3. ed. rev., y atual., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006, p. 87.

⁶⁶ Art. 5: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁶⁷ Cfr. M. Chaves, *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*, ob. cit., p. 196; M.B. Dias, *Manual de Direito das Famílias*, ob. cit., p. 144; P.R.I. Vecchiatti, *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por homossexuais*, Editora Método, São Paulo, 2008, p. 285; M.C.A. Pace, *Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um breve estudo sobre o direito fundamental de acesso ao modelo de família matrimonializado efetivado pela hermenêutica constitucional*, en: *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo*, E. Cortiano Junior, J.M.L. de Meirelles, L.E. Fachin, P. Nalin (coords.), Juruá, Curitiba, 2008, p. 205.

⁶⁸ L.E. Fachin, *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2ª ed., Renovar, Río de Janeiro, 2003, p. 126.

⁶⁹ En doctrina de los EE.UU., este debate surge también. En este sentido, dice Andrew Sullivan: “the center of public contract is an emotional, financial, and psychological bond between two people; in this respect, heterosexuals and homosexuals are identical. The heterosexuality of marriage is intrinsic only if it is understood to be intrinsically procreative; but that definition has long been abandoned in Western society. No civil marriage license is granted on the condition that the couple bear children; and a marriage is no less legal or less defensible if it remains childless. In the contemporary West, marriage has become a way in which state recognizes an emotional commitment by two people for each other for life. And within that definition, there is no public way, if one believes in equal rights under the law, in which should legally be denied homosexuals”. A. Sullivan, *Virtually normal*, en: *Same-sex marriage: The moral and legal debate*, R.M. Baird, S.E. Rosebaum (editors), 2ª ed., Prometheus Books, pp. 205-210, New York, 2004, pp. 205 y 206.

Como se mencionó anteriormente, debido a la máxima constitucional de la igualdad, la ley que tiene la intención de establecer un tratamiento jurídico diferenciado a un grupo particular de personas debe poseer una profunda fundamentación lógico-racional para justificar la discriminación sostenida. La discriminación no puede ser libre o fortuita. Por otra parte, de nuevo se puede hacer la invocación del principio de libertad que, como ha dicho Pimenta Bueno, en el siglo XIX, es la regla general, el principio absoluto, el derecho positivo y no la excepción. La prohibición o restricción son las excepciones y, por tanto, deben ser probadas “encontrarse expresamente pronunciadas por la ley, y no en forma dudosa, pero formal, positiva; todo lo demás es sofisma”⁷⁰.

Además de la anterior opinión, es de reafirmar que, dado el tenor literal del artículo 5, II de la Constitución, no hay “prohibiciones implícitas” bajo la ley brasileña, ya que el mencionado dispositivo establece que “nadie podrá ser obligado a hacer o no hacer nada sino por la fuerza de la ley”. En caso de matrimonios entre personas del mismo sexo la ley se limita a la regulación de un hecho (el matrimonio heterosexual) dejando a otro sin una reglamentación específica y tampoco sin prohibición (matrimonio homoafectivo). Se entiende, por tanto, que tal “prohibición implícita” no existe, el caso se limita a una brecha en la ley y se debería aplicar al artículo 4 de la Ley de Introducción al Código Civil.

La doctrina en favor del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en Brasil termina por ofrecer dos salidas: aplicación extensiva del artículo 1514 del Código o en el caso entenderse que no hay dos situaciones idénticas (una pareja con la dualidad de los sexos y otro par con la identidad de género) se debe aplicar, por analogía, el dispositivo mencionado *ut supra*, pues las situaciones son idénticas al menos en esencia, en vista de que el elemento de formación de ambas uniones es uno solo: el afecto⁷¹.

También en el 2011, alineando con este entendimiento, el Superior Tribunal de Justicia falló a favor del recurso especial de dos mujeres que intentaron casarse directamente. Para la mayoría, el cuarto panel del STJ dictaminó que el matrimonio homoafectivo directo es posible. Aunque la decisión no genera efecto vinculante es un precedente importante, un *leading case* en los tribunales superiores. Otros casos fueron juzgados favorablemente en los tribunales de primera instancia⁷².

El Consejo Nacional de la Judicatura emitió la Resolución 175, del 14 de mayo 2013, que prohíbe expresamente a las autoridades competentes a rechazar la habilitación, celebración y conversión de las uniones estables homoafectivas en matrimonio, bajo pena de sanción administrativa.

7. Conclusiones

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

⁷⁰ J.A.P. Bueno, *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*, Ministério da Justiça e Senado Federal/ UNB, Brasília, 1978, p. 382.

⁷¹ Cfr. M. Chaves, *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*, ob. cit., pp. 198 y 199; P.R.I. Vecchiatti, *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por homossexuais*, Editora Método, São Paulo, 2008, p. 268.

⁷² Cfr. M. Chaves, *Homoafetividade e direito*, 2. ed., ob. cit., p. 257.

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 inconstitucionalidad.

No existe razón lógica, ni 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 encuentre 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 tanto, todos los ciudadanos peruanos, sin excepción alguna, tienen derecho a contraer matrimonio.

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

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

En Brasil, la propuesta de “inexistencia” del matrimonio homosexual es una creación de la doctrina. No hay soporte legal para dicho juicio. Esta situación no es uno de los impedimentos derivados del artículo 1521 del Código, tampoco existen prohibiciones explícitas o implícitas sobre el tema. Y aún si tenemos en cuenta que la frase “hombre y mujer”, como se usa en los artículos 1514, 1517 y 1565 del Código Civil, constituyen “prohibiciones implícitas”, el juez es responsable por el control difuso de constitucionalidad, y puede no aplicar en este caso una norma que considere inconstitucional. Sin embargo, ya se ha dicho que no hay “prohibiciones implícitas” en el sistema jurídico brasileño. Por tanto, el matrimonio entre personas del mismo sexo no está prohibido; incluso si no se establece explícitamente, se permite ahora ya que no existen obstáculos legales al acceso al matrimonio por los homosexuales en la regulación actual del tema en el ordenamiento jurídico brasileño.

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 en 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 a pesar que sobrepase los límites tradicionales. El matrimonio igualitario se concreta en el logro del reconocimiento de vínculos actuales, otorgando el mismo **estatus** y valor que las relaciones heterosexuales.

Lo contrario a ello es inconstitucional.

El matrimonio es para todos.

Lo quieran o no.

Será así.

Artículos del Código Civil peruano que deben modificarse para permitir el matrimonio de personas del mismo sexo

Curso: Seminario de investigación – Bioética, Doctorado – Sección de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de San Marín de Porres, Lima, 2014.

Doctorandos: BLACIDO BAEZ, Soledad Amparo; CUZMA CACERES, Gissele Yolanda; RAMOS SALAS, Duhamel S.; ROJAS ASCATE, Rocío; RUIZ VALLADOLID, Rosario Gladys Mir; SAAVEDRA VERGARA, Erika; VERAMENDI FLORES, Erick.

Docente responsable: Prof. Dr. Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI.

Finalidad del trabajo. Identificar aquellos artículos del Código civil que tratan o se refieren al matrimonio como una institución esencialmente heterosexual a fin de sincerarlos y adecuarlos con criterio inclusivo a las relaciones personales y familiares actuales. Debe descartarse la diversidad de sexo como fuente en las relaciones interpersonales; *contrario sensu*, todos los sujetos, más allá de su sexualidad, tienen derecho a realizarse a través de las instituciones del Derecho de familia, hoy en día abiertas, comprensivas y democráticas.

TEXTO ORIGINAL	PROPUESTA DE MODIFICACION
<p>Noción del matrimonio Art. 234 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.</p>	<p>Noción del matrimonio Art. 234 El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por dos personas legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. Los cónyuges tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.</p>
<p>Apellidos del hijo e inscripción del nacimiento Art. 20° El hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.</p>	<p>Art. 20° El hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre. En caso de matrimonios entre personas del mismo sexo al hijo le corresponde el primer apellido de cada uno de los cónyuges.</p>
<p>Nombre del adoptado Art. 22 El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes. El hijo de uno de los cónyuges o</p>	<p>Nombre del adoptado Art. 22 El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes. El hijo de uno de los cónyuges o</p>

<p>concubinos puede ser adoptado por el otro. En tal caso, lleva como primer apellido el del padre adoptante y como segundo el de la madre biológica o, el primer apellido del padre biológico y el primer apellido de la madre adoptante, según sea el caso.</p>	<p>concubinos puede ser adoptado por el otro. En tal caso, lleva como primer apellido el del padre adoptante y como segundo el de la madre biológica o, el primer apellido del padre biológico y el primer apellido de la madre adoptante, según sea el caso.</p> <p>En caso que los cónyuges sean del mismo sexo, si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará primero el adoptado, los apellidos que le correspondan se ordenarán alfabéticamente.</p>
<p>Derecho de la mujer a llevar el apellido del marido Art. 24º La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el Juez.</p>	<p>Derecho del cónyuge a llevar el apellido del otro Art. 24º El cónyuge tiene derecho a llevar el apellido del otro agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraída nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Tratándose de separación de cuerpos, el cónyuge conserva su derecho a llevar el apellido del otro En caso de controversia resuelve el Juez.</p>
<p>Causales de anulabilidad del matrimonio Art. 277 Es anulable el matrimonio: 5. De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.</p>	<p>Causales de anulabilidad del matrimonio Art. 277 Es anulable el matrimonio: 5. De quien lo contrae por error sobre la identidad física u orientación sexual del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.</p>
<p>Art. 326º. Unión de Hecho La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y</p>	<p>Art. 326º. Unión de Hecho La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por dos personas, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes</p>

<p>cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.</p> <p>La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.</p> <p>La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el Juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.</p> <p>Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.</p>	<p>semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.</p> <p>La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.</p> <p>La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el Juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.</p> <p>Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.</p>
<p>Art. 333. Causales Son causas de separación de cuerpos: 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.</p>	<p>Art. 333. Causales Son causas de separación de cuerpos: 9. La homosexualidad o heterosexualidad sobreviniente al matrimonio.</p>
<p>Efectos de la separación convencional respecto de los hijos Art. 340 Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.</p> <p>Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.</p> <p>El padre o madre a quien se haya confiado</p>	<p>Efectos de la separación convencional respecto de los hijos Art. 340 Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.</p> <p>Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.</p> <p>En casos de matrimonios constituidos</p>

<p>los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.</p>	<p>por cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.</p> <p>El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.</p>
<p>Determinación de la pensión alimenticia Art. 342 El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa.</p>	<p>Determinación de la pensión alimenticia Art. 342 El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que uno de los cónyuges debe pagar al otro.</p>
<p>Art. 345° del Código Civil En caso de separación convencional o de separación de hecho, el Juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 340°, último párrafo y 341°.</p>	<p>Art. 345° del Código Civil En caso de separación convencional o de separación de hecho, el Juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y la del cónyuge, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 340°, último párrafo y 341°.</p>
<p>Efectos del divorcio respecto de los cónyuges Art. 350 Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión</p>	<p>Efectos del divorcio respecto de los cónyuges Art. 350 Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre los cónyuges. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión</p>

<p>alimenticia y la entrega del capital correspondiente. El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio. Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso.</p>	<p>alimenticia y la entrega del capital correspondiente. El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio. Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso.</p>
<p>Igualdad de derecho sucesorios Art. 818º del Código Civil Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los hijos extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos y a los hijos adoptivos.</p>	<p>Igualdad de derecho sucesorios Art. 818º del Código Civil Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los hijos extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia de cada uno de los padres y los parientes de éstos y a los hijos adoptivos.</p>
<p>Concurrencia de hermanos de vinculo mediano Art. 829º del Código Civil, PLANTEAR ALDOCTOR VASI En los casos de concurrencia de hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos recibirán doble porción que éstos.</p>	<p>Concurrencia de hermanos de vinculo mediano Art. 829º del Código Civil En los casos de concurrencia de hermanos de ambos padres con medios hermanos, aquellos recibirán doble porción que éstos.</p>
<p>Donación Conjunta Art. 1630 Cuando la donación se ha hecho a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales y no se dará entre ellas el derecho de acrecer. Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente al marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar el derecho de acrecer, si el donante no dispuso lo contrario.</p>	<p>Donación Conjunta Art. 1630º Cuando la donación se ha hecho a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales y no se dará entre ellas el derecho de acrecer. Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente por los cónyuges, entre los cuales tendrá lugar el derecho de acrecer, si el donante no dispuso lo contrario.</p>
<p>Adopción Art. 2087 La adopción se norma por las siguientes reglas: 1. Para que la adopción sea posible se requiere que esté permitida por la ley del domicilio del adoptante y la del domicilio del adoptado.</p>	<p>Adopción Art. 2087 La adopción se norma por las siguientes reglas: 1. Para que la adopción sea posible se requiere que esté permitida por la ley del domicilio del adoptante y la del domicilio del adoptado.</p>

<p>2. A la ley del domicilio del adoptante corresponde regular:</p> <ul style="list-style-type: none">a. La capacidad para adoptar.b. La edad y estado civil del adoptante.c. El consentimiento eventual del cónyuge del adoptante.d. Las demás condiciones que debe llenar el adoptante para obtener la adopción. <p>3. A la ley del domicilio del adoptado corresponde regular:</p> <ul style="list-style-type: none">a. La capacidad para ser adoptado.b. La edad y estado civil del adoptado.c. El consentimiento de los progenitores o de los representantes legales del menor.d. La eventual ruptura del parentesco del adoptado con la familia sanguínea.e. La autorización al menor para salir del país.	<p>2. A la ley del domicilio del adoptante corresponde regular:</p> <ul style="list-style-type: none">a. La capacidad para adoptar.b. La edad y estado civil del adoptante.c. El consentimiento eventual del cónyuge del adoptante.d. Las demás condiciones que debe llenar el adoptante para obtener la adopción. <p>3. A la ley del domicilio del adoptado corresponde regular:</p> <ul style="list-style-type: none">a. La capacidad para ser adoptado.b. La edad y estado civil del adoptado.c. El consentimiento de los cónyuges o de los representantes legales del menor.d. La eventual ruptura del parentesco del adoptado con la familia sanguínea.e. La autorización al menor para salir del país
--	---