

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

RAZONES JURÍDICAS PARA REGULAR LAS UNIONES HOMOAFECTIVAS A TRAVÉS DE UN CONTRATO EN EL ORDENAMIENTO SUSTANTIVO CIVIL PERUANO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: DEYCI MARLENI CERDÁN BLANCO

Asesor:

Dr. JOEL ROMERO MENDOZA

Cajamarca – Perú

2022

COPYRIGHT © 2022 by
DEYCI MARLENI Cerdán Blanco
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

RAZONES JURÍDICAS PARA REGULAR LAS UNIONES HOMOAFECTIVAS A TRAVÉS DE UN CONTRATO EN EL ORDENAMIENTO SUSTANTIVO CIVIL PERUANO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: DEYCI MARLENI CERDÁN BLANCO

JURADO EVALUADOR

Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2022



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 17:30 horas, del día 19 de mayo de dos mil veintidós, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARIA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, **Dr. JULIO ALEJANDRO VILLANUEVA PASTOR**, y en calidad de Asesor el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“RAZONES JURÍDICAS PARA REGULAR LAS UNIONES HOMOAFECTIVAS A TRAVÉS DE UN CONTRATO EN EL ORDENAMIENTO SUSTANTIVO CIVIL PERUANO”**, presentada por la **Bach. en Derecho y Ciencia Política DEYCI MARLENI CERDÁN BLANCO**.

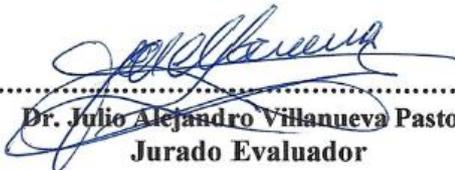
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de BUENA (14) la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bach. en Derecho y Ciencia Política DEYCI MARLENI CERDÁN BLANCO**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las 17:47 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor


.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador


.....
Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador


.....
Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor
Jurado Evaluador

A:

SARA Y OSCAR, mis padres, por brindarme su amor incondicional y su apoyo constante.

AGRADECIMIENTO

A Dios, a mis padres por darme la vida y al Dr. Joel Romero Mendoza, por su paciencia y apoyo en el desarrollo de esta investigación.

La tolerancia como palenque para
mantener un mundo atiborrado de
diferencias y desigualdades.

(anónimo)

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTO	vi
TABLA DE CONTENIDO	viii
LISTA DE ABREVIACIONES	xii
GLOSARIO	xiii
RESUMEN	xiv
ABSTRACT	xv
INTRODUCCIÓN	xvi
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1.1. Planteamiento del problema	1
1.1.2. Formulación del problema	2
1.2. JUSTIFICACIÓN	2
1.3. OBJETIVOS.....	4
1.3.1. Objetivo General.....	4
1.3.2. Objetivos Específicos	4
1.4. DELIMITACIÓN.....	5
1.4.1. Espacial	5
1.4.2. Temporal	5
1.5. LIMITACIONES.....	5

1.6. TIPO Y NIVEL DE TESIS	5
1.6.1. De acuerdo con el fin que se persigue	5
1.7. HIPÓTESIS	8
1.8. VARIABLES	8
1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	8
1.9.1. Genéricos	8
1.9.2. Propios del derecho.....	10
1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	13
1.10.1. Técnicas	13
1.10.2. Instrumento.....	13
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA.....	14
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN	14
CAPITULO II	15
MARCO TEÓRICO	15
2.1. CORRIENTES FILOSÓFICAS SOBRE EL DERECHO	15
2.2. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	22
2.2.3. Constitucionalización de los derechos humanos	25
2.3.4. Dignidad humana	26
2.3.4. Dignidad y libertad sexual.....	32
2.3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.....	38
2.3.1. Consideraciones generales	38
2.3.2. Principio de igualdad y no discriminación	40
2.3.3. Dignidad humana y derecho a la igualdad.....	48
2.3.4. Igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley	51

2.3.5. Igualdad y no discriminación en los tratados internacionales	52
2.4. UNIONES DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	57
2.4.1. Concepto	57
2.4.2. Terminología.....	57
2.4.3. Tipos de unión de hecho	58
2.4.4. Uniones de hecho en el Perú	59
2.4.5. Naturaleza jurídica de la unión de hecho.....	60
2.4.6. Requisitos de la unión de hecho.....	61
2.4.7. Extinción de la Unión de hecho	62
2.5. UNIONES HOMOAFECTIVAS	63
2.5.1. Concepto	63
2.5.2. Denominación.....	65
2.5.3. Características de las uniones homoafectivas.....	65
2.5.4. Las uniones homoafectivas en la legislación nacional	69
2.5.6. Uniones homoafectivas en el derecho comparado	71
2.5.7. Derechos patrimoniales y obligacionales.....	91
2.5.8. Uniones homoafectivas como contrato de convivencia	104
CAPITULO III	112
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	112
3.1. EL CARÁCTER PRINCIPISTA DE LOS VALORES FUNDAMENTALES A LA LIBERTAD E IGUALDAD QUE CONFORMAN EL CONTENIDO FUNDAMENTAL DE CUALQUIER DERECHO, INCLUIDAS LAS UNIONES HOMOAFECTIVAS.....	112
3.2. GARANTIZAR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES Y OBLIGACIONALES RECOGIDOS EN EL ORDENAMIENTO SUSTANTIVO CIVIL PERUANO A LOS INTEGRANTES DE LAS UNIONES HOMOAFECTIVAS	128

3.3. LA IDONEIDAD DEL CONTRATO COMO MEDIO RAZONABLE PARA MATERIALIZAR LAS UNIONES HOMOAFECTIVAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO SUSTANTIVO CIVIL PERUANO.....	137
CAPITULO IV.....	151
PROPUESTA PARA REGULAR LAS UNIONES HOMOAFECTIVAS A TRAVÉS DE UN CONTRATO EN EL ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO.....	151
CONCLUSIONES	160
RECOMENDACIONES	162
LISTA DE REFERENCIAS.....	163

LISTA DE ABREVIACIONES

CC: Código Civil Peruano de 1984

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CPP: Constitución Política de 1993

EXP: Expediente

N. °: Número

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TC: Tribunal Constitucional

GLOSARIO

Dignidad humana: Es el reconocimiento a todo hombre como ser humano, constituyéndose como inherente a su ser, y presupuesto esencial de todos sus derechos y libertades fundamentales.

Igualdad. Es el derecho de los hombres a que se los reconozca y se los trate a todos por igual, y que estos tienen el mismo valor frente a la legislación y poderes del Estado.

No discriminación. Es la eliminación de cualquier distinción que se base en motivaciones explícitas, tales como el sexo y que posean un fin de transgredir y neutralizar el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales.

Uniones homoafectivas. Es la unión de dos personas del mismo sexo que conforman una entidad constante de vivienda y de subsistencia que es de público conocimiento (Medina G., 2001, p. 38).

RESUMEN

La unión y convivencia de parejas homoafectivas, es un hecho social al que no le hace falta contar con estadísticas o resultados fácticos para ser regulado y admitido porque se trata de la consecuencia directa del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad; no obstante, para efectos jurídicos, nuestro país ha omitido actuación alguna en tutela de los derechos de la parejas que guardan estas características; en tal sentido, es interés de la presente investigación determinar las razones jurídicas que justifiquen la regulación de las uniones homoafectivas en el ordenamiento sustantivo civil peruano; con tal finalidad, se formuló una hipótesis, cuya contrastación requirió del método dogmático y de la argumentación jurídica, se analizó cuáles son las normas referentes a derechos patrimoniales y obligacionales en lo pertinente a las uniones homoafectivas y en torno a la protección del derecho a la igualdad y no discriminación, enmarcada desde el punto de vista constitucional; esto es, el Estado Constitucional de Derecho; por ende entender y optar por un mecanismo adecuado para su implementación. La implementación, regulación y protección está dirigida a la sociedad y al Estado, el que importa un beneficio proporcional para ambos, beneficio que se logra sin contravenir derechos fundamentales e instituciones familiares, consiguiendo con ello la reafirmación del derecho a la igualdad y no discriminación y el principio deontológico de la dignidad humana.

Palabras clave: Unión homoafectiva. Igualdad. No discriminación. Dignidad humana.

ABSTRACT

In Peru, We are witnessing a social phenomenon to which we cannot be oblivious, even less ignore it, as we are aware of their proliferation and lack of regulation, in that context, is sought to know, what are the legal reasons for regulating homo-affective unions in the Peruvian civil substantive law? On the basis of this, a hypothesis was formulated which, in order to be verified, had to make use of the dogmatic method and legal argumentation. The research carried out led us to determine that the regulation of homo-affective unions and the consequent protection in our Peruvian civil substantive order poses many legal challenges, social and conservatism gaps, the doctrine was analyzed around this challenge, international legislation and jurisprudence, with the aim of regulating these unions in our legal system; it also analyzed the international and national legal regulations that protect homo-affective unions in a generic way and through cohabitation contracts. In this regard, it was analyzed which are the norms referring to patrimonial and obligatory rights in relation to homo-affective unions and around the protection of the right to equality and non-discrimination, framed from a constitutional point of view; that is, the Constitutional State of Law; therefore, understanding and opting for an adequate mechanism for its implementation. The implementation, regulation and protection is aimed at society and the state, which is of proportional benefit to both, without contravening fundamental rights and family institutions, thereby reaffirming the right to equality and non-discrimination and the ethical principle of human dignity.

Key words: *Homo-affective union. Equality. Non-discrimination. Human dignity.*

INTRODUCCIÓN

La Constitución política del Perú en el artículo uno establece que la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado; en ese contexto, se entiende que todo ser humano que forma parte del Estado es merecedor de respeto y protección de sus derechos fundamentales; empero, la realidad muestra lo contrario, pues existe aún exclusión de ellos, como el específico caso de las uniones homoafectivas que no tienen ningún mecanismo de regulación en nuestro sistema sustantivo civil peruano.

Por su parte, el artículo 4 de la CPP señala que el Estado protege y promueve el matrimonio, reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, por su parte el artículo 5 del mismo cuerpo normativo prescribe que la unión estable de varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable; en ese contexto, es de verse que tiene reconocimiento constitucional tanto el matrimonio como tal y las uniones establecidas entre varón y mujer; por tanto, existe garantía y pleno ejercicio de sus derechos; empero, las uniones homoafectivas no tienen la misma consecuencia, en razón a que estas son ignoradas, debido a que en la actualidad es inconcebible a nivel social, moral y legal que se le equipare al matrimonio; por tanto, es imposible concebir alguna protección jurídica.

Pues bien, resulta inaceptable que, las uniones homoafectivas no tengan hasta ahora una protección o regulación legal, pese a su existencia social y al amparo constitucional del principio-derecho a la igualdad y no discriminación; máxime si estamos en un Estado Constitucional de Derecho.

Con el fin de llenar este vacío legal, se debe profundizar en el derecho como ente regulador y poder hacer uso de alguna institución o mecanismo jurídico, con la finalidad de lograr el fin perseguido y la protección del ser humano, como fin supremo de la sociedad y del Estado.

En la actualidad, en el marco internacional algunas legislaciones amparan las uniones homoafectivas, lo que indica que es una práctica tomada en las sociedades modernas que regulan este fenómeno jurídico; asimismo, se otorga la capacidad de ejercer derechos patrimoniales y obligacionales, afectando la dignidad humana, el derecho de la igualdad y no discriminación y el desarrollo de la libre personalidad.

En este trabajo de investigación determinamos las razones jurídicas que sustenten la regulación de las uniones homoafectivas a través de un contrato de convivencia, el mismo que se estructuró en cuatro capítulos.

En el primer capítulo se desarrollaron los aspectos metodológicos de la investigación, básicamente el planteamiento, descripción, justificación, formulación del problema, el tipo de investigación que se utilizó, mismo que es esencialmente básica, descriptiva, explicativa y propositiva, el método que se

manejó es el cualitativo, analítico e inductivo; y, el método exegético, dogmático, hermenéutico y argumentativo, los que en esencia pertenecen a los métodos propios del derecho. Se estableció la hipótesis y los objetivos generales y específicos respectivamente.

En el segundo capítulo se desarrolló el marco teórico, iniciando con el marco iusfilosófico a fin de poder determinar cuál es el paradigma o corriente filosófica en la cual se subsume el problema de investigación y como se justifica a partir de ello su regulación; aunado a ello, abordamos todo lo concerniente al Estado Constitucional de Derecho, como base del respeto y cumplimiento del íntegro de derechos constitucionales; a su vez, se ha esbozado y desarrollado de manera lata los conceptos y/o definiciones del derecho a la dignidad humana, como valor intrínseco de cada ser humano, el sentido formal y material de la constitución.

Por otro lado, se desarrolló el derecho a la igualdad y no discriminación, sus definiciones y que comprenden los mismos; asimismo, se estableció en esencia a los instrumentos legales nacionales e internacionales que amparan una eventual regulación de las uniones homoafectivas y por qué razón no deben ser quebrantados; se estudió las uniones de hecho en la legislación nacional, como preámbulo para el desarrollo del tema en estricto, como una demostración de la existencia de las uniones de hecho en el Perú.

Aunado a ello, se tocó el tema de las uniones homoafectivas, el concepto, características, los dispositivos legales que amparan su regulación; las uniones homoafectivas en el derecho comparado, centrándonos básicamente en los

países que le dan este enfoque, los derechos y obligaciones que se les debe conceder; y, el contrato, dando sus alcances y como se justifica su regulación con el uso de esta institución.

En el tercer capítulo se ha desarrollado la contratación de hipótesis, meollo de la investigación en donde se ha esbozado las razones jurídicas que justifican la regulación de las uniones homoafectivas a través de un contrato.

Finalmente, en el cuarto capítulo se ha efectuado una propuesta normativa, en la que se establece los límites, términos y alcances del contrato de convivencia de los miembros de las uniones homoafectivas; y, por último, se ha elaborado las conclusiones y sugerencias del trabajo efectuado.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Planteamiento del problema

Los seres humanos somos sociables y libres; y, desde tiempos remotos hemos necesitado vivir en sociedad para desarrollarnos plenamente; sin embargo, el relacionarse en un determinado ámbito geográfico, cultural, racial, religioso y económico, ha ocasionado que la convivencia no sea fácil, tornándose muchas veces en tormentosa y demasiado problemática; es así que surge la necesidad de establecer reglas claras de convivencia, con la finalidad de cautelar los derechos de las personas y de hacer cumplir los deberes y obligaciones de las mismas; es por ello que en la actualidad podemos afirmar que vivimos en un Estado Constitucional de Derecho en donde existe un conjunto de normas que regulan la vida en sociedad.

El Estado debe garantizar una convivencia pacífica y armónica, acorde con la moral y las buenas costumbres; empero, ello no siempre es así, pues somos conscientes que existe vulneración por exclusión de derechos.

La familia como institución jurídica es protegida por el Estado, es considerada como un pilar fundamental para el desarrollo de un país y

por qué no decirlo de todas las sociedades del mundo; no obstante, un sector de la población que conforman las uniones homoafectivas deben ser reconocidas por el orden jurídico interno y que se los dote de legalidad y aceptación.

Bajo el contexto descrito, resulta inadmisibles su aceptación como una institución equiparable al matrimonio, razón por la cual se debe acoger su regulación sin que afecte a esta, por lo que se propone utilizar una institución preexistente para regularlas, mediante la cual se establezca determinados derechos y obligaciones a los miembros que la conforman, siendo esta institución jurídica, el contrato, mismo que traería consecuencias positivas para estas uniones; pues lo que se busca no es solo justicia e igualdad, sino también consolidarlas y protegerlas de manera efectiva, otorgando por consiguiente seguridad jurídica.

1.1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son las razones jurídicas que justifican la regulación de las uniones homoafectivas a través de un contrato en el ordenamiento sustantivo civil peruano?

1.2. JUSTIFICACIÓN

El tema elegido resulta de importancia, pues se tiene como propósito hacer efectiva la base de todo el orden jurídico interno; es decir, la dignidad humana como fundamento del Estado Constitucional de Derecho y la consiguiente protección del derecho a la igualdad y no discriminación y el

libre desarrollo de la personalidad y, garantizar el pleno ejercicio de los derechos patrimoniales y obligacionales de los miembros que integran una unión homoafectiva promoviendo de esta manera la no discriminación de este sector de la población.

Asimismo, la investigación propuesta es trascendente para el ámbito académico; debido a que se está investigando a las uniones homoafectivas desde otra perspectiva, no encasillándolas en las clásicas propuestas de uniones civiles, lo que acrecentará el conocimiento académico y conducirá al estudio de este fenómeno y obtener mejores propuestas jurídicas; aunado a ello, se está afrontando una realidad social que se presenta en la actualidad, de la que nuestro sistema jurídico no puede ser ajeno, con el fin de lograr el desarrollo integral de los individuos en sociedad.

En este orden de ideas, se hace necesaria la regulación de las uniones homoafectivas puesto que al presentarse en la sociedad generan efectos y consecuencias jurídicas que deben tener un tratamiento legal mediante determinadas instituciones del derecho y con ello también la protección de derechos constitucionalmente protegidos.

La investigación nos ayudó a establecer razones jurídicas del por qué es conveniente regular las uniones homoafectivas a través de un contrato, así también, el determinar los límites, términos y alcances del contrato, a efectos de proteger a quienes se encuentran inmersos en este tipo de uniones.

Finalmente, no debe dejarse de lado que regular este fenómeno jurídico, subsana el vacío legal que existe y por consiguiente se reafirma el respeto a la dignidad humana; del mismo modo, fortalece el principio justicia y seguridad jurídica, pues los operadores jurídicos tendrán la norma a aplicar.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

Establecer las razones jurídicas que justifican la regulación de las uniones homoafectivas a través de un contrato en el ordenamiento sustantivo civil peruano.

1.3.2. Objetivos Específicos

- a.** Analizar los valores fundamentales que determinan la necesidad de tutela de las uniones homoafectivas.
- b.** Identificar el contenido del ordenamiento sustantivo civil peruano que posibilita la tutela de las uniones homoafectivas.
- c.** Analizar la idoneidad del contrato como medio para materializar las uniones homoafectivas dentro del ordenamiento sustantivo civil peruano.
- d.** Proponer la fórmula normativa que tutele los derechos de las uniones homoafectivas a través de un contrato en el ordenamiento sustantivo civil peruano.

1.4. DELIMITACIÓN

1.4.1. Espacial

Debido a que la presente investigación es básica y, principalmente dogmática, no cuenta con ámbito espacial.

1.4.2. Temporal

Por la razón antes señalada, la investigación no puede enmarcarse en un ámbito temporal específico.

1.5. LIMITACIONES

No existieron limitaciones para el desarrollo de la presente tesis.

1.6. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.6.1. De acuerdo con el fin que se persigue

a. Básica

De acuerdo con Aranzamendi, la investigación básica o teórica busca hacer aportes teóricos al derecho o crear conceptos que desarrollen un sistema o rama jurídica (2015, p. 85); en ese sentido, se advierte la existencia de un vacío legal sobre la regulación de las uniones homoafectivas que implica no solo la falta de tutela de los derechos fundamentales de sus integrantes, sino que, terminan por lesionarlos, tal y como ocurre con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la prohibición de discriminación y, dentro de este marco, a los derechos patrimoniales; bajo dicho contexto, se buscó incrementar el conocimiento, al establecer las razones

jurídicas para regular las uniones homoafectivas a través de un contrato en el ordenamiento sustantivo civil peruano, para así garantizar el derecho intrínseco de la dignidad humana, el principio-derecho de igualdad y no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad.

1.6.2. De acuerdo con el diseño de la investigación

a. Explicativa

Si bien es cierto, esta tipología de investigación fue ideada para las ciencias naturales o para las ciencias ideales; empero, ha sido utilizada también para la ciencia jurídica, siempre que el objeto de investigación involucra la determinación de razones o fundamentos jurídicos que, en buena cuenta, constituyen causas para la regulación de una figura o institución jurídica determinada.

Vale decir, siendo que para las ciencias antes señaladas la investigación explicativa “es aquella que tiene relación causal; no solo persigue describir o acercarse a un problema, sino que intenta encontrar las causas del mismo” (Guevara Alban, Verdesoto Arguello y Castro Molina, 2020, p. 165); en el caso de la presente investigación, no se busca encontrar las causas de la anomia, sino las razones para la nomia; puesto que las razones jurídicas que se han obtenido como resultado del presente trabajo, se instituyen como causas para la regulación de las uniones homoafectivas como contrato en el ordenamiento civil peruano, lográndose así

como consecuencia la tutela efectiva de los derechos fundamentales de sus integrantes.

b. Propositiva

Se buscó brindar razones jurídicas para regular las uniones homoafectivas a través de un contrato en el sistema sustantivo civil peruano, puesto que no está regulado, situación que genera afectación de derecho; en tal sentido, se ha elaborado una propuesta normativa que protege dichas uniones.

1.6.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan

a. Cualitativo

El enfoque que se utilizó es de carácter cualitativo; como lo recuerda Olvera (2015), en ella, se busca la esencia o la sustancia íntima del fenómeno particular y la comprensión individual (p. 87); en ese sentido y a partir del análisis exegético y dogmático, valoramos situaciones existentes, el fenómeno estudiado, elaborando conclusiones que nos permitieron brindar las razones jurídicas para regular las uniones homoafectivas, con la posibilidad de regularlas a través de un contrato en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

1.7. HIPÓTESIS

Las razones jurídicas que justifican la regulación de las uniones homoafectivas a través de un contrato en el ordenamiento sustantivo civil peruano, son:

- a.** El carácter principista de los valores fundamentales a la libertad e igualdad que conforman el contenido fundamental de cualquier derecho, incluidas las uniones homoafectivas.
- b.** Garantizar el ejercicio de los derechos patrimoniales y obligacionales recogidos en el ordenamiento sustantivo civil peruano a los integrantes de las uniones homoafectivas.
- c.** La idoneidad del contrato como medio razonable para materializar las uniones homoafectivas dentro del ordenamiento sustantivo civil peruano.

1.8. VARIABLES

Esta investigación es eminentemente cualitativa y de carácter dogmático, motivo por el que la hipótesis carece de variables.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Genéricos

a. Analítico - sintético

En primer término, el método analítico, que involucra “un procedimiento lógico que posibilita descomponer mentalmente un todo en sus partes y cualidades, en sus múltiples relaciones, propiedades y componentes. Permite estudiar el comportamiento

de cada parte” (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017, pp. 8 y 9), fue utilizado para estudiar las uniones homoafectivas a partir de los valores jurídicos ya existentes y reconocidos tanto en el ordenamiento internacional como en el nacional; tales como el derecho a la libertad, dentro del cual se identifica al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad en la determinación del proyecto de vida, también el derecho a la igualdad que involucra la creación de figuras jurídicas que no discriminan o propician discriminación, dentro de esto, la igualdad en la ley y la igualdad ante la ley, entre otros valores jurídicos que, comprendidos en sus mínimas expresiones, pueden dar paso a la construcción de nuevos valores jurídicos que aseguren la tutela de los derechos que circundan a las uniones homoafectivas; este último extremo de la investigación, aplicó el método sintético que “es la operación inversa, que establece mentalmente la unión o combinación de las partes previamente analizadas y posibilita descubrir relaciones y características generales entre los elementos de la realidad” (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017, p. 9).

b. Deductivo

En relación con el método analítico – sintético, opera también el método deductivo por el que las “generalizaciones son puntos de partida para realizar inferencias mentales y arribar a nuevas conclusiones lógicas para casos particulares. Consiste en inferir soluciones o características concretas a partir de generalizaciones,

principios, leyes o definiciones universales” (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017, p. 11); para el problema en específico que plantea la presente investigación, es decir, la anomia de los derechos relativos a las uniones homoafectivas, se han utilizado principios jurídicos generales como el de libertad e igualdad, así como leyes generales ya reconocidas relativas al derecho patrimonial y obligacional que han servido para inferir nuevas formulaciones normativas eficientes para la tutela de los derechos que se desprenden de este tipo de uniones.

1.9.2. Propios del derecho

a. Hermenéutica jurídica

Se usó este método por cuanto se utilizó una interpretación del artículo 1, artículo 2, inciso 2) de la CPP y artículo 1351 del CC; en ese contexto y a fin de demostrar la hipótesis se aplicó criterios y concepciones que trascienden al ordenamiento jurídico, conforme señala Villabella Armengol este método posibilita entender su engarce sistémico-estructural con una totalidad mayor, y la de interconexión con el contexto histórico-social en el que se desenvuelve (2009, p. 24), pues se tuvo en cuenta el contexto jurídico-social actual, así como las diversas concepciones doctrinarias, jurisprudenciales y legales que rodean el problema jurídico de las uniones homoafectivas, esto a fin de lograr una mejora significativa en la protección de determinados fenómenos jurídicos, con el propósito de lograr su regulación.

a. Exegético

Nuestra investigación se centró en el estudio de los preceptos normativos contenidos en el artículo 1, artículo 2, inciso 2) de la CPP y artículo 1351 del CC.

b. Dogmático

Con la evolución del Derecho, así como de la ciencia jurídica, el método dogmático ha evolucionado también y ha pasado de ser considerado un estudio de las disposiciones normativas y sus contenidos, a enfocarse principalmente en dicho contenido, pero no desde una perspectiva formalista como planteaba el positivismo; sino con la intención material, constitucionalista de sistematizar los contenidos jurídicos, la naturaleza y los elementos que componen cada figura o institución jurídica (Alexy, 1998, p. 140); esto a partir del reconocimiento de una multidimensionalidad del Derecho, lo que lleva a revisar cuestiones materiales como la manera en que se presentan en la realidad las uniones homoafectivas y las implicancias jurídicas de su configuración, así como, los derechos que requieren ser tutelados en este contexto material; por otro lado, la verificación de los principios y valores fundamentales ya reconocidos por la axiología jurídica y que se encuentran relacionados con la necesidad de regulación de las uniones homoafectiva; para, finalmente, lograr la construcción de un dogma o contenido jurídico fundamental que se instale como razón para la regulación de tales uniones homoafectivas. Ese es el ejercicio

dogmático que contemporáneamente puede admitirse en una investigación jurídica y que presenta esta en particular.

c. Argumentación jurídica

La argumentación jurídica no se encuentra alejada de la argumentación en general, que supone “un proceso secuencial que permite inferir conclusiones a partir de ciertas premisas. Implica un movimiento comunicativo interactivo entre personas, grupo de personas e incluso entre la persona y el texto que se está generando” (Rodríguez Bello, 2004, p. 3); tal y como ha sido señalado anteriormente, el derecho, ha ido generando premisas diversas relativas al contenido de las uniones familiares, estas con la base fundamenatal de la libertad y la igualdad, así como de la dignidad como valor referente de cualquier contenido jurídico; pues bien, el proceso argumentativo que se ha desarrollado en la investigación, toma como insumo dichas premisas generales ya aceptadas, para construir contextos de justificación orientados a la regulación de los derechos que asisten a las uniones homoafectivas, lo que permitió elaborar las razones jurídicas para regular las uniones homoafectivas a través de un contrato en el sistema sustantivo civil peruano, lo que dio respuesta al problema formulado.

1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Técnicas

a. Observación documental

La investigación no pretendió establecerse como una investigación primaria en el sentido empírico, si bien es cierto se trata de una investigación básica, el estudio realizado para producir mayor conocimiento es eminentemente teórico y dogmático; en este sentido, la técnica utilizada para el recojo de la información fue la observación documental, ello puesto que la observación “es la forma más sistematizada y lógica para el registro visual y verificable de lo que se pretende conocer” (Campos y Covarrubias, 2012, p. 49), en el caso de la presente investigación el objeto de investigación está determinado por la normatividad, jurisprudencia, discusiones axiológicas y circunstancias fácticas que rodean a las uniones homoafectivas; información que ha sido recogida y sistematizada para la posterior aplicación de los métodos antes señalados.

1.10.2. Instrumento

a. Hoja guía de observación documental

Los instrumentos son medios materiales en los que se consigna la información para su posterior procesamiento; en tal virtud, en la investigación se utilizó la hoja guía de observación documental como instrumento para la aplicación de la técnica de observación documental sobre la normatividad, jurisprudencia, discusiones

axiológicas y circunstancias fácticas que rodean a las uniones homoafectivas.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

Esta investigación, por su tipología, no admite unidades de análisis, universo o muestra.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el desarrollo de la investigación no se ha encontrado antecedentes directos de estudios acerca del tema específico desarrollado, afirmación que se hace después de haber revisado el RENATI (Registro Nacional de Trabajos de Investigación) de la SUNEDU (Superintendencia Nacional de Educación Universitaria); precisando que se han efectuado investigaciones en torno a las uniones civiles, pretendiendo su regulación bajo la figura del matrimonio; situación que dista con la investigación realizada en este trabajo.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. CORRIENTES FILOSÓFICAS SOBRE EL DERECHO

Dentro de este acápite desarrollaremos la concepción iusfilosófica en la cual se enmarca el problema jurídico propuesto, para poder llegar a la concepción en la que se justifica el tema propuesto, se hace necesario bosquejar de manera breve las concepciones iusfilosóficas, dentro de las que podemos destacar al *iusnaturalismo*, para el que los principios o valores le otorgan validez a las normas positivizadas y justifican la obediencia al derecho “puesto”, y la idea que la justicia o la moralidad constituyen ingrediente necesario del concepto del derecho y que este, en lógica correspondencia incorpora un principio de obligatoriedad moral, se constituye además como una exigencia normativa derivada de Dios, de la naturaleza o de la razón. El punto central del *iusnaturalismo* es la tesis de la relación necesaria entre derecho y moral; es decir, entre el derecho que es y el derecho que de acuerdo con alguna concepción de la justicia, debería ser (Coripuna, 2015, pp. 26-27); para el *iuspositivismo*, “las normas positivizadas poseen validez independientemente de la existencia o contenido de los aludidos principios o valores “naturales” o “racionales” (Coripuna, 2015, p. 26), la expresión positivismo jurídico alude a aquel derecho “puesto”, “producido” o “establecido” por actos humanos y que puede ser identificado mediante criterios ajenos a la moral (Coripuna, 2015, p. 28).

El fundamento filosófico tendientes a regular las uniones homoafectivas a través de un contrato en el ordenamiento sustantivo civil peruano se explica a partir de la teoría del positivismo incluyente¹, desarrollada entre otros por Waluchow para quien “consiste en admitir que la atribución de validez jurídica a las normas, la determinación de su contenido y su concreta influencia sobre la decisión judicial de los casos concretos pueden depender de factores morales” (Etcheverry, 2012, pp. 414-415), en palabras de Alexy “se aduce que la moral está necesariamente incluida en el concepto de derecho” (2008, p. 80), este significaría la inclusión de los principios como criterio adicional para la identificación de las normas jurídicas. Se trataría de admitir que los principios morales pueden formar parte de la regla de reconocimiento en el sentido de que pueden formar parte de los criterios para identificar las normas jurídicas (p. Álvarez, p. 418) y que esta facilitaría o admitiría la existencia de mecanismos institucionales que permitirían evitar resultados injustos, arbitrarios o absurdos en la identificación, interpretación y aplicación del Derecho, pues se busca evitar

¹ Para una adecuada comprensión de lo que estamos desarrollando, es necesario abordar dos tesis bases, tales como el iusnaturalismo y el positivismo, los mismos que han adquirido distintas variantes. Los iuspositivistas defienden la tesis de la separación, esta tesis sostiene que no existe una conexión necesaria entre el derecho como es y el derecho como debería ser. En su versión más precisa, sostiene que no existe una conexión necesaria entre la validez jurídica o la corrección legal, y el mérito y demérito moral o corrección o incorrección moral, del otro (Alexy, 2008, pp. 78 a 79); aunado a ello, se indica que “las normas positivizadas poseen validez independientemente de la existencia o contenido de los aludidos principios o valores “naturales” o “racionales” (Coripuna, 2015, p. 26), la expresión positivismo jurídico, alude a aquel derecho “puesto”, “producido” o “establecido” por actos humanos y que puede ser identificado mediante criterios ajenos a la moral (Coripuna, 2015, p. 28). Para los iusnaturalistas “los principios o valores le otorgan validez a las normas positivizadas y justifican la obediencia al derecho “puesto”, y la idea que la justicia o la moralidad constituyen ingrediente necesario del concepto del derecho y que este, en lógica correspondencia incorpora un principio de obligatoriedad moral, se constituye además como una exigencia normativa derivada de Dios, de la naturaleza o de la razón. El punto central del iusnaturalismo es la tesis de la relación necesaria entre derecho y moral, es decir, entre el derecho que es y el derecho que de acuerdo con alguna concepción de la justicia, debería ser (Coripuna, 2015, pp. 26-27).

que la identificación “formalista” del Derecho produzca resultados absurdos e injustos que implican que siempre y en todos los sistemas jurídicos se eviten dichos resultados (Etcheverry, 2012, p. 425) y que en caso que sustentamos resulta de relevancia la necesaria conexión entre el derecho y moral –crítica-; puesto que en el caso que sustentamos se centra en la incorporación de derechos fundamentales, principios y valores y la “incorporación explícita de criterios sustantivos para la validez jurídica” (p. Mora Sifuentes, 2010, p. 10); máxime si la CPP lo regula en el artículo 1 e inciso 2) del artículo 2; puesto que en el actual modelo existen valores jurídicos y principios que no pueden estar ajenos en el sistema jurídico, pues conforme nos dice, Apalategui (2017) las normas de derecho fundamental o la mayoría de ellas son principios jurídicos, los que son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (p. 359), que si bien el positivismo jurídico se empeña en trazar una frontera nítida entre el derecho y la moral, esto es, la búsqueda de la certeza, seguridad jurídica o conocimiento respecto de que es lo que los operadores jurídicos pueden decidir²; empero, dichos valores pueden válidamente estar en una regla sin necesariamente excluirlos; además que constituye un principio del Estado Constitucional.

² Todo ello se sintetiza en la idea de arbitrariedad: es el temor a la arbitrariedad –de los jueces– lo que mueve al positivismo. Dicha arbitrariedad puede resumirse en tres ideas: a) falta de certeza en el sentido de no poder predecir el derecho en su fase de aplicación; b) falta de racionalidad, es decir, carencia de claridad argumentativa al momento de exponer o motivar una decisión; y, c) falta de legitimidad democrática, entendida como falta de autoridad o aval moral para tomar el tipo de decisiones que toman los jueces en algunos casos controvertidos. (Álvarez, p. 421)

El tema propuesto se fundamenta en esta concepción iusfilosófica; en ese sentido, conforme nos dice Alexy que existe alguna clase de conexión necesaria entre el derecho y la moral. Las dos respuestas más elementales y generales son la tesis de la separación y la tesis de la conexión; la tesis de la separación sostiene que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Con toda seguridad, la tesis de la separación no agota el positivismo jurídico. Sin embargo, este se encuentra en un núcleo. Es imposible ser un positivista sin estar de acuerdo con la tesis de la separación. Por lo tanto, la tesis de la separación está necesariamente presupuestada por el positivismo jurídico; la negación de la tesis de la separación es la tesis de la conexión. La tesis de la conexión señala que existe por lo menos una clase de conexión necesaria entre el derecho y la moral” (2008, p. 61).

En ese orden de ideas, para Joseph Raz, la existencia de una regla jurídica válida tiene que ver únicamente con la verificación sobre si posee la fuente apropiada en la legislación, decisión judicial o costumbre social, cuestiones que son puramente de hecho social, de linaje y que pueden establecerse independientemente de factores morales. Refiere que una teoría del derecho es aceptable solo si los criterios por ella propuestos para determinar la existencia y contenido del derecho se basan exclusivamente sobre hechos relativos al comportamiento humano, susceptibles de ser descritos en modo no-valorativo y, solo si, además, los mencionados criterios vengán aplicados sin necesidad de recurrir a un argumento moral (Joseph Raz citado por Coripuna, 2015, pp. 34-35).

El positivismo jurídico incluyente, implica la incorporación de principios morales; es decir, no se limita al positivismo o lo que la norma establece, sino más allá de ello, llegando por ejemplo a incorporar a la dignidad humana como un principio moral; en ese sentido, se establece que esta corriente se presenta en mayor medida en los casos difíciles que se presentan en el Estado Constitucional, pues sirven de ejemplo para el positivismo jurídico incluyente, pues estos se caracterizan por la incorporación de la moral mediante la consagración de principios fundamentales (por ejemplo, derechos fundamentales como dignidad de la persona, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, etc.), de modo que es posible que descriptivamente se sostenga la existencia de una conexión entre derecho y moral, sin que por ello se afecte la tesis de la separabilidad, pues esta última requiere tan solo que sea conceptualmente posible imaginar un sistema jurídico en el cual el derecho y moral estén separados (por ello se habla de “tesis de la separabilidad” y no “tesis de la separación”)” (Coripuna, 2015, pp. 36-37); sin embargo, esta como otras corrientes no están exentas de críticas, pues se ha indicado que el positivismo jurídico inclusivo se dirige al denominado “carácter controvertido de los principios morales”, en la medida que dicho carácter generaría incerteza en aquello que resultaría vinculante en un ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en cuanto a la disposición constitucional que prohíbe los “tratos inhumanos y degradantes”, dichas críticas afirman que no es posible establecer objetivamente cuál es el contenido de dicha disposición; es decir, que no podría existir un acuerdo

objetivo y racional respecto de aquello que constituiría un trato inhumano y degradante” (Coripuna, 2015, pp. 36-37).

Pues bien, como se advierte del problema planteado e indicado supra; ello se sugiere a partir del análisis de los artículos ya citados de la CPP y del presupuesto esencial de todos los derechos fundamentales, la dignidad humana, a partir de ello comprobamos que existe una problemática en torno al problema propuesto y bajo qué concepción filosófica se asienta y se fundamenta la hipótesis propuesta.

En cuanto a la forma en que estas corrientes nos ayudaran a contrastar nuestra hipótesis, conviene precisar que estos nos permitirán justificar la regulación de las uniones homoafectivas dentro del sistema sustantivo civil peruano; ello con la finalidad de determinar si en efecto es adecuada su regulación y si es factible dentro de nuestro modelo adoptado.

Así respecto a nuestra hipótesis nos ayudó a entender el alcance de la igualdad y no discriminación; además, desde la perspectiva del positivismo incluyente, podemos entender que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, y en el caso en concreto al ser un problema táctico y controversial, por consiguiente difícil que se está presentando en el Estado Constitucional de derecho; por tanto, es indispensable la incorporación de la moral mediante la consagración de principios fundamentales, constituyéndose en necesaria la utilización de esta corriente filosófica dentro del problema propuesto.

Aunado a ello, nos ayudó a clarificar como es que se va a garantizar el ejercicio de los derechos patrimoniales y obligacionales de los miembros

de las uniones homoafectivas, pues se hace referencia al valor moral supremo dignidad humana, empero se evidencia que no se hace efectivo en la realidad; del mismo modo, desde la perspectiva del positivismo incluyente, advertimos la importancia e influencia de estas corrientes en la solución del problema planteado, por lo que resulta factible aplicar razones morales en casos difíciles; también implica la obligación jurídica de hacerlo cuando sea posible. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, esta es una conexión necesaria entre el derecho positivo y la moral. Esta conexión necesaria tiene la consecuencia de que las decisiones que son moralmente defectuosas también son jurisdiccionalmente defectuosas. Desde el punto de vista de una más amplia concepción no-positivista del derecho, esto significa la inclusión de las razones morales en interior del derecho” (Alexy, 2008, p. 68).

Teniendo en cuenta lo desarrollado en el presente *ítem*, podemos decir que nuestra investigación se ubica en el positivismo incluyente; por lo que no puede dudarse, es que las consideraciones relativas a la justicia (alcanzar la aplicación de los dispositivos constitucionales) y la efectividad de derechos intrínsecos pertenecen al ámbito moral; puesto que cuando las razones del positivismo se agotan, la pretensión de corrección permite recurrir a razones de toda índole, pero cuando hay buenas razones para adoptar una decisión judicial, se otorga prioridad a las consideraciones de justicia sobre todas las demás consideraciones que no están basadas en el derecho positivo (Alexy, 2008, pp. 67-68).

2.2. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Los paradigmas y las concepciones de los Estados han ido cambiando y evolucionando, tal como es de verse dentro de nuestro Estado; es así pues que se dio la transformación del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, esto puede sintetizarse según Aguiló Regla en la fórmula “del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho” (o “del impero de la ley” al “imperio de la constitución”) (2008, p. 13); en ese contexto, el paradigma acentuado en nuestro orden jurídico es de carácter pospositivista; es decir, esta conceptualizado o etiquetado como un Estado Constitucional de Derecho, el que cuenta con una estructura de un sistema jurídico en el que, además de reglas, hay principios (Aguiló Regla, 2008, p.5).

Afirma, Añón que, dentro del contenido de la Constitución, los derechos son en este paradigma la pieza fundamental, pues este modelo atribuye a los derechos el papel de ser la justificación más importante del Derecho y del Estado; por tanto, el Estado no es sino un instrumento de tutela de los derechos fundamentales y como tal fundamento impone fines y objetivos que deben ser realizados. Uno de las fisonomías que mejor definen el Estado Constitucional de Derecho es la orientación del Estado de la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: no se trata, pues, de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución (p. 28). Como lo sostiene Ferrajoli, citado por Añón, los derechos fundamentales son como aquellas

expectativas o facultades de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías, como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: la tesis da contenido a la idea de que el modelo de Estado Constitucional, el Derecho y el poder encuentran su legitimidad en su presupuesto de orden externo que no es sino la persona como valor, y la primacía axiológica de este postulado sobre cualquier otro (Ferrajoli, citado por Añón, p. 28). Dentro de esta concepción constitucional se protegen y garantizan derechos, dentro de los cuales los poderes públicos están al servicio de los ciudadanos que conforman el Estado, el que debe respetarlos y salvaguardarlos, teniendo en cuenta en todo momento cual es el fin de la creación de este ente estatal; entonces, la Constitución y los derechos fundamentales nos dice añón que no son sino artificios jurídicos que cobran todo su sentido en tanto impone límites al poder y garantiza la libertad e inmunidad de las personas. En ese mismo sentido, para Pisarello, se han creado a fin de maximizar la autonomía de las personas y minimizar el impacto de los poderes (públicos y privados) sobre sus vidas (Añón, p. 28).

En el Estado Constitucional de Derecho nos dice L. Prieto, citado por Añón que los derechos fundamentales son:

Garantías institucionales, normas objetivas del sistema jurídico y derechos subjetivos. En tanto que libertades, potestades, pretensiones e inmunidades normativas protegidas por el ordenamiento jurídico. Junto a esta doble dimensión –objetiva y subjetiva- se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador y también en las relaciones entre particulares.

En este modelo, por lo tanto, los derechos fundamentales pueden ser pensados como límites o prohibiciones que afectan al legislador, esto es, los derechos no son ilimitados, no son absolutos, pero tienen un contenido constitucionalmente tipificado o predeterminado y, salvo habilitación expresa, no pueden ser cercenados por el legislador. El legislador no puede introducir límites a los derechos donde la constitución no lo hace. Sin embargo, no puede sostenerse la idea de que entre los derechos constitucionales y sus límites hay fronteras nítidas, o que es posible formular un catálogo taxativo de los supuestos de hecho y sus excepciones correspondientes a los enunciados de derechos constitucionales. (p. 29).

El Estado Constitucional de Derecho democrático se solidifica entre otros sobre el principio de la libertad (Bechara Llanos, 2011, p. 64); entonces, al momento de tutelar las libertades expresa e implícitamente establecidas en la CPP se consolida la garantía de los derechos; aunado a ello, las garantías constitucionales del Estado son los que delinearán este paradigma creado bajo las aristas de libertad, orden y justicia social. (Bechara Llanos, 2011, p. 64).

El paso del Estado legal de derecho al Estado Constitucional de derecho ha supuesto y supone cambios importantes en la idea misma del derecho (Castillo Córdova, 2018, p. 19), es por ello que en nuestro Estado ahora así concebido tenemos bases para poder amparar, resguardar, salvaguardar y proteger todos los escenarios que se presenten.

Sostiene Zagrebelsky que la generalidad es la esencia de la ley en el Estado de Derecho, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho sin distinción está necesariamente conectada con algunos postulados fundamentales del Estado de derecho como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la Ley (Zagrebelsky, citado por Prioti, 2016, p. 20); por su parte, para Chanamé

Orbe, “los derechos fundamentales son connaturales al ser humano, el derecho positivo lo que ha hecho es reconocer positivamente los tratados internacionales y constituciones de cada Estado” (2019, p. 199).

2.2.3. Constitucionalización de los derechos humanos

a. Contenido material de la Constitución

La persona tiene un valor en sí misma, por ser lo que es. Cual sea su valor hoy no tiene discusión: la persona vale como fin (Castillo Córdova, 2018, p. 21); puesto que si la persona es una realidad que tiende a la perfección, entonces su valor reclama que esa perfección o realización ocurra de modo efectivo, y ocurra en la mayor medida de lo posible, en la medida en que lo debido es lo justo o el derecho, entonces, otra forma de denominar a estos bienes humanos debidos es derechos humanos.

Los derechos humanos han de ser definidos como el conjunto de bienes humanos debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le permitirá alcanzar grados de realización en la medida en que con ellos logra satisfacer necesidades y exigencias humanas esenciales (Castillo Córdova, p. 21).

Es así que los derechos representan las exigencias de justicia que se formulan desde y para la persona; al constitucionalizarse reciben el nombre de derechos fundamentales (Castillo Córdova, 2018, p. 22).

b. Contenido formal de la Constitución

El contenido formal de la CPP tiene carácter subordinado al contenido material: el poder existe, se organiza y desenvuelve para

favorecer la plena realización de la persona, es decir para promover la plena vigencia de sus derechos humanos. Si la persona tiene condición de fin supremo, y los poderes públicos tienen la condición de medios o instrumentos a su servicio, entonces, las competencias, procedimientos y las formalidades previstas para su desenvolvimiento solo serán legitimados políticamente y válidas jurídicamente, si efectivamente se dirigen a promover la plena realización de la persona a través de la plena vigencia de sus derechos humanos (Castillo Córdova, 2018, p. 24); en ese contexto, los procesos o procedimientos no tienen la condición de absolutos, como si lo tiene la persona y sus derechos, por lo que las decisiones que tomen los poderes del Estado a través de sus estamentos está limitado a que se realicen respetando a las personas.

Nos dice Castillo Córdova que se nos olvida a veces que la Constitución se ha de cumplir toda ella de modo efectivo y pleno, y sus contenidos no solo reconocen los bienes humanos debidos, sino que crean también órganos públicos a quienes les asigna una cuota de poder afectada a la consecución de un deber (función pública), que ayudará a hacer realidad el fin último que es promover la plena realización de la Persona (2018, p. 25)

2.3.4. Dignidad humana

El Estado Peruano considera a la persona y su dignidad como fin supremo de la sociedad; en ese sentido, la dignidad es el presupuesto

esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la CPP; pues se concibe sobre la integridad del orden jurídico sin que logre reducirse o minimizarse a la defensa de los tradicionales derechos civiles y políticos, sino que abarca también los derechos económicos, sociales y culturales; es decir, la dignidad humana no es un mero enunciado formal, sino más bien un valor ético positivado que convierte a todos los derechos constitucionales en normas eficaces de aplicación inmediata (Mesía Ramírez, 2018, p. 35).

En ese entendido Kant, sostiene que, “la persona humana posee una dignidad tan alta y característica que nunca debe ser utilizada como un medio sino como un fin. La dignidad humana, según el autor, era [y es] la base de los derechos humanos” (Kant, citado por Chanamé Orbe, 2019, p. 202), por su parte, Fernández Sessarego, nos dice que “la defensa de la persona humana y el respeto constituyen la razón del derecho, por ello, el derecho es un instrumento libertador de la persona” (Fernández Sessarego, citado por Chanamé Orbe, 2019, p. 202), por lo que la dignidad humana se configura como el presupuesto esencial de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento de la libertad entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás (Chanamé Orbe, p. 226).

En suma, la dignidad humana se entiende que es el reconocimiento de todo hombre como ser humano y no como cosa u objeto; siendo esta

innata a su ser y esencia. En otras palabras, la dignidad lo constituye todo, ese mínimo esencial valorativo que corresponde a toda persona por ser tal. Así tenemos que para el constitucionalista Saguez, citado por Espezúa Salmón, señala que, la dignidad humana genera dos ámbitos: una garantía negativa en cuanto impone al estado y también a los particulares, abstenerse de atacar la dignidad, por ejemplo, en el sentido de afirmar positivamente. Ello implicaría al Estado que pueda asegurar ciertas obligaciones tendientes a cerciorar, por ejemplo, un mínimo de igualdad de oportunidades y de condiciones de vida, aptas para el despliegue de tal personalidad, lo que puede apurar el modelo llamado del estado de prestaciones (Saguez, citado por Chanamé Orbe, 2019, p. 224), por lo que podemos determinar que, en efecto, “la persona es el eje central del ordenamiento jurídico nacional. Todos, tienen la obligación de respetarla y protegerla” (Chanamé Orbe, 2019, p. 225).

El TC³, ha señalado que, en estos tiempos, la dignidad humana es reconocida no solo como un principio si no como un derecho y su concepción filosófica, dogmática y doctrinaria sirve de base para la interpretación de la Constitución. Asimismo, la interpretación de los derechos fundamentales que esta reconoce debe entenderse como una verdadera manifestación de la dignidad humana⁴ (Mesía Ramírez, 2018, p. 35).

³ Fundamento jurídico 22 del Exp. N° 00030-2005-PI/TC

⁴ Uno de los aspectos que involucra una viga hermenéutica en la judicatura es la concepción de la dignidad como un principio y como un derecho. Subyace en esta naturaleza dual aspectos que involucran criterios deontológicos, axiológicos y antropológicos que ha aludido Alexy. En efecto, la dignidad desde una perspectiva deontológica gira en torno a mandatos, prohibiciones, permisiones a algo. La dignidad, vinculado a lo axiológico, esta “caracterizado por el hecho de que su concepto fundamental no es el mandato o deber ser, sino de lo que es bueno”. El concepto antropológico gira en torno a la voluntad, interés, necesidad, decisión y acción. La dignidad al fin y al cabo, supone respetar a la persona; y el pósito con el que se inicia el

En lo señalado por el TC, resulta correcto sostener que la interpretación de derechos constitucional, como el de la igualdad y no discriminación debe hacerse teniendo en cuenta una de las bases del ordenamiento jurídico, que es finalmente el porqué de la existencia de estos derechos.

En torno a la dignidad humana, Varsi Rospigliosi expresa que es el principio máximo, superprincipio, macroprincipio o principio de principios. Aparece en el artículo uno de la CPP, fácilmente puede argumentarse que el principio de la dignidad es hoy una de las bases de apoyo de los sistemas jurídicos modernos. Es desigual reflexionar sobre los derechos desconectados del concepto y de la idea de dignidad. 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". 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 individuo. La dignidad es contraria a todo precepto de reificación del ser. La dignidad es la calidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del

articulado constitucional es sintomático, dado que, a partir de esta cláusula, el juez podrá integrar cualquier vacío, aplicando en el marco de la interpretación de los derechos fundamentales, este principio-derecho. Así, a partir de este principio de la dignidad se presentan interesantes horizontes de ponderación frente a eventuales conflictos de principios. No cabe duda que entre un principio fundamental y el principio de la dignidad, el test o la fórmula de peso resulta determinante en este último, dependiendo de la concepción misma de interpretación del Juez constitucional. (Eto Cruz, 2017, p. 148)

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. 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” (Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Varsi Rospigliosi, 2011, p. 108-109). 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. En nombre del principio de la dignidad humana, entre otros, es necesario que se concedan derechos a las uniones homoafectivas (Roger Raupp Ríos, citado por Varsi Rospigliosi, 2011, p. 108-109); por consiguiente, la dignidad humana se constituye como el fundamento mínimo a fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales, en tal sentido, el TC⁵ ha sostenido que la dignidad humana es una cualidad inherente a la persona en cuanto ser humano, forma parte de ella y es inseparable de ella. Su reconocimiento expreso en el texto constitucional supone que la fundamentación del

⁵ Fundamento jurídico 75 del Exp. N° 00020-2012-PI/TC

ordenamiento jurídico no depende de un valor suprapositivo o de un poder político determinado; todo lo contrario, tal configuración jurídica significa que la dignidad humana es el *prius* lógico y axiológico de todo el sistema constitucional. Desde esta perspectiva, la dignidad de la persona se erige como el fundamento ontológico de los derechos fundamentales, desplegando su proyección hacia ellos, y a la vez, como el valor supremo del ordenamiento jurídico en su conjunto (Mesía Ramírez, 2018, p. 36).

Es menester precisar que los derechos fundamentales tienen eficacia vertical y horizontal, la primera de ellas destinada a reclamar su cumplimiento al Estado y la eficacia horizontal, la destinada a reclamar su cumplimiento a los particulares; en ese sentido, en torno a la eficacia horizontal de los derechos y la dignidad humana el TC⁶ sostuvo que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la CPP), en atención al cual el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan,

⁶ Fundamento jurídico 22 del Exp. N. ° 00228-2009-PA/TC

detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales (Mesía Ramírez, 2018, p. 36).

2.3.4. Dignidad y libertad sexual

En torno a la dignidad y libertad sexual, Landa sostiene que, “es un principio que fundamenta todo el ordenamiento jurídico constitucional y constituye la base filosófica de los derechos humanos” (Landa, 2006, p.6), señala además que la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha destacado que de la dignidad humana, deriva entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, mismo que está consagrado a nivel constitucional; es decir, el derecho de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma, como vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, su libre opción sexual. La orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, es un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona igual o distinta (Landa, 2006, p. 6). En relación a la importancia de la dignidad humana señala que, “como un principio rector que potencializa los derechos fundamentales, enriqueciéndolos con nuevos significados cuando se vinculan con el goce y ejercicio de los derechos y libertades, y que orienta la actividad normativa y jurisprudencial” (Landa, 2006, pp. 6-7), reconoce además que la dignidad no solo es un principio de todo

ordenamiento constitucional y democrático, sino que también es un derecho fundamental que como tal resulta exigible en relación a los derechos y libertades fundamentales. Así, al ser exigibles pueden los individuos reforzar la demanda de la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección. La dignidad es pues, no solo un principio en el cual se afirme un Estado democrático constitucional, sino también es el derecho humano que fundamenta la validez y eficacia de la libertad (Landa, 2006, p. 8).

Por su parte, Varsi Rospigliosi, en torno a la libertad, sostiene que es denominada también como autodeterminación (*selfdetermination*). Es el valor supremo del ser humano, pues se puede a un ser humano recomendar, pero no se puede imponerse a un individuo que hacer con su vida; pues deberes para consigo mismo no pueden imponerse, solo los deberes para con los demás se exigen. El principio de la libertad garantiza el derecho a formar una relación de pareja, una unión estable heterosexual u homoafectiva. Existe libertad de disolver el matrimonio o la unión estable, como el derecho de reconstruir nuevas estructuras de convivencia; después de todo, es la libertad, la posibilidad de una coordinación consciente de los recursos necesarios para el desenvolvimiento de la personalidad y la realización de la felicidad personal (María Berenice Dias, citado por Varsi Rospigliosi, 2011, pp. 110-111); por tanto, la relación entre la protección de la dignidad de la persona y la orientación homosexual es directa (2011, p. 114) por lo que, en nombre del principio de la dignidad humana, la libertad y la igualdad

debe considerarse a las uniones homoafectivas, independientemente del ajuste legal en el Perú (Varsi Rospiglios, 2011, p. 119).

La CIDH, ha sostenido que el respeto a la dignidad se da de manera independiente de la condición existencial de la persona, es decir, de la situación y de las circunstancias en que se encuentre; por tanto, es completamente inherente al ser humano por su condición de tal. Asimismo, la dignidad goza de un efecto de irradiación a los demás derechos fundamentales, de forma directa e indirecta (Landa, 2006, p. 8). El principio de igualdad se complementa con el de no discriminación, dado que se vulnera cuando existe un trato distinto a un grupo en comparación con otros, a pesar de que ambos grupos no tengan una diferencia razonable que justifique dicha variación en los tratos. No obstante, debe precisarse que este derecho no supone un trato exactamente idéntico hacia todos los individuos, pero tampoco permite que se den tratos diferenciados de manera injustificada, como es el caso de las uniones homoafectivas (Landa, 2006, p. 9).

La CIDH, en el caso *I.V. vs. BOLIVIA*, sentencia del 30 de noviembre de 2016 ha destacado que el artículo 11 de la Convención Americana protege uno de los valores fundamentales de la persona; esto es, el reconocimiento de su dignidad. En efecto, el inciso primero de dicho artículo contiene una cláusula universal de protección de la dignidad cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos los individuos deben ser tratados

como iguales, en tanto fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida (Soria Fuente, 2019, pp. 233-234), por lo que, el aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de autoderminación y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización del individuo, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención (Soria Fuente, 2019, p. 234).

En el contexto descrito, podemos determinar que en efecto, las uniones homoafectivas son un desafío social y legal al que estamos enfrentados, puesto que existe desprotección y rezago en el ámbito jurídico, en razón a que su exclusión se ha justificado, no en bases jurídicas y normativas; por el contrario en la moral pública, en las buenas costumbres y hasta en el texto constitucional de protección al matrimonio; existen aparentes defensores de la legalidad, los que evidentemente no se condice con la realidad; pues, los intereses particulares y de grupos determinados se privilegia frente a la realidad; si bien, el Estado ha hecho frente a determinadas situaciones mediante políticas de Estado en las que indudablemente se ha evolucionado en torno a la supresión de la discriminación; empero, aún existe discriminación e intolerancia; en ese

sentido, se hace de suma relevancia que se legisle este vacío normativo para lograr el respecto del plexo de derechos fundamentales, pues es el Estado quien debe vigilar el cabal cumplimiento de estos.

En contraposición a lo afirmado, aún existe rechazo sobre la regulación de las uniones homoafectivas; sin embargo, ello no es atribución suficiente para exceptuar su acogimiento y seguir avalando actos discriminatorios.

Resuelta evidente la falta de reconocimiento de las uniones homoafectivas en nuestro sistema sustantivo civil peruano; frente a ello y haciendo un análisis constitucional podemos afirmar que la eficacia de todos los derechos constitucionales no es textualmente protegido; pues, advertimos una desprotección.

Si bien el Derecho expresado en el modelo de Estado se presenta como una exigencia de justicia, nos preguntamos ¿cómo se protegen derechos de determinados sectores de la población?, ¿tienen menos derechos?, frente a ello, evidentemente es obvia la respuesta, el Estado a través de sus poderes públicos tiene la obligación de respetar los derechos de los seres humanos y lo consagrado a nivel constitucional en el artículo uno de la CPP; en ese entendido, las uniones homoafectivas tienen suficiente fundamento para conseguir su regulación y protección; por consiguiente, no puede dejarse desprotegidas con el pretexto de que no encajan dentro de una determinada figura jurídica o que como erróneamente se cree, quebranta postulados constitucionales.

El Estado Constitucional de derecho como paradigma necesariamente acarrea las principales funciones que la Constitución y los poderes públicos deben cumplir; esto es, la promoción y defensa de los derechos; entonces nos cuestionamos: ¿gozan los miembros de las uniones homoafectivas de los beneficios y ventajas que ofrece este modelo de Estado?, ¿se respeta la dignidad?, sin duda, las respuestas son negativas, resultando innegable su desprotección a este sector de la población, precisándose además que lejos de ser un Estado que prioriza la satisfacción de derecho, se ha convertido en un Estado que discrimina a un sector de la población, cimentándose en prejuicios.

Dentro del derecho constitucional, podemos destacar que los derechos fundamentales tienen tres dimensiones, una axiológica, normativa e histórica, lo que aquí interesa es la axiológica, porque reconoce atributos y facultades al ser humano, el que como ya se ha establecido está compuesto de tres elementos, los cuales son: la dignidad humana, la libertad y la igualdad, la que a su vez hemos determinado que está establecida a nivel constitucional lo que lo configura como una norma principio, por cuanto se reconoce al ser humano por el hecho de serlo de manera inherente y por tener reconocimiento constitucional, por cuanto a nivel constitucional se los está optimizando para el mejor respeto y cumplimiento del mismo, a su vez, los legisladores tienen la tarea de optimizar derechos y desarrollarlos en los que se constituye dentro del bloque de constitucionalidad, por lo que al momento de determinar o legislar un determinado fenómeno se debe tener en cuenta el punto de

partida, esto es la dignidad humana, reconocida a nivel internacional y nacional, por lo que los particulares pueden exigir el cumplimiento de ese contenido; es decir el cumplimiento de lo establecido a nivel constitucional en la norma y se le va a exigir al Estado; constituyéndose en sujeto activo aquel que exige el derecho (tercero o particular) y en sujeto pasivo aquel a quien se exige el derecho (el Estado), con la finalidad de que realice un objeto, esto es que el Estado haga algo o deje de hacer; en ese contexto, podemos determinar que en efecto los miembros de las uniones homoafectivas pueden exigir al Estado el respeto de las disposiciones constitucionales estatuidas por el propio constituyente; por lo que, dichas disposiciones no pueden interpretarse de manera reduccionista (Afonso Da Silva, 2015, p. 177).

2.3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

2.3.1. Consideraciones generales

En el inciso 2 artículo 2 de la CPP se ha establecido que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, derecho fundamental que irradia a todo el sistema jurídico y es aplicable de modo igual para todos sin discriminación alguna; por lo que la pertenencia del derecho a la igualdad a la especie humana, hace [de este] a este derecho inviolable, pues existe una identidad absoluta de derechos en todas y cada una de las personas (Mesía Ramírez, 2018, p. 67).

Para Mesía Ramírez:

La igualdad ante la ley fue una de las reivindicaciones fundamentales de las revoluciones burguesas. Ello obedeció al hecho de que en la sociedad estamental del Antiguo Régimen existía una diversidad de ordenamientos.

La ley aplicable y los tribunales que la aplicaban eran distintos, según la condición personal del destinatario de la norma. A cada estamento le correspondía su propia normatividad.

Para acabar con esta fragmentación del orden jurídico, la revolución liberal y burguesa hizo iguales a todos frente a la ley. Esta concepción no podía dejar de tener consecuencias sobre la misma caracterización de la ley, que había de configurarse como universal, es decir, con validez frente a todos los ciudadanos; como general y abstracta, o sea, con prohibición de leyes singulares que fuesen aprobadas para regular situaciones concretas, singulares que fuesen aprobadas o que tuviesen como único destinatario a una persona y a un grupo de personas determinadas; y por último, la ley tenía que ser de duración indefinida, esto es, con vocación de permanencia (2018, p. 110).

Pero como sostenía García Morillo, citado por Mesía Ramírez esta concepción del principio de igualdad, tenía más que ver con los efectos de la Ley que con la igualdad de los ciudadanos, pues de lo que en realidad se trataba era de garantizar el alcance general de la Ley. Este tradicional concepto de la igualdad ha experimentado recónditas innovaciones que han supuesto, en cierta forma, una ruptura parcial de los caracteres de universalidad, generalidad, abstracción y duración indefinida de la ley, la igualdad es hoy, una proyección jurídica, una superación del concepto formal de igualdad ante la ley, para adentrarse en una igualdad material, es decir, la igualdad dentro de la ley o en la ley y en el ámbito de su aplicación. (García Morillo, citado por Mesía Ramírez 2018, p. 110).

La igualdad ha sido establecida a nivel internacional, la misma que debe respetarse dentro de nuestro sistema nacional; entonces, “la cláusula de igualdad impone a los órganos del Estado una auténtica obligación de hacer y de actuar, a fin de obtener unos determinados resultados

sociales” (Mesía Ramírez, 2018, p. 111); en ese sentido, es menester citar a la Declaración Universal de Derechos Humanos como base de los derechos para los países que la han suscrito, pues en ella se reconoce todos los derechos que sirven de inspiración a las naciones.

2.3.2. Principio de igualdad y no discriminación

La noción de igualdad como derecho es difícil de precisar. Lo único que puede decirse es que los hombres tienen derecho a que se reconozca a todos ellos como personas y que la justicia ordene que se trate igualmente a los iguales, pero nadie puede plantear la exigencia de ser igual a los demás y, por el contrario, el derecho primordial de cada persona humana es precisamente el de ser ella misma, el de afirmarse como una individualidad irreductible, específica y distinta de todas las otras. Por ello, la igualdad como derecho debe ceñirse al reconocimiento de una identidad esencial entre los hombres y a ofrecer a cada uno de ellos las mismas oportunidades para el desenvolvimiento de su personalidad eliminando todo privilegio que no esté fundado en el mérito y la capacidad de cada uno (Chanamé Orbe, 2019, p. 236).

En torno a la igualdad (llamada isonomía) Varsi Rospigliosi, sostiene que:

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 común.

La igualdad esta visceralmente relacionada con el principio de la libertad. Solo hay libertad, si existe igualdad. Como dice María Berenice Dias, “si no hay el presupuesto de la igualdad, habrá dominación y sumisión, no la libertad”. 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”. 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 (2011, p. 111).

La CIDH en el caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, ha establecido que el derecho a la igualdad y no discriminación está contemplado en la propia Convención Americana desde distintas perspectivas, en primer término, ha consignado que todas las personas son titulares de derechos y libertades que se los reconoce sin discriminación alguna; aunado a ello, asocia el derecho a la igualdad con la dignidad, pues la CIDH remarca que el principio de igualdad y no discriminación como la base misma del orden público nacional e internacional; en segundo término, el principio de igualdad y no discriminación implica la obligación de los Estados no solo de abstenerse de realizar actos que conduzcan a discriminación de hecho o de derecho, sino también a implementar medidas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades (Gómera Juárez, 2018, p. 49).

La decisión emitida por la CIDH, sienta un precedente importante para los Estados miembros, los que están obligados a no quebrantar derechos de carácter fundamental y abstenerse de efectuar acciones tendientes a menoscabar estos derechos; y, lo que es más significativo es que se debe tomar acciones destinadas a la implementación de medidas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en nuestra sociedad, se ha sostenido además que la interpretación de

los tratados sobre derechos humanos debe ser progresista, según la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales; en ese sentido, debe optarse por aquella que brinde mayor protección a los derechos humanos (Gómera Juárez, 2018, p. 49).

En la Opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, la CIDH ha definido la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (p. 33).

Se ha sostenido además que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*.

La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre el descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico (Opinión consultiva OC-24/17, 2017, p. 32).

Entonces y como consecuencia de lo establecido, los Estados parte de la firma de los tratados internacionales, tienen la obligación de dar efectivo cumplimiento en los términos estrictos señalados e inclusive de revestirlos de mayor protección; en ese contexto y conforme se cita líneas abajo, el artículo 1.1 de la Convención, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la convención es, *per se*, incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, mediante cualquier trato diferente que pueda resultar discriminatorio; es decir, que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio

de igualdad y no discriminación (Opinión consultiva OC-24/17, 2017, p. 34); por tanto, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar las situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades; esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias (Opinión consultiva OC-24/17, 2017, p. 34).

La CIDH, en torno al alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual sostiene que esta no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. En ese sentido, por ejemplo, los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho a la no discriminación por orientación sexual (Opinión consultiva OC-24/17, 2017, p. 34).

Pues bien, la carencia de consenso al interior de algunos países sobre el respeto de derechos de personas que se distinguen por su orientación sexual, identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos o para perpetuar o reproducir la discriminación histórica y estructural que estas personas han sufrido. El hecho de que esta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede

conducir al tribunal a abstenerse de resolver, pues al efectuarlo debe remitirse a la legislación internacional por las obligaciones internacionales contraídas por decisión de cada Estado a través de la Convención Americana (Opinión consultiva OC-24/17, 2017, p. 42); pues un derecho que se reconoce para todas las personas, no puede ser negado o restringido a nadie, y bajo ninguna circunstancia; pues ello, violaría el artículo 1.1 de la Convención Americana, instrumento que proscribe la discriminación en general, incluyendo en ello categorías como la orientación sexual, y la identidad de género, que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención (Opinión consultiva OC-24/17, 2017, p. 43).

El principio-derecho a la igualdad y no discriminación tiene reconocimiento constitucional, y conforme nos dice Varsi Rospigliosi, 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. 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 de uniones homoafectivas por existencia de dispositivo legal o por omisión en el sistema jurídico es, en principio, inconstitucional. Como dice el jurista portugués Murias, 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 (Murias, citado por Varsi Rospigliosi, 2011, p. 112). En virtud del principio de igualdad, consagrado en la CPP, puede decirse que toda diferencia debe ser fundamentada, tener una lógica y una racionalidad compatible con los cánones establecidos en la CPP. Partiendo de estos presupuestos, cualquier discriminación o diferenciación de trato puede considerarse inconstitucional, en torno a lo sostenido, continúa siendo irrazonable la exclusión de regulación de las uniones homoafectivas, teniendo en consideración todo lo establecido a nivel nacional e internacional (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 112).

En el Perú, existe una evidente vulneración de derechos constitucionales de los miembros de las uniones homoafectivas, pues estos no son respetados; por tanto, existe un vacío normativo, el que posee repercusiones negativas de índole patrimonial; aunado a ello, se afectan derechos de índole constitucional relacionados a la libertad y libre desarrollo de la personalidad, pues los miembros de estas relaciones también están salvaguardados por el derecho fundamental que proclama nuestra CPP y los tratados internacionales.

La libertad de cada persona debe respetarse, cada uno tiene la libre elección de optar por lo que le parezca correcto; sin embargo, ello no debe confundirse con el libertinaje, puesto que tiene determinados límites, debido a que no puede ir contra el orden público y las buenas costumbres, por lo que resulta menester la actuación del Estado a fin de

poner determinados parámetros en torno a ella y se pueda ejercer en la medida de lo posible; puesto el Estado y la sociedad tienen el deber de respetar la libertad de cada ser humano y dotarle de seguridad jurídica; para ello está finalmente, para garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales a través de sus diferentes órganos estatales.

La figura de las uniones homoafectivas debe ampararse bajo cualquier fórmula legal, sobre la base de un Estado Constitucional de Derecho, creemos que lo más conveniente es el contrato, institución jurídica mediante la cual no habrá colisiones con otras instituciones jurídicas consagradas a nivel constitucional.

Como se ha sostenido *supra*, se habla de la protección de los derechos constitucionales, de la dignidad humana como base de un Estado Constitucional de Derecho; empero, no existe en el Perú instrumento alguno que proteja las uniones homoafectivas, pues se las discrimina; en ese sentido, es momento de ceder condiciones adecuadas; máxime si tenemos en consideración el avance de las circunstancias, contextos y escenarios de los seres humanos.

Es evidente que la moral ha significado uno de los argumentos para la exclusión de regulación de las uniones homoafectivas, argumento que se ha visto reforzado por una sociedad como la nuestra, conservacionista; en ese sentido, haciendo un análisis a la sentencia desarrollada *supra*, Gomera Juárez nos indica que, la existencia de una

diferencia de trato se determina según la CIDH siempre que se advierte la consideración explícita o implícita de la orientación sexual de la persona para tomar una decisión (2018, p. 51). El Perú es un país que tiene a la vista, niveles bajos de tolerancia; sin embargo, ello no puede ser una consideración para seguir discriminando a sectores de la población, el hecho de que algunas sociedades tengan niveles bajos de tolerancia a la orientación sexual no habilita al Estado para perpetuar tratos discriminatorios, sino al contrario, están obligados a implementar las medidas necesarias para garantizar el pleno disfrute de los derechos contenidos en la Convención Americana (Gomera Juárez, 2018, p. 53).

2.3.3. Dignidad humana y derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad como conjunto de derechos consagrados en la CPP, encuentra su fundamento último en la dignidad de la persona, según lo establece el artículo 1, por lo que está reconociendo una igualdad esencial de todas las personas, por lo que exige que tanto la sociedad como el Estado deben tener como principal objetivo la vigencia de la dignidad humana⁷ (Mesía Ramírez, 2018, p. 37).

En ese tenor, en torno a los alcances del derecho a la igualdad, se sostiene que es un derecho “típicamente relacional”, puesto que no se infringe la igualdad en abstracto sino en relación con otros derechos, no es posible la violación del derecho a la igualdad que no comporte, al mismo tiempo, la violación de otro derecho: el trabajo, la libertad de

⁷ STC, Exp. N° 0004-2006-PI/TC, fundamento jurídico 115

residencia, la tutela judicial efectiva, entre otros. La igualdad se nos exhibe, así como un derecho de carácter genérico que se proyecta sobre la totalidad de las relaciones jurídicas, pero no como un derecho a ser igual que los demás, sino más bien a ser tratado igual en cada relación jurídica. Por consiguiente, la igualdad no solo se configura como un atributo subjetivo de la persona, sino también como un principio rector del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, se afirma con razón que la igualdad “supone también el valor esencial y una regla que debe ser observada en el desarrollo legislativo y en la aplicación del conjunto de los derechos fundamentales que la CPP acoge (Mesía Ramírez, 2018, p. 112).

En efecto nos dice Mesía Ramírez, citando una STC⁸ que:

El examen sobre la vulneración del principio-derecho de igualdad, siempre va a estar relacionado con el examen sobre la vulneración de otros derechos. Al respecto el TC ha sostenido que, en función de su carácter relacional, el derecho a la igualdad: funciona en la medida [en] que se encuentre conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales; precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las Leyes reconocen y garantizan. (2018, p. 116-117).

Se sustenta que la igualdad es un derecho relacional, porque, según lo instituido por el TC⁹:

El principio-derecho de igualdad se constituye en un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. Posee además una naturaleza relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales (Mesía Ramírez, 2018, p. 116).

⁸ Fundamento jurídico 22 del Exp. N° 0004-2006-PI/TC

⁹ Fundamento jurídico 121 del Exp. N° 0004-2006-PI/TC

Al constituirse como un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales, entonces también lo es para las personas que por una u otra manera se les está restringido, más para las minorías que se los está limitando de manera explícita; aunado a ello, los poderes públicos no puedan hacer tratamientos diferenciados, se trata simplemente de que, si lo hacen, dicho tratamiento debe estar fundado en elementos objetivos y razonables.

El TC de España, señala que la igualdad impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo este trato igual y, al mismo tiempo, limita al poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas (Mesía Ramírez, 2018, p. 112).

Ahora bien y conforme se sostuvo, la igualdad se proyecta no como un derecho a ser igual que los demás, sino más bien a ser tratado igual en cada relación jurídica; en ese contenido, podemos establecer elementos objetivadores de la diferenciación; puesto que el texto constitucional no prohíbe la ejecución de medidas que lleven a cabo tratos diferenciados entre los ciudadanos y los grupos sociales, lo que la CPP no permite es la discriminación, advierte García Morillo que las conductas discriminatorias obedecen a un tratamiento no justificado ni razonable, en tanto que el trato diferenciado tiene base objetiva y razonable. Para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación constitucionalmente soportable, y no de una discriminación, deberá reunir determinadas condiciones, pues la desigualdad de supuestos de hechos, implica la existencia de situaciones de hecho que por ser

diferentes, admiten un trato también diferente, la que solo se justifica si es que esta tiene una finalidad, una concreta, no abstracta, que se ajuste con los valores constitucionales y exista contradicción con los de la constitución; aunado a ello, debe existir un nexo entre el trato desigual que se impone, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que la persigue, finalmente, se precisa que este el trato diferenciado solo será constitucionalmente admisible si existe proporción entre las diferencias que se establecen y la finalidad perseguida. De lo contrario, estaremos ante una discriminación prohibida por la CPP (Mesía Ramírez, 2018, p. 112-114).

2.3.4. Igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley

El TC¹⁰ ha distinguido dos manifestaciones del principio del derecho a la igualdad, la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La primera manifestación constituye un límite para el legislador, en tanto la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En otros términos, el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones. Respecto a la segunda manifestación se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos órganos, al momento de aplicar la ley,

¹⁰ Fundamento jurídico 123 del Exp. N° 0004-2006-PI/TC

no deben atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley (Mesía Ramírez, 2018, p. 117).

Somos partícipes de las situaciones actuales y las nuevas exigencias que se presentan; sin embargo, no existe figura alguna que contemple en nuestro ordenamiento jurídico regulación alguna en torno a las uniones homoafectivas, configurándose entonces, una vulneración de derechos; en consecuencia, el vacío, la carencia legal de protección y la falta de un reconocimiento, trae aparejado necesariamente efectos, consecuencias y repercusiones patrimoniales y obligacionales, empero, ello no obsta que existan también efectos personales, por lo que se evidencia que los derechos fundamentales están restringidos a su realización efectiva, pues no se cumple en la realidad.

2.3.5. Igualdad y no discriminación en los tratados internacionales

a. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos

El artículo 26 establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de sexo o de cualquier índole u cualquier otra condición social.

Sostiene Bayefsky que, “la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley están garantizadas en sí mismas y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido en el Pacto” (1990, p. 3).

En ese mismo contexto, el inciso 1 del artículo 2 establece que cada uno de los Estados se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de sexo o de otra índole o cualquier otra condición social.

b. Declaración Universal de Derechos Humanos

El artículo 1 establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de sexo o de cualquier otra índole o cualquier otra condición.

A su vez, el artículo 2 del mismo instrumento legal señala que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de sexo o de cualquier otra índole o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata

de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

Por otro lado, el artículo 7 prescribe que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

c. Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales

En el artículo 14 respecto a la prohibición de la discriminación establece que el goce de los derechos y libertades reconocidos ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo o cualquier otra situación.

De las tres últimas normas mencionadas, sostiene Bayefsky que estas constituyen normas de igualdad subordinadas: prohíben la discriminación únicamente en el contexto de los derechos y libertades contemplados en otros artículos de los respectivos instrumentos (1999, p. 4).

La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sugiere que una cláusula subordinada de no discriminación debe interpretarse en conjunto con cada uno de los derechos y libertades reconocidos en la Convención como si formase parte integral de

todos y cada uno de los artículos que establecen derechos y libertades. Por lo tanto, a pesar de que la cláusula subordinada no tiene existencia independiente, complementa las demás disposiciones normativas (Bayefsky, 1999, p.4).

d. Convención Americana sobre Derechos Humanos

El artículo 1, inciso 1 y 2 establece respecto a la obligación de respetar los derechos; los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de sexo o de cualquier otra índole o cualquier otra condición social.

El artículo 24 en torno a la igualdad ante la ley señala que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

e. Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia

El inciso 1 al 5 del artículo 1 señala que la discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

La discriminación puede estar basada en motivos de sexo, orientación sexual o de cualquier otra naturaleza o cualquier otra.

Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada.

El artículo 2 prescribe que, todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada; y, el artículo 3, que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades

fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados partes, tanto a nivel individual como colectivo.

De lo descrito se colige que el derecho a la igualdad y no discriminación tiene reconocimiento internacional y que estos tratados han sido ratificados por nuestro país, por lo que podemos advertir que en efecto, más allá de las concepciones individualistas de cada uno, las personas merecen respeto, intervención y protección estatal.

2.4. UNIONES DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

2.4.1. Concepto

En el ordenamiento jurídico peruano se constituye por la unión estable monogámica y voluntaria de dos personas heterosexuales, libre de impedimento matrimonial que da origen a una familia, siendo merecedora de protección por parte del Estado en condiciones de igualdad (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 385).

2.4.2. Terminología

A las uniones de hecho se les denomina como: “concubinato”, “convivencia adulterina”, “convivencia extramatrimonial”, “convivencia fuera del matrimonio”, “matrimonio de hecho”; precisamente para hacer notar que se ajusta a la familia matrimonial (Manrique Gamarra, 2011, p. 34).

La calificación de la unión viene dada por la fórmula lingüística que alude a la familia, ya sea como “familia paramatrimonial” o “familia de hecho”, el término “familia” no solo aproxima el fenómeno a la familia fundada en el matrimonio, sino que, además, transmite un patrimonio de valores y emociones, sensaciones que compone un cuadro de referencias importantes: de dos personas de sexo diferente, fundada en la comunión material y espiritual, alegrada por la presencia de los hijos. Sin embargo, creo que también es aquella calificación de “familia de hecho” se puede advertir cierto giro oculto que, de una u otra manera, pretende acuñar que no es una familia de “derecho”, es decir, la unión matrimonial (Manrique Gamarra, 2011, p. 34-35).

2.4.3. Tipos de unión de hecho

Según el Dr. Cornejo Chávez sostiene que, en sentido amplio, el concubinato (unión de hecho) puede darse entre personas libres o atada por vínculo matrimonial con distinta persona, tengan impedimento para legislarse unión o no lo tengan sea dicha unión ostensible o no lo sea; pero siempre que exista un cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación. Quedan en consecuencia, excluidos del concubinato, unión sexual esporádica y el libre comercio carnal. (Cornejo Chávez citado por Manrique Gamarra, 2011, p. 36); y, en sentido restringido, el concubinato puede conceptuarse como “la convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio, de donde se infiere que

no se considera incluida la relación sexual esporádica y el libre comercio carnal y la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio (Manrique Gamarra, 2011, p. 36).

2.4.4. Uniones de hecho en el Perú

Nos dice Varsi Rospigliosi:

En el Perú, el ordenamiento jurídico ha permanecido y permanece, al margen de la regulación plena de las uniones estables, las que también son denominadas uniones de hecho o concubinato. Si bien su existencia es de larga data, fue recién a partir de la CPP de 1979, la que dio mérito al artículo 326° del Código Civil vigente [...]. Sin embargo, “aún falta regular de manera precisa sus efectos, clarificar conceptos y determinar las consecuencias de naturaleza personal que la unión estable origina” (2011, p. 378).

Las uniones sentimentales de hecho forman familias que se hallan segregadas, esto porque no optaron en consagrar la unión mediante el matrimonio o porque no puede ser amparada por esta institución jurídica; pues la CPP de 1993 en el artículo 5, consagra la unión de hecho como una unión estable de un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, dando lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable. La norma civil, contenida en el artículo 326 no es contraria a la CPP al considerar que la unión “estable” implica un periodo mínimo de duración para el reconocimiento legal de sus efectos que, para el caso que nos ocupa, es de dos años, pudiendo ser menos siempre que se pruebe el estado de familia (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 378).

El principio de protección de la unión estable se consagra en sí mismo en la protección de la familia, a pesar de que existe resistencia en ello, al considerarse que se contrapone con el principio de promoción al matrimonio. Sin embargo, esto no es así. La familia producto de este tipo de uniones intersexuales merece una protección y reconocimiento sin desconocer que debe promoverse el matrimonio como base de su constitución, por lo tanto la regulación jurídica de las uniones de hecho tendrá por objeto imponer mayores cargas legales, haciéndola menos atractiva; pues pese a la regulación actual, ésta aún presenta vacíos normativos en relación a la unión de hecho, no acorde con la realidad y con la fuerza *in crescendo* que posee en la práctica esta institución jurídica (Varsi Rospigliosi, 20011, pp. 379-380).

2.4.5. Naturaleza jurídica de la unión de hecho

a. Teoría institucionalista

Nos dice Varsi Rospigliosi (2011) que:

Si consideramos que la teoría del matrimonio como institución es la más aceptada, a la unión estable le correspondería naturaleza jurídica similar, en razón de que esta unión es un acuerdo libre de voluntades y cumple con los elementos propios del matrimonio, como son los deberes de fidelidad y asistencia, deberes y obligaciones frente a sus hijos y a terceros, generando consecuencias jurídicas (p. 386).

La unión estable, es una forma familiar que se respalda en la institucionalidad de sus principios y la voluntad de sus integrantes de generar relaciones amparadas por el Derecho de Familia (Varsi Rospigliosi, p. 387).

b. Teoría contractualista

Para Varsi Rospigliosi, “la unión estable se presenta como una relación exclusivamente contractual, en la que los compañeros componen sus relaciones en base a criterios económicos” (2011, p. 387).

c. Teoría del acto jurídico familiar

La unión estable es un acto jurídico familiar en el que se pone especial relieve la voluntad de los compañeros en generar relaciones familiares (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 387).

2.4.6. Requisitos de la unión de hecho

La unión debe ser voluntaria, es decir, debe surgir de la espontaneidad, conocimiento y libre albedrío de las partes; no cabe ni es posible pensar en la convivencia forzada. Es en esta decisión en la que se releva el *affectio maritalis* aunque la voluntad y efectos suenan distintos (pero claramente complementarios) (Manrique Gamarra, 2011, p. 39).

Además, debe ser una unión entre un hombre y una mujer, es decir, debe tratarse de una unión heterosexual, quedando descartadas las parejas homosexuales. Ambas normas refieren a “un varón” y a “una mujer” aluden a la exigencia de la singularidad, de la exclusividad o monogamia, que se traduce en el deber de fidelidad entre los convivientes, que muchos se niegan a concebir para los concubinatos bajo la excusa (o denuncia) de que se trata de uniones libres. Por ello, no es posible que se mantenga varias relaciones a la vez, aun cuando todo los

involucrados carezca de impedimentos matrimoniales (Manrique Gamarra, 2011, p. 39).

2.4.7. Extinción de la Unión de hecho

Se rige por el principio de la libre ruptura. La unión de hecho termina por mutuo acuerdo o por decisión unilateral de uno de ellos. También, por mutuo acuerdo o por decisión unilateral de uno de ellos, por supuestos en los que la convivencia resulta imposible de sostenerla, como la muerte de uno de los convivientes o su declaración de ausencia. (Manrique Gamarra, 2011, p. 42).

Conviene mencionar algunas agrupaciones humanas que pueden darse en la realidad social y que no entran en el concepto de comunidad familiar de hecho, que no pueden calificarse como familia ni aun analógicamente. Uno de los que se mencionan a continuación, siguiendo el criterio de Corral Talciani (2005 pp. 81-82), es la convivencia entre personas del mismo sexo; para Corral Talciani (2005), existe un unánime consenso entre los autores en que “no pueden incluirse en el concepto de familia las uniones homosexuales pues se trata de convivencias que difieren frontalmente con la noción de familia que permanece en la sociedad”; transgrediendo uno de los “aspectos fundamentales de la institucional familiar, cual es de servir de medio eficaz para la perpetuación de la especie” (2005 p. 82).

En ese sentido Corral Talciani nos dice:

Al igual que en el caso de las convivencias homosexuales, tales uniones parecen chocar demasiado frontalmente con el concepto de familia socialmente admitido, por lo que difícilmente

podremos encontrar entre sus integrantes la *affectio* imprescindible para estimar configurado una relación familiar de hecho” (2005 p. 83).

2.5. UNIONES HOMOAFECTIVAS

Las uniones homoafectivas, han sido y siguen siendo ignoradas, no solo por la sociedad, sino también en el ámbito jurídico; sin embargo, hemos sido partícipes de lo que sucede en la actualidad en nuestra sociedad y el mundo; lo que aspiran estos grupos, como erróneamente se los llama, es la protección de sus derechos, los que les son negados, por su condición, los que son y han sido históricamente discriminados, perseguidos e ignorados. Pues, no es el operador jurídico que haya necesitado veintiún siglos para darse cuenta de que los homoafectivos existían y que por lo tanto eran sujetos de derecho, sino que durante veinte siglos la homosexualidad fue motivo de condena penal, y la única rama del Derecho que se ocupaba de ellos era el Derecho Público en su faz represiva. Las relaciones homosexuales eran condenadas y de esta manera se pensó en suprimirlas (Medina, 2001, pp. 16-17).

2.5.1. Concepto

Para Varsi Rospigliosi, las uniones estables homoafectivas:

Forman un núcleo familiar y, como tal, hacen emerger las consecuencias jurídicas de todo tipo. Sea la constitución o reconocimiento de la unión, su término, la parentalidad ejercida por uno o ambos miembros de la pareja, los efectos jurídicos son infinitos y no siempre debidamente protegidos (2011, pp. 429-430).

Para Medina, las uniones homoafectivas “son uniones de dos personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida que es conocida públicamente” (2001, p. 38).

En torno a las uniones homoafectivas, Varsi Rospigliosi hace un análisis sobre ello, sosteniendo que:

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” 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. (2011, p. 106). Apartándonos de arraigados dogmas sociales podemos decir que en la etapa actual de la estructura social se traduce en una modernidad líquida 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 (2011, p. 207).

En el Perú, el jurista Varsi Rospigliosi acuñó el término **homoafectividad**, el que es tratado en el Tomo II del Tratado de Derecho de Familia – Matrimonio y uniones estables, sustentando que:

Durante mucho tiempo, la homoafectividad fue estigmatizada dejando de lado 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. La preocupación por la legalidad de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo integra la agenda del pensamiento jurídico internacional. 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, por decisión judicial. 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. 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 (2011, p. 107-108).

2.5.2. Denominación

En torno a las uniones homoafectivas, se las ha denominado con términos peyorativos; nos dice Medina que, “existen múltiples denominaciones dadas en el idioma español a las personas que tienen preferencia sexual por congéneres del mismo sexo; la mayoría de ellas son peyorativas. La autora ha elegido "homosexuales", sin perjuicio de utilizar gay como sinónimo, nosotros usamos el término acuñado por Varsi Rospigliosi, como uniones homoafectivas (Varsi Rospigliosi, 2001, p. 35).

2.5.3. Características de las uniones homoafectivas

a. Convivencia

Convivencia conceptualizada como comunidad de vida y de lecho o cohabitación, e implica compartir conjuntamente un mismo

domicilio, una relación de pareja y tener una organización económica común. El estatuto económico que rige la unión homoafectiva es naturalmente variable por ser esta una situación fáctica, pero necesariamente debe existir entre aquellos que conviven. La cohabitación no implica solamente compartir una misma habitación entre dos personas, sino que también supone una vida de pareja. La convivencia resulta tan importante que de allí surge una de las denominaciones de los miembros de la unión -"convivientes". La convivencia y las relaciones patrimoniales entre las uniones homoafectivas se han tenido particularmente en cuenta para el otorgamiento de efectos jurídicos. Este amor, afecto y compromiso pueden existir tanto en las relaciones homoafectivas como en la demás (Medina, 2001, p. 40).

b. Singularidad

Solo las parejas homoafectivas que desarrollen y mantengan el contenido de la obligación de fidelidad, en cuánto expresión de un deber más amplio de solidaridad, podrán ser tenidas en cuenta en el otorgamiento de consecuencias jurídicas. Por otra parte, la falta de ese deber implícito de fidelidad puede también tener consecuencias jurídicas, como por ejemplo en la revocación del contrato (Medina, 2001, p. 40).

c. Publicidad

La unión homoafectiva para que sea tal, debe tener "fama", es decir reconocimiento público o demostración externa de su existencia;

ello desecha las uniones homoafectivas clandestinas u ocultas, aunque puede ocurrir que la unión homoafectiva no sea tan explícita o abierta como los concubinatos, por los estigmas sociales que acarreará ello. Lo importante es que los convivientes sean conocidos como pareja ya que para tener la posesión de estado de convivientes deben tener *tractatus* y fama; el *tractatus* deviene de la cohabitación y de las normas internas que regulan la convivencia, y la fama del conocimiento público de la relación. Solo cuando esos caracteres aparezcan podremos reconocer relevancia jurídica a la unión (Medina, 2001, p. 47).

d. Permanencia y duración

La unión de dos personas del mismo sexo con los caracteres que venimos desarrollando, para que sea reconocida jurídicamente debe tener permanencia en el tiempo. Sobre el particular, Zannoni señala que "la posesión de estado conyugal o estado conyugal aparente se nutre del carácter de permanencia, de perdurabilidad" Las leyes que regulan los efectos de las uniones homosexuales establecen distintos períodos de tiempo para otorgar relevancia a estas uniones; así, por ejemplo, la ley de Pacto Civil de Solidaridad francesa otorga ventajas impositivas a sus miembros a partir de los tres años de celebración del pacto; la ley de Aragón, relativa a la pareja estable no casada, señala que habrá pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia durante un período de dos años como mínimo. La estabilidad es necesaria

para poder desterrar todas aquellas uniones efímeras o pasajeras, donde no existen los vínculos de solidaridad y ayuda mutua, vínculos que son, en definitiva, los que justifican las consecuencias económicas y jurídicas que genera este tipo de unión (Medina, 2001, p. 50).

e. Inexistencia de impedimentos de parentesco

Ello, por cuanto iría contra el orden público y las buenas costumbres, pues en este enfoque estamos dotando de derechos patrimoniales y obligacionales.

f. Imposibilidad de engendrar hijos comunes

La pareja homosexual puede tener lazos de afecto, solidaridad, estabilidad y cohabitación similares a la pareja heterosexual, pero biológicamente está impedida de engendrar hijos comunes. Ello así, la unión homoafectiva desde su nacimiento está destinada a quedar limitada a una pareja de dos personas sin posibilidades de ampliarse mediante la creación de una nueva vida (Medina, 2001, pp. 55).

g. Incapacidad de educar hijos con roles de hombre y mujer diferenciados

Esencialmente, la pareja homoafectiva está impedida de crear una situación óptima para el menor (Varsi Rospigliosi, 2011, pp. 430).

h. Incapacidad de la unión para la continuación de la especie

Como corolario de su falta de aptitud para engendrar hijos, se limita a la satisfacción de sus miembros en el desarrollo de su personalidad individual, pero no genera ninguna contribución a la continuación de la especie humana (Medina, 2001, pp. 40-54).

i. Ineptitud para la transmisión de los valores culturales tradicionales

Las uniones estables y solidarias, como las homoafectivas no contribuyen a la transmisión de los valores tradicionales de la sociedad dado que no tienen a quién transmitírselo porque no tienen descendencia en común, y de tener descendencia individual de los miembros no tienen posibilidad alguna de transmitir roles diferenciados de hombre y mujer por lo que no son pareja natural (Varsi Rospigliosi, 2011, pp. 430-431).

2.5.4. Las uniones homoafectivas en la legislación nacional

Perú, es un país que ha ignorado una eventual regulación de las uniones homoafectivas; sin embargo, pese a existir una negativa para su acogimiento, existen normas en nuestro país que permitirían la eventual regulación; dentro de los que se destaca el artículo 1 de la CPP que prescribe que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, a su vez, el inciso 2 del artículo 1 y 2 señalan que, toda persona tiene derecho: a su libre desarrollo y a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado

por motivo de sexo o de cualquier otra índole; y, el artículo 3 de la CPP que indica que la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye a los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derechos y de la forma republicana de gobierno; aunado a ello, podemos citar al artículo 44 del nuevo código procesal Constitucional - Ley N° 31307, que prescribe que el amparo procede en defensa de los siguientes derechos: 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de sexo o de cualquier otra índole; entonces, existe mecanismos legales mediante los cuales se puede petitionar el cumplimiento de un cierto derecho o dejar sin efecto su vulneración; asimismo, el artículo VIII del título preliminar del mismo cuerpo legal señala que, el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Aunado a ello, el TC¹¹ ha sostenido que, tal como lo dispone el artículo 55 de la CPP, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al

¹¹ Fundamentos jurídicos 22 y 23 del Expediente N° 5854-2005-PA/TC

ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Lo hemos citado previamente y lo traemos a colación en el presente acápite, respecto al caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, en la Sentencia emitida por la CIDH, se estableció que un derecho que es reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual; ello, contravendría el artículo 1.1 de la Convención Americana¹².

Ahora bien, en la lógica propuesta de un Estado Constitucional de Derecho, es perfectamente factible la posibilidad de regulación de las uniones homoafectivas en el Perú; es posible afirmar que los sistemas jurídicos tienen todas las herramientas para tratar de manera coherente las nuevas formas de arreglos afectivos. Cualquier país que pretende ser democrático y guardián de los derechos humanos no puede tolerar la discriminación arbitraria, como es el caso de discriminación por razón de sexo o por orientación sexual. Lo contrario sería ir contra el criterio social (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 429).

2.5.6. Uniones homoafectivas en el derecho comparado

Las uniones homoafectivas, merecen un reconocimiento legal y por consiguiente se debe determinar los términos, límites y alcances; en ese contexto, corresponde al Estado las acciones de tipo normativo en el

¹² Fundamento jurídico 93

marco de políticas de Estado, orientada a dar una pronta solución a estos fenómenos sociales, a los cuales no se debe ser indiferente; somos conscientes de la existencia y práctica dentro de nuestro contexto social; por tanto, debemos enfocarnos en las posibles soluciones que nuestro sistema debe ofrecer a estos fenómenos jurídico-sociales.

En el derecho comparado se han utilizado diversas fórmulas jurídicas para regular las uniones homoafectivas y delimitar sus alcances; en el caso nuestro se ha preservado la institución del matrimonio y del concubinato, lo mismo sucede con algunos otros países latinoamericanos; sin embargo, otros países han dado una calificación extensiva a tal institución, incluyendo a las uniones heterosexuales como a las homoafectivas, mientras que otros le han dado calificaciones específicas a estas a fin de diferenciarlas del matrimonio, tales como uniones civiles, relaciones registradas, relaciones de vida registradas, cohabitación legal, concubinatos o uniones concubinarias, pactos civiles de solidaridad o pactos de asociación civil (Lugo Holmquist y Rodríguez Reyes, 2017, pp. 13-14).

Es menester precisar que existen legislaciones que han aceptado dentro de su marco normativo; empero, en nuestro país parece ser un trabajo difícil, pues somos conscientes del actual modelo de Estado y marco normativo que a primera línea rechaza de manera categórica su eventual regulación; sin embargo, merece un amparo legal, pues más allá de las calificaciones y fórmulas jurídicas que se usen se debe establecer su

reconocimiento. La regulación de las uniones homoafectivas a través de un contrato de convivencia sería la solución más plausible; empero, somos conscientes que el actual Estado tiene aparentemente claras las instituciones establecidas dentro del marco legal, por lo que resulta necesario bosquejar soluciones específicas, por lo que se debe plasmar políticas estatales dirigidas a regular las uniones homoafectivas y establecer soluciones en torno a las uniones homoafectivas.

Con miras a una eventual regulación, se hace preciso citar la legislación internacional, para obtener referencias en torno a la regulación de estas.

a. Uniones homoafectivas en países europeos

En nuestra sociedad nos dice Ezquerre Ubero y Lázaro González que:

Junto a la relación jurídicamente establecida como cauce regular para la convivencia entre el hombre y la mujer -el matrimonio-, existen otras uniones que no se ajustan a estas pautas previstas por el derecho. Tales uniones, que se asientan sobre los mismos presupuestos que la familia y el matrimonio en cada sociedad y producen efectos jurídicos diferenciados, solo pueden explicarse a través de una aproximación a las concepciones dominantes en cada grupo social y en cada momento histórico determinado. Con carácter general en Europa se ha superado la ignorancia por parte del derecho de las uniones de hecho, cuyo máximo exponente fue el Código de Napoleón de 1804, reflejo del aforismo atribuido al propio emperador: *“Les concubins se passent de la loi désintéresse d’eux”* (“los concubinos prescinden de la Ley, la ley se desentiende de ellos”) (2007, p. 23).

Por su parte, es menester precisar que los países nórdicos han sido los primeros en reflejar en las normas jurídicas la atención a otras formas familiares. Toman como bandera el principio de neutralidad,

corriente de larga tradición en Europa, que justifica el no intervencionismo del Estado en la vida privada de los sujetos, al tiempo que exige protección legal de la seguridad individual. En estos Estados, en el ámbito del derecho matrimonial se ha impuesto el respeto a la libertad de las personas, aunque manteniendo ciertas garantías de protección de la parte más débil de la pareja. El matrimonio, concebido como una institución muy práctica, desprovista de calificativos morales y religiosos, se regula con el fin de garantizar la seguridad económica de los esposos en las diferentes situaciones de la vida. Desde el respeto a la libertad se considera que quien pretenda los efectos del matrimonio y puede casarse, debe casarse. Sin embargo, en el ámbito del derecho social y el derecho fiscal, el matrimonio no es el criterio de discriminación para un tratamiento diferenciado (Ezquerre Ubero y Lázaro Gonzáles, 2007, pp. 23-24).

También el respeto a la libertad es la razón de que el modelo de los países nórdicos ofrezca un tratamiento diferenciado a las uniones de hecho heterosexuales y a las uniones homoafectivas. Partiendo de que las parejas homoafectivas no tienen acceso al matrimonio, las normas sobre parejas de hecho registradas se reservan a las parejas homoafectivas a las que equiparan en cuanto a sus efectos al matrimonio, salvo ciertas limitaciones (las parejas registradas no pueden, ni en común, ni individualmente, adoptar niños; tampoco pueden solicitar la guarda y custodia de un

menor como tutores, ni tienen acceso a las técnicas de reproducción asistida). Las normas relativas a las uniones de hecho heterosexuales –uniones formadas por quienes pudiendo casarse no lo hacen- se limitan a ofrecer regulación legal para los conflictos que puedan surgir del cese de la convivencia, en caso de disolución de la pareja, otorgando protección a la parte económicamente más débil (Ezquerre Ubero y Lázaro González, 2007, p. 24). Es manifiesto, empero, que cuando exista algún negocio jurídico entre los convivientes deberán aplicarse en su integridad las reglas de derecho positivo concernientes a la capacidad y a los vicios de la voluntad (Corral Talciani, 2005 p. 75).

b. Italia

Italia es uno de los países referentes de la regulación de las uniones homoafectivas, a través de un contrato de convivencia; es así que mediante la Ley N.º 76 del 20 de mayo de 2016 reguló las relaciones entre personas del mismo sexo, sosteniendo en el artículo 50 que de hecho, los cohabitantes pueden regular las relaciones activas relacionadas con su vida en común con la suscripción de un contrato de convivencia.

En este ámbito se evidencia que las personas que integran una unión homoafectiva pueden suscribir un contrato de convivencia, en el cuál puedan regular sus relaciones, evidentemente de orden patrimonial y obligacional.

El artículo 51 prescribe que el contrato a que se refiere el apartado 50, sus modificaciones y su resolución están escritas por escrito, bajo pena de nulidad, con escritura pública o escritura privada con suscripción firmada por un notario o un abogado que certifica su cumplimiento de las reglas imperativas y de orden público.

El contrato suscrito por los miembros que integran una unión homoafectivas, necesariamente debe estar plasmado en documento, para que se cumpla con la finalidad y surta todos los efectos legales para el que fue creado, máxime si se debe cumplir con las reglas imperativas impuestas en el documento y debe estar avalado por autoridad competente.

El documento al que se hace referencia, tiene un contenido, el que se ha establecido en el artículo 53, el contrato a que se refiere el apartado 50 contiene la indicación de la dirección señalada por cada parte a quien están hechas las comunicaciones relacionadas con el contrato en sí; el contrato puede contener: i) indicación de residencia; ii) el modo de contribuir a las necesidades de la vida en común, en relación con las sustancias de cada uno y con la capacidad de trabajo profesional o a domicilio; y, iii) el régimen de propiedad de la comunión de activos.

Según el artículo 54, el régimen de activos elegido en el acuerdo de convivencia puede cambiarse en cualquier momento durante la

convivencia; y, según el artículo 59, el acuerdo de convivencia se resuelve por: i) acuerdo de las partes; ii) retirada unilateral; iii) matrimonio o unión civil entre cohabitantes o entre un cohabitante y otra persona; y, iv) muerte de uno de los contratistas.

Entonces es uno de los países que ha regulado el contrato de convivencia; en torno a ello, podemos sostener que resulta factible también la regulación en nuestro derecho nacional, desterrando por tanto la utopía de la regulación; evidentemente se sostendría que Perú es un país subdesarrollado, un país que es sumamente disímil a los países europeos; empero, los fenómenos en torno a las relaciones homoafectivas son análogos, máxime si la promulgación de determinadas normas no va acarrear desprendimientos económicos de las arcas del Estado.

c. Uruguay

En 2007, Uruguay a través de la Ley N.º 18.246 denominada, unión concubinaria estableció en el artículo 2 que se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio.

A su vez, el artículo 3 instituye derechos y obligaciones para las parejas, los concubinos se deben asistencia recíproca personal y material. Asimismo, están obligados a contribuir a los gastos del hogar de acuerdo con su respectiva situación económica. Una vez disuelto el vínculo concubinario persiste la obligación de auxilios recíprocos durante un período subsiguiente, el que no podrá ser mayor al de la convivencia, siempre que resulte necesario para la subsistencia de alguno de los concubinos. Presentada una demanda de alimentos, la parte demandada podrá excepcionarse cuando la demandante haya sido condenada por la comisión de uno o más delitos en perjuicio de esta o sus parientes hasta el tercer grado en la línea descendente, ascendente o colateral. Comprobados estos extremos, el Juez desestimarán sin más trámite la petición impetrada. En las mismas condiciones del inciso anterior y cuando los hechos se produzcan una vez concedida la prestación alimentaria, el Juez, a petición de parte, decretará el cese de la referida prestación.

Los efectos que acarrearía el contrato de convivencia entre los miembros que integran una unión homoafectiva son de índole económica y obligacional; por lo tanto, sería perfectamente regulable y aplicable a nuestra legislación y por consiguiente dotar de determinados efectos jurídicos.

Es menester indicar que posterior a 2013, Uruguay adoptó el matrimonio de las parejas del mismo sexo mediante la Ley N.º 19.075 aprobada el 10 de abril de 2013 y promulgada el 03 de mayo de 2020.

d. México

En la ciudad de México esta permita la sociedad de convivencia desde 2006 y el matrimonio desde 2009; en ese contexto, se hace necesario citar a la Ley de sociedad de convivencia que ha establecido en el artículo 2 que la sociedad de convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.

A su vez, el mismo cuerpo normativo en el artículo 3 señala que, la sociedad de convivencia obliga a las o los convivientes, debido a la voluntad de permanencia, ayuda mutua y establecimiento del hogar común; la cual surte efectos frente a terceros cuando la Sociedad es registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo correspondiente.

La celebración de un contrato de convivencia amerita necesariamente que los miembros que la constituyen tengan plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos, para que dicho acto tenga plena validez y la consecuente eficacia frente a terceros.

Para efectos de la constitución de la sociedad de convivencia, según lo establecido en el artículo 7 de la precitada Ley deberá contener los siguientes requisitos: el nombre de cada conviviente, su edad, domicilio y estado civil, así como, los nombres y domicilios de dos testigos mayores de edad; y, el domicilio donde se establecerá el hogar común; La manifestación expresa de las o los convivientes de vivir juntos en el hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua; y puede contener la forma en que las o los convivientes regularán la sociedad de convivencia y sus relaciones patrimoniales. La falta de este requisito no será causa para negar el registro de la sociedad, por lo que, a falta de este, se entenderá que cada conviviente conservará el dominio, uso y disfrute de sus bienes, así como su administración. Las firmas de las o los convivientes y de las o los testigos.

e. Colombia

Colombia, mediante la Sentencia N.º C-577/2011 del 26 de julio de 2011 sostuvo que:

La vulneración del derecho a la dignidad humana, por incumplimiento del deber constitucional de protección, que se produce en la medida en que al excluir a las personas homoafectivas de la posibilidad de contraer matrimonio, se perpetúa la visión de que las relaciones entre estas son menos dignas de reconocimiento que la relación entre personas heterosexuales y se limita la posibilidad de diseñar un plan vital y de vivir de acuerdo con sus preferencias, lo que, según la Corte Constitucional, viola el derecho a una vida digna.

Se ha sostenido además que:

De conformidad con la jurisprudencia Constitucional, la protección de la dignidad humana comporta tres dimensiones, a saber: la autonomía o posibilidad de diseñar un plan de vida y determinarse según sus características, contar con ciertas condiciones materiales concretas de existencia y la intangibilidad de los bienes patrimoniales, integridad fiscal y moral. Agregan que la autodeterminación vital de las personas exige del Estado social de derecho, más que una actitud neutral, “una acción afirmativa encaminada a garantizar la realización efectiva de las distintas opciones de vida en la esfera de lo público, es decir, frente al orden jurídico y la sociedad”. La interpretación que solo se protegen las familias heterosexuales viola la dignidad humana de los homoafectivos, porque les reduce la posibilidad de vivir plenamente como quieren y el Estado no puede hacer consideraciones de orden político o histórico “para preferir a ciertas personas por encima de otras”.

La exclusión de las uniones homoafectivas de la posibilidad de regulación, puede vulnerar su posibilidad de vivir bien, porque los somete a una eventual desprotección jurídica y económica en particular, como cuando uno de los miembros de la pareja muere y el otro miembro en principio, quedaría totalmente desprotegida. En casos como este, los miembros de las uniones homoafectivas están condenados, en virtud de la legislación interna - Colombia-, a permanecer en una situación de desprotección que se traduce en riesgos concretos para su salud y subsistencia en caso de no poder trabajar, a pesar de tener la voluntad libre y consiente de convivir en pareja y constituir una comunidad de vida con plenos derechos”.

En lo relativo a la tercera dimensión de la dignidad humana, que consiste en vivir sin humillaciones, apuntan que la negación de las uniones homoafectivas “fortalece los estereotipos que ven a los homoafectivos como un modo de vida de menor valor que merece la pena ser vivido” y “los homoafectivos como un modo de vida de menor valor que no merece la pena ser vivido” y “los homoafectivos terminan siendo ciudadanos de segunda categoría que representan un modo de vida que a lo sumo se tolera, pero que no llega a ser reconocido como digno de respeto y protección” (pp. 25-26).

Se ha establecido también cuál es el requisito esencial para la realización de estas, es así que señala:

El matrimonio, como derecho o como contrato tiene como requisito esencial para su realización la decisión libre y voluntaria de los contrayentes e indican que, tratándose de homoafectivos, varias podrían ser las eventuales objeciones para que esta expresión de la voluntad tuviera validez y entre ellas se encuentra lo referente a la capacidad o la madurez de los individuos, lo relativo a la afectación a terceros y la limitación por parte de la ley (p. 27). Las decisiones de la vida de un individuo sobre su sexualidad no pueden constituir, *per se*, una deslegitimación sobre su capacidad.

La promulgación evidentemente de una norma que proteja a las uniones homoafectivas, no va a afectar derecho de terceros, ni vulnerar el orden constitucional, que fungen como límites. (p. 28); se argumenta:

Que la medida no sacrifique valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer y, en este caso la medida resulta excesiva, pues, sin desconocer la autonomía de las personas homoafectivas, se puede lograr el mismo fin de proteger a la familia y el matrimonio heterosexual, fuera de lo cual se limita desproporcionadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la medida en que se vulneran otros derechos fundamentales de las personas homoafectivas como la igualdad, la dignidad humana y la personalidad jurídica y se desconoce el pluralismo que reconoce algunas manifestaciones de la diversidad “insuprimibles” por la voluntad democrática”, lo que también es desproporcionado (p. 28).

A juicio de la Corte -Colombia-, el núcleo esencial de los derechos a la personalidad y a su libre desarrollo forma parte la autodeterminación sexual que comprende “el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad”, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, “que no causa daño a terceros” y

que está amparado por el respeto a la protección que deben asegurar las autoridades a todas las personas (p. 128).

Al respecto, Granados sostiene que la Corte Constitucional, en primer lugar, reconoció un desequilibrio que atentaba contra la igualdad de las parejas del mismo sexo, porque, aunque homosexuales y heterosexuales podían constituir una unión por la voluntad responsable, solamente los heterosexuales podían contraer matrimonio. Al respecto cita textualmente la Sentencia:

Actualmente la pareja heterosexual cuenta con dos formas de dar lugar a una familia, lo que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja homoafectiva carece de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales.

El Perú, no debe ser ajeno a la regulación de determinadas situaciones jurídicas que se presentan en la actualidad, con ello además se hará efectivo el modelo de Estado que tanto se defiende y el respeto a las libertades.

La regulación en nuestro país, mediante la figura planteada es completamente viable; y, prueba de ello, es la basta regulación que tiene en otros países; no pretendemos copiar sus normas o legislaciones, sino por el contrario ver que normas jurídicas o alternativas se pueden usar y proteger a este sector de la población.

De todo lo mencionado, podemos deducir que nuestro sistema jurídico no puede ignorar la existencia de uniones homoafectivas. Nuestra CPP está basada en un Estado Constitucional de Derecho, entonces, en base a ese modelo de democracia debe amparar las relaciones homoafectivas que no afecten la moral pública, más aún si involucra su privacidad, en ese contexto se debe respetar. Nuestro legislativo, como emisor de normas jurídicas debe evaluar esta situación y dar una pronta y loable solución.

La Corte Constitucional de Colombia, mediante la Sentencia C238-12 y SU-214/16, reconoció el matrimonio entre parejas del mismo sexo. La corte señaló que no había motivo constitucionalmente atendible que justifique negar al compañero o compañera del mismo sexo que sobrevive al causante el derecho a recoger la herencia de la persona con quien conformó una familia, este derecho ya ha sido reconocido al compañero permanente que sobrevive tratándose de unión de hecho integrada por heterosexuales, también reconocida como familia y por este aspecto, equiparable a la unión de hecho entre personas del mismo sexo. La Corte ha enfatizado que la familia conformada por personas del mismo sexo es, como las demás “institución básica y núcleo fundamental de la sociedad”, por lo que “merece la protección de la sociedad misma y del Estado”.

f. Francia

En cuanto a la regulación patrimonial de los bienes de la pareja, Medina, haciendo referencia al Pacto Civil de Solidaridad señala que los socios de un pacto civil de solidaridad deben indicar en la convención autenticada, si ellos acuerdan someterse al régimen de indivisión de muebles mobiliarios que adquirirán a título oneroso con posterioridad a la celebración del pacto. A falta de ello, estos muebles se presumen indivisos por mitades. Lo mismo ocurre cuando la fecha de adquisición de estos bienes no puede ser establecida. Los otros bienes de los cuales los socios se convierten en propietarios a título oneroso con posterioridad a la celebración del pacto se presumen indivisos por mitades si el acto de adquisición o de suscripción no dispone algo distinto (2001, p. 216).

g. España

La autora Medina (2001, p. 218), en el desarrollo de su libro uniones de hecho homosexuales, cita la legislación europea, haciendo referencia a las leyes de Cataluña, Aragón y Navarra, en la primera de ellas se ha establecido causales de extinción de las uniones homoafectivas, dentro de las que se detalla la extinción i) por común acuerdo; ii) por voluntad de uno de los miembros de la unión homoafectiva; iii) por defunción de uno de los miembros; vi) por separación de hecho por más de un año; y, v) por matrimonio de uno de los integrantes (2001, p. 218); en cualquiera de estos casos, los dos miembros de la pareja estarán obligados, no

necesariamente de manera conjunta, a dejar sin efecto la escritura pública que se haya constituido. Asimismo, la ley establece que cuando la convivencia cesa en vida de ambos convivientes, aquel que sin retribución o sin una retribución suficiente haya trabajado para el otro conviviente tendrá derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto. La parte legitimada para efectuar el reclamo cuenta con un año para hacerlo. La parte obligada posee un plazo de tres años para abonarlo en efectivo, y a menos que el juez autorice por razones justificadas su pago en especie (2001, p. 218); en la segunda se indica que la pareja estable puede pactar sus derechos y obligaciones, y puede convenir los efectos económicos de la disolución en defecto de pacto. La ley prevé, ante la extinción de la pareja estable en vida, una compensación económica a favor de aquel de los convivientes que i) contribuyere económicamente o con su trabajo a la adquisición o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada; y, ii) sin retribución o con retribución insuficiente se haya trabajado para este (2001, p. 219); finalmente, la tercera refiere que en defecto de pacto, cuando la convivencia cesa en vida de los otros convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado, el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de

desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto, sostiene también la reclamación de pensión periódica y de compensación económica, los que deben formularse en el plazo de un año a contar desde el cese de la convivencia, otorgando una compensación cuando haya existido un enriquecimiento injusto de uno de los convivientes y estos pueden convenir cuál será la compensación económica que se otorgarán en el supuesto de disolución, respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la ley, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles (2001, p. 219).

h. Islandia

A principios del año 2000 el Parlamento islandés aprobó una Ley de registro de uniones de parejas, a partir de su entrada en vigor las parejas registradas tienen los mismos derechos y obligaciones que un matrimonio, incluyendo los derechos sucesorios, patrimoniales, impositivos y en materia de seguros de vida. Una pareja registrada en Islandia puede terminar por la muerte de uno de sus miembros, por cancelación o por divorcio. Todas las disposiciones concernientes a la disolución de la relación matrimonial previstas en la Ley de matrimonios son también aplicables a la disolución de la unión. Si la pareja fue reconocida en Islandia los tribunales de familia locales serán competentes para

entender en la disolución. (Medina, 2001, p. 221); en el año 2010 se aprobó el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

De lo esbozado, podemos verificar que en efecto existe la necesidad de regulación de las uniones homoafectivas, las que deben materializarse a través de la promulgación de una ley, las que se efectuarán a través de un contrato, máxime si es la figura adecuada para regular éste fenómeno jurídico-social, el que está establecido en nuestro ordenamiento jurídico, asimismo, resulta de suma importancia la utilización de esta institución jurídica, puesto que no es posible crear como apto otro dispositivo para poder acoger íntegramente los derechos y obligaciones patrimoniales entre los miembros que la conforman. Aunado a ello y en virtud del derecho a la libertad y su libre desarrollo, los miembros tienen el arbitrio de elegir los preceptos que regulen la unión homoafectiva, sin afectar la moral y las buenas costumbres.

Podemos sostener además que como lo señala Alfonso Da Silva, “restringir la unión homoafectiva es incompatible con varios principios constitucionales, en especial: la protección de la dignidad humana, la prohibición de cualquier forma de perjuicio, la igualdad ante la ley, la libertad y la seguridad jurídica” (2015, p. 174), por lo que restringir determinadas acciones destinadas a reconocer o regular estas uniones trae como consecuencia lógica la restricción de principios-derechos reconocidos a nivel constitucional; por lo

que, se debe eliminar “cualquier forma de prejuicio basado en la orientación sexual, por lo que, debe considerarse constitucionalmente prohibida” (Alfonso Da Silva, 2015, p. 177).

Ahora bien, es menester sostener que dentro de nuestro marco constitucional se ha establecido de manera expresa en el artículo 1 de la CPP la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, en el artículo 3 se sostiene la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye a los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derechos y de la forma republicana de gobierno; en el artículo 2 inciso 2 se señala que, toda persona tiene derecho: a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de sexo, a su vez, en el artículo 4 prescribe que, la comunidad y el Estado protege especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley, finalmente en el artículo 5 se sostiene la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al

régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable, en ese entendido podemos notar que, existe una relación directa entre lo dispuesto a nivel constitucional y lo pretendido con la presente tesis, por cuanto notamos que, existe una relación bastante directa entre la regulación constitucional y la posibilidad de que las cortes decidan por si solas si los miembros de las uniones homoafectivas puedan celebrar un contrato de convivencia. Esa relación puede establecerse de la siguiente manera: cuanto más detallada sea la regulación del tema y más específica en lo que se refiere al género, menos libertad tienen las cortes para resolver el asunto ellas mismas. (Alfonso Da Silva, 2015, p. 179); sin embargo, en nuestro país no ha existido sentencia alguna que aborde el tema de análisis, por razones de índole cultural, social y moral; empero, tomando en cuenta la libertad interpretativa, podemos sostener que la dignidad de la persona humana es la base de los derechos fundamentales, por su parte, podemos advertir que se ha señalado que la enumeración de los derechos establecidos no excluye los demás que se funde en la dignidad del hombre, en consecuencia y en aplicación de las disposiciones constitucionales se tendría que regular las uniones homoafectivas a través de un contrato de convivencia, por otro lado, podemos advertir de las normas citadas que no existe exclusión para regular a través del contrato las uniones homoafectivas, pues si bien protege el matrimonio y las uniones de hecho, no se hace mayor referencia a ello y evidentemente lo tendría que desarrollar el legislador a fin de hacer

efectivo lo dispuesto a nivel constitucional; entonces, podemos decir de qué manera una determinada Constitución regula el tema antes de definir los caminos que se pueden seguir al buscar la igualdad ante la ley (Alfonso Da Silva, 2015, p. 179).

2.5.7. Derechos patrimoniales y obligacionales

a. Derecho a la propiedad

El derecho a la propiedad está regulado en el artículo 70 de la CPP que establece que este derecho es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio, en términos civiles, la propiedad puede ser entendida como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar bienes; y en sentido constitucional, como la titularidad que comprende todos los derechos patrimoniales (Avendaño y Avendaño, 2018, p. 58).

En relación al derecho a la propiedad, los miembros de la unión homoafectiva tienen la opción de crear sus propios acuerdos en torno al manejo de sus propiedades; asimismo, para determinar el

reparto de sus bienes en la posibilidad y cuando termine el contrato, les corresponderá el cincuenta por ciento de sus derechos y acciones para cada uno, en función al patrimonio adquirido durante la convivencia.

Por otro lado, es importante precisar que los miembros de las uniones homoafectivas tienen derecho a recibir un resarcimiento económico en caso que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un injusto incremento, debiendo solicitarse en el plazo máximo de dos años desde el cese de la convivencia, y esta no debe afectar derechos mínimos que se contemplen en el contrato de convivencia.

Por su parte, es pertinente precisar que la transferencia de bienes muebles e inmuebles se efectúe de manera bilateral; en ese sentido, se establece la prohibición expresa de celebrar contratos de manera unilateral por parte de uno de los miembros de la unión homoafectiva en perjuicio del otro.

Finalmente, es importante indicar que el miembro de la unión homoafectiva tiene derecho y está legitimado para solicitar la indemnización por responsabilidad civil contractual y extracontractual respecto del otro.

b. Derechos sucesorios

Para Bustamante Oyague, la sucesión *mortis causa* es un instituto que desde la perspectiva individual anuda con la idea de trascendencia de la persona; desde la perspectiva social, enlaza con la idea de permanencia de la propiedad y, desde la perspectiva económica, procura la no insatisfacción de las relaciones jurídicas, de los créditos y de las deudas, al respecto, conforme al artículo 660 del CC, desde el momento de la muerte de una persona sus bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores (2015, p. 257), derechos sucesorios que están determinados por ley; por su parte, Díez Picazo y Gullón señalan que “responde a una necesidad social que se encuentra en la necesidad de la seguridad” (Díez Picazo y Gullón, citado por Bustamante Oyague, 2016, p. 258) y para Pablo Rodríguez, “lo que caracteriza a la sucesión por causa de muerte es la transmisión inmediata e instantánea y por el solo ministerio de la ley. Este efecto obedece al hecho de que no es posible aceptar la existencia de un patrimonio sin titular” (Pablo Rodríguez, citado por Bustamante Oyague, 2016, p. 258).

Entonces, ante la existencia de la transmisión de bienes y derechos por el solo ministerio de la ley excluye de manera preliminar a las uniones homoafectivas, pues al no estar reconocidas, como consecuencia lógica están excluidas de ser parte de algún derecho sucesorio; entonces, en relación a las uniones homoafectivas, no

opera la sustitución, a consecuencia de la muerte de uno de los miembros, pues esta no podrá asumir los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de las que aquel era titular; estamos ante una sustitución de titulares, porque quienes suceden al causante pasan a ocupar su lugar asumiendo la posición jurídica que detentaba aquel, en relación a los bienes, derecho u obligaciones que sean naturaleza transmisible por sucesión (Bustamante Oyague, 2015, pp. 258 a 259). El heredero requiere obtener el título sucesorio para ejercer plenamente sus derechos, el cual será constituido por la sentencia judicial o el acta notarial que señale quienes son declarados herederos legales, dado que estos procesos tienen naturaleza declarativa, con efectos a partir de la muerte del causante (Bustamante Oyague, 2015, p. 260), lo que no sucede en el caso que nos ocupa, pues no existe derecho sucesorio que le sea favorable, como consecuencia no podrá obtener título alguno para ejercer plenamente sus derechos.

La sucesión puede producirse no solo por el imperio de la ley; sino también por la voluntad del testador; esto es, la sucesión testamentaria, misma que constituye un título sucesorio que instituye al heredero –sea forzoso o voluntario-. En suma, tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión intestada, el heredero tendrá la investidura de tal con el título sucesorio, antes del título solo será una persona que tendrá la calidad de probable heredero, tendrá un derecho expectatio, pero no habrá

certidumbre jurídica de su calidad de heredero (Bustamante Oyague, 2015, pp. 261 - 262); bajo esta perspectiva, puede un miembro de la unión homoafectiva instituir como heredero testamentario al otro; empero, dicho testamento puede ser cuestionado por los herederos aparentes, pudiéndose no ejercer plenamente este; derecho sucesorio que se basa en la existencia de la propiedad privada, el traspaso de esa propiedad privada debe efectuarse, a la muerte de su titular, a favor de otras personas, en este derecho de sucesiones se distinguen: por un lado, la sucesión testamentaria, la cual constituye la herencia por testamento; por otro lado, tenemos la sucesión legal, en la cual es la ley que establece quienes son los herederos del causante. La apertura del derecho sucesorio lleva a distinguir: el causante, los sucesores o causahabientes, la herencia y el título hereditario. La noción eje que une a todos estos conceptos es la *vacatio hereditatis* (Bustamante Oyague, 2015, pp.263).

En efecto, la condición de heredero se sostiene en la noción de vocación hereditaria, ¿quién tiene derecho a heredar al causante (también conocido como *de cuius*)?, tendrá derecho a heredar aquella persona que sea la “llamada a suceder al causante”, en otras palabras, aquella que tenga vocación hereditaria respecto a aquel (Bustamante Oyague, 2015, pp. 265), tanto en la testamentaria como en la legal, la herencia se refiere a quienes son llamados a la adquisición. Este llamamiento es conocido como

vocación hereditaria (*vocatio hereditatis*) (Bustamante Oyague, 2015, pp. 269).

El derecho peruano ha establecido la sucesión de órdenes, indicando que la fuente para la determinación de los derechos sucesorios de las personas se establece en función al parentesco consanguíneo como el parentesco por adopción, conjuntamente al criterio del parentesco consanguíneo (descendientes, ascendientes y colaterales) y por adopción, la legislación sucesoria peruana contempla el llamamiento hereditario del cónyuge supérstite, quien tiene el vínculo jurídico con el causante por el matrimonio civil, el cual sustenta sus derechos sucesorios. El parentesco por afinidad no se toma en cuenta para sustentar la vocación hereditaria de los herederos forzosos, ni en general para la de los sucesores legales (Bustamante Oyague, 2015, pp. 270 - 271); bajo dicho contexto, un miembro de una unión homoafectiva, más allá que se haya mantenido o existido una relación de convivencia no tiene ningún derecho sucesorio respecto del causante, puesto que están explícitamente excluidos, máxime si no existe vínculo jurídico alguno que sustente sus derechos, por tal razón se pretende regular las uniones homoafectivas a través del contrato, vínculo jurídico que determine su calidad de heredero.

Remitiéndonos al texto actual del CC, el artículo 816 del CC prescribe que son herederos del primer orden, los hijos y demás

descendientes del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad. El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho, también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo; por su parte, el texto del artículo 724 del mismo cuerpo legal señala que son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y demás ascendientes, y el cónyuge, lo que evidentemente excluye a las uniones homoafectivas, por cuanto existe un vacío normativo en el orden jurídico interno.

En torno a la sucesión del conviviente, es importante señalar el avance que se ha tenido, debido a que se protege al fenómeno uniones de hecho, en ese contexto Bustamante Oyague ha sostenido que:

El conviviente supérstite tiene derechos como heredero forzoso y con derecho a concurrir con los demás a heredar que provengan de la línea descendiente o de la línea ascendiente del conviviente-causante.

Se advierte que con la ley N.º 30007- se reconoce derechos sucesorios al conviviente supérstite, se le reconoce la vocación hereditaria respecto de su causante conviviente; asimismo, se le brinda una vocación hereditaria preferente y concurrente con los parientes del causante en línea descendente o ascendente, pues se le incluye como parte de los herederos calificados como forzosos.

Es un hito muy importante el reconocimiento legal de la vocación hereditaria del conviviente supérstite, tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión legal.

De otra parte, en materia de sucesión intestada, el conviviente podrá adquirir el título de heredero, mediante el proceso notarial o judicial de sucesión intestada, o judicialmente la petición de herencia.

En definitiva, la inscripción registral de la unión de hecho vigente a la fecha del fallecimiento del causante-conviviente, brinda, en principio condiciones jurídicas positivas, para que sea declarado heredero el conviviente supérstite.

La vocación sucesoria del conviviente supérstite le confiere el derecho de accionar la defensa de sus derechos hereditarios, como demandar a las personas que hayan preterido sus derechos sucesorios, contradecir la desheredación efectuada por el conviviente, defender sus derechos en la partición de la herencia, la nulidad de la partición de herencia, ejercer la acción de partición de herencia si correspondiese, así mismo demandar la reivindicación de herencia, en caso que la herencia la posean otros herederos del causante, demandarla indignidad en cualquiera de los supuestos que establece el Código Civil, exigir respeto a la casa-habitación en que existió el hogar de hecho: el ejercicio del derecho de habitación vitalicia o el derecho de usufructo, exigir el derecho de colación a otros herederos, como también solicitar el cese de la indivisión hereditaria, entre otras acciones (2015, pp. 280-285).

Los derechos sucesorios están determinados en el CC; empero, es evidente que no existe reconocimiento respecto de los homoafectivos; entonces, de lo esbozado podemos concluir que estos pueden tener derechos sucesorios que deben ser establecidos en el contrato de convivencia, siendo esta sucesión por ley o en su defecto y a consideración de los miembros efectuarlo por testamento, el que debe ser perfectamente válido; asimismo, podemos considerar que estos tienen derechos como herederos forzosos, pudiendo efectuar también el trámite de

sucesión intestada y demandar/peticionar la petición de herencia, a través de un proceso notarial o judicial.

c. Derecho de alimentos

Para el doctrinario Cornejo Chávez, citado por Aguilar Cornelio, la figura de los alimentos, aparece como el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra persona (2003, p. 568), en ese mismo sentido Chugna Chávez, nos dice que jurídicamente se define a los alimentos como todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra, para atender a la subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción (2003, p. 240); en ese mismo sentido, el CC en su artículo 472 prescribe que, se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Consideración primordial merece el artículo 474 que señala, se deben alimentos recíprocamente: 1) los cónyuges. 2) los ascendientes y descendientes. 3) Los hermanos, artículo del que podemos concluir que los alimentos son recíprocos.

El fundamento del derecho alimentario como institución, para Maldonado Gómez, está principalmente en la solidaridad humana, la obligación moral de asistir a quien necesita ayuda. Se señala que el título esencial para obtener los alimentos es el parentesco, por ello su naturaleza de deber jurídico y natural (2014, p.47); empero,

considero que no es el único puesto que la realidad nos muestra que personas ajenas a la relación consanguínea o de parentesco pueden asumir ese deber, sino por el contrario personas ligadas por el amor, apoyo y ayuda mutua. Los alimentos si bien es un deber del padre que se funda en la equidad (Maldonado Gómez, 2014, p.47), hecho que hace que también sea recíproco en función a su finalidad y las relaciones más allá de consanguíneas son relaciones de afecto, amor, cariño, entre otros.

El derecho de alimentos no puede ni debe ser objeto de concesiones recíprocas, con el fin de poner fin a una relación jurídica familiar, puesto que como bien se señala no se puede transar ni formar acuerdos en torno a ello; y es indispensable, porque la subsistencia del ser humano no puede trocarse por ningún otro derecho, ni puede extinguirse recíprocamente las obligaciones alimentarias. Por lo que se debe cumplir a cabalidad y según las leyes y preceptos vigentes (Alex Plácido, citado por Gómez Guevara, 2014, p. 185).

Nuestro derecho sustantivo señala que tienen derecho a percibir alimentos toda persona (niños y adolescentes) aún mayores de edad si se encontrasen en estado de necesidad, incapacidad física o mental o en el caso de los hijos solteros que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad y porque no, que tal derecho puedan tenerlo los miembros de una unión homoafectiva.

En el derecho alimentario las personas que forman parte de la relación alimentaria son obligados y beneficiarios, puesto que según lo establece el CC., este deber/derecho es recíproco. Vale decir que se deben alimentos los cónyuges, los ascendientes y descendientes, los hermanos (artículo 474 CC) y porque no, los miembros de una unión homoafectiva.

En ese contexto, advertimos que el CC establece quienes se deben alimentos; empero, y es obvio que no se hace referencia alguna a uniones homoafectivas, en razón a su falta de regulación; sin embargo, resulta pertinente que a partir de la regulación de las uniones homoafectivas sea factible la prestación de alimentos, en razón a las circunstancias que se desarrollen dentro de la convivencia homoafectiva; en ese sentido, los concubinos homoafectivos, se deben asistencia recíproca, tanto personal y material; a la contribución en los gastos que se incurra de conformidad con la situación económica de cada uno.

Así pues, finalizado el contrato de convivencia, según las circunstancias particulares, permanece el deber de socorros recíprocos durante un periodo máximo de dos años, siempre que resulte estrictamente necesario para la subsistencia de alguno de los miembros, derecho que se extinguirá si se comete alguna conducta que agravie a alguno de sus miembros. En caso de otorgarse la prestación alimentaria, se debe establecer límites de

percepción y el cese de pleno derecho una vez concluido el tiempo límite otorgado; asimismo, para tener tal derecho se debe acreditar de manera fehaciente las carencias económicas; es decir, la dificultad de atender a su propia subsistencia.

d. Derecho a la seguridad social

El riesgo social, también denominado contingencia, es todo acontecimiento o hecho que produce la extinción o una disminución de ingresos para satisfacer las necesidades de la vida, como alimentación, salud, vivienda, entre otros; la vida de todo ser humano está plagada de diferentes riesgos sociales o contingencias. Algunas de estas eventualidades son inevitables – como los accidentes, las enfermedades o la muerte-. Las contingencias generan situaciones de necesidad o indigencia y de precariedad económica. Los hombres y mujeres carecen o se ven privados de los medios indispensables para satisfacer sus necesidades, por lo que surge la imperiosa necesidad de buscar una adecuada protección o seguridad –entendida como la ausencia de inseguridad- contra dichos riesgos sociales (Gonzales Hunt y Paitán Martínez, 2017, pp. 17-18); la protección o seguridad social cuando acontecen ciertas contingencias nunca puede ser cubierta de manera satisfactoria solo por el individuo, puesto que se requiere de un sistema que le permite acceder a recursos económicos (pensiones, por ejemplo) o atenciones de salud. En el afán de búsqueda de protección de los individuos y de la sociedad

ante ciertas contingencias, luego del desarrollo de varios sistemas de protección social surge la seguridad social como un mecanismo que tiene por objeto proteger a todos los individuos y sus familias contra ciertos riesgos sociales, a través de prestaciones de especie (servicios de salud) y económicos (pensiones). (Gonzales Hunt y Paitán Martínez, 2017, pp. 18-19).

La CPP de 1993, ha diseñado un marco dentro de cual se conciben los cimientos de la seguridad social en nuestro país. La conjunción de los artículos 10, 11 y 12, origina que tengamos un concepto de seguridad social como un derecho humano y fundamental, así como un derecho social y económico. La seguridad social, reconocida en nuestra Constitución, se convierte en un instrumento esencial para la garantía de las condiciones de existencia de los individuos, y por ello es el núcleo o corazón del Estado social y democrático de derecho (Aparicio Tovar, citado por Gonzales Hunt y Paitán Martínez, 2017, pp. 53).

En efecto, los miembros de las uniones homoafectivas tienen derecho a la seguridad social, como instrumento para la garantía de su subsistencia cuando surja alguna contingencia; asimismo, tiene derecho a usar el seguro de uno de ellos en beneficio de otro, ello a fin de no vulnerar derechos, como el de la seguridad social en salud y prestaciones en el sistema de pensiones y hacer de estos derechos más efectivos.

2.5.8. Uniones homoafectivas como contrato de convivencia

El artículo 1351 del CC define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; entonces, como señala Osterling Parodi y Castillo Freyre, siendo el contrato una fuente de las obligaciones, el crea, justamente, una obligación que es considerada una relación jurídica con contenido patrimonial, esto se corrobora cuando el artículo 1402 del CC señala que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, consecuentemente, si es este el objeto del contrato, entonces la obligación, cuando de él emana, debe tener carácter patrimonial. (Osterling Parodi y Castillo Freyre, p. 711).

Sostienen Osterling Parodi y Castillo Freyre que:

Es obligación civil prestar alimentos, porque ella origina una relación acreedor-deudor, por un vínculo que emana de la ley, con la característica de patrimonialidad. Aquí conviene llamar la atención respecto al erróneo concepto en que incurren algunos autores, al descartar la obligación civil del ámbito del Derecho de Familia” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, p. 686).

Para Osterling Parodi y Castillo Freyre las obligaciones familiares, comparadas con las relaciones obligatorias patrimoniales, tienen diferentes características, a saber:

- a. Las obligaciones del Derecho de Familia se desprenden de facultades típicas que se ejercen de persona a persona, como la patria potestad y la autoridad marital, y se basan en deberes morales elevados por la ley a la categoría de preceptos jurídicos. Agrega De la Vega que, a veces, en las relaciones entre parientes, se crean obligaciones de contenido económico que envuelven modalidades análogas a las del derecho de crédito. Tal es el caso de la obligación legal de pagar una pensión alimenticia que existe entre determinadas personas unidas por vínculos familiares. A estas obligaciones intermedias, por su

dualidad de caracteres, Sánchez Román las llama ético-jurídicas.

- b. Las obligaciones del Derecho de Familia, a diferencia de los créditos, no se dirigen únicamente a obtener la satisfacción de un interés determinado del acreedor, sino a imponer y observar una conducta personal y directa del obligado; de modo que no se concibe que tales prestaciones puedan ejecutarse por un tercero en lugar del sujeto pasivo de la relación familiar.
- c. Las obligaciones del Derecho de Familia, por lo general, son a la vez derechos y deberes, a la par que confieren una facultad, imponen una sujeción. En la obligación propiamente dicha, el papel que corresponde desempeñar al acreedor y al deudor está completamente delimitado. Al sujeto activo toca exigir la prestación debida; al sujeto pasivo, ejecutarla. De la Vega concluye expresando que en el Derecho de Sucesión mortis causa dominan relaciones de naturaleza peculiarísima, que se deducen todas del hecho de la muerte de la persona. Las relaciones que establece el derecho de crédito, aunque sufren su influencia, no dependen de ese evento jurídico, y existen, se modifican, transmiten y extinguen con independencia de él. (De la Vega, citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre, pp. 709-710).

Ahora bien, es la patrimonialidad, el requisito más complejo de todos los señalados, a tal punto que existen profundas divergencias en la doctrina sobre el concepto de patrimonialidad de la prestación o si este debe ser considerado como exigencia esencial. En la legislación peruana, la patrimonialidad de la prestación no es requerida directamente por ninguna norma relativa al Derecho de Obligaciones. Pero, a partir de una interpretación sistemática, en especial de la parte relativa a los contratos, la fuente más importante de las obligaciones, concluimos que la patrimonialidad debe estar presente en la prestación; sin embargo, problema de fondo está en determinar que se entiende por patrimonialidad; en ese contexto, pasaremos a resumir las principales concepciones expuestas, dentro de las innumerables que existen. Una

corriente de pensamiento sostiene que la patrimonialidad se caracteriza porque la prestación es valuable en dinero. Se argumenta que cualquier conducta o comportamiento que tenga un valor monetario es patrimonial. Consideramos, sin embargo, que esta concepción no satisface plenamente la función de la patrimonialidad, ya que bastaría que, a una conducta típicamente no patrimonial, como por ejemplo a una adopción, se agregara un factor monetario, en el ejemplo citado el pago de 10,000.00 soles a cambio de ser adoptado, para convertirla en una relación patrimonial. De esta forma, la función de la patrimonialidad, que justamente consiste en distinguir las conductas no patrimoniales de las patrimoniales, sería fácilmente burlada. Una segunda teoría plantea que la patrimonialidad se define por la contraprestación que se da a cambio de la conducta realizada. Es una teoría en principio acertada, pero no explica todos los casos, como, por ejemplo, la donación, en la que no hay contraprestación y, sin embargo, se aplican las reglas de las relaciones patrimoniales (Osterling Parodi y Castillo Freyre, p. 711).

En opinión de Osterling Parodi y Castillo Freyre, las obligaciones civiles tienen necesariamente contenido patrimonial. Por eso, en los ejemplos propuestos por Ihering debe admitirse su significación patrimonial por razón de la contraprestación, o de las consecuencias económicas que su inejecución origine, o de las conductas mediante las cuales se va a satisfacer un interés. Así, el mozo de café al que su patrón le impidió disponer de la tarde del domingo, o la negativa a que el acreedor disfrute del jardín contiguo, o violar la cláusula contractual que prohíbe hacer

ruido, además de la eventual contraprestación económica sufragada por el acreedor, podría irrogar daños y perjuicios para el acreedor de tales prestaciones, e inclusive, en su caso, el pago de una cláusula penal. Se trata, en suma, de conductas que sí tienen contenido patrimonial. El carácter patrimonial de una relación jurídica debe considerarse analizándola en su totalidad, relacionando las dos prestaciones, sin que sea indispensable que ellas sean valorables en dinero, pues puede existir un ingrediente distinto de la patrimonialidad, que constituiría su correctivo. En conclusión, y como regla general, la patrimonialidad no se define únicamente por una valuación monetaria, o por una contraprestación, o por un correctivo, o por un interés subjetivo, sino por la prestación en sí, objetivamente considerada. Será el orden jurídico y social, de un tiempo y espacio específicos, encarnado por los Tribunales de Justicia, el que determinará cuándo una conducta justifica un sacrificio económico para lograr la satisfacción de un interés, que es justamente lo que constituye la patrimonialidad de la prestación. Los deberes, reiteramos, trátense de deberes jurídicos con contenido patrimonial o sin él, de deberes morales o de deberes generales, tienen naturaleza distinta. Ellos pueden o no originar consecuencias patrimoniales, según hemos visto, por su inejecución, pero no constituyen obligaciones civiles. Quizá la confusión surge porque existen deberes que la ley impone -deberes que podríamos denominar con rango de ley, pero que, sin embargo, no dejan de ser meros deberes, que pueden, ocasionalmente, convertirse en obligaciones civiles con contenido patrimonial (Osterling Parodi y Castillo Freyre, p. 710 - 712).

Ernesto Clemente Wayar, haciendo referencia al Código Argentino, específicamente al artículo 499 que señala, no hay obligación sin causa; es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos o de uno de los actos lícitos o ilícitos de las relaciones de familia o de las relaciones civiles. Ello permite, según Wayar, efectuar lo siguiente: *i)* El contrato, que es el acuerdo de voluntades por medio del cual las personas reglamentan el ejercicio de ciertos derechos u obligaciones que les conciernen (Ernesto Clemente Wayar citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre, p. 718).

En el orden de ideas, podemos verificar que en efecto, es posible la regulación de determinados derechos patrimoniales y obligacionales de los miembros de las uniones homoafectivas; en razón a que estos no afectan instituciones o concepciones del Estado peruano; en ese contexto, los miembros de las uniones homoafectivas pueden regular las relaciones patrimoniales y obligacionales relacionadas a su vida en común con la suscripción de este contrato de convivencia; este contrato debe efectuarse por escrito, mediante escritura pública, bajo sanción de nulidad en el que se indican de manera expresa todos los requisitos que se debe incluir, puesto que con la celebración del contrato de convivencia se estaría salvaguardando la no vulneración del derecho a la dignidad humana, por cuanto las personas que pertenecen a estas minorías no son menos dignas, sino por el contrario, tienen las mismas prerrogativas que cualquier otra, por lo que no se debe limitar su pleno desarrollo.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la suscripción del contrato de convivencia se efectúa a partir de la decisión libre y voluntaria de los miembros que la integran, más aún si comporta el plano netamente individual de las decisiones de cada individuo y este no afecta el orden público ni las buenas costumbres.

Por su parte, debemos tener en consideración que no se sacrifica ningún valor ni principio, lo único que se pretende es satisfacer derechos consagrados a nivel constitucional, sin sacrificar a ninguna institución; en ese sentido, como nos dice Atienza Rodríguez, el Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo. Atribuir una especial importancia a la interpretación entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica y otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin desconocer por ello los valores del “legalismo”; el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo, o del jurista pospositivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales (Atienza Rodríguez, 2018, p. 29).

Bajo el contexto descrito y como lo hemos descrito precedentemente, los derechos patrimoniales y obligacionales que corresponderían a los integrantes de las uniones homoafectivas son en esencia el derecho a la

propiedad, derechos sucesorios, el derecho a los alimentos, a la seguridad social y los derechos obligacionales, el mismo que será establecido en un contrato, debido a que dichos derechos son de carácter patrimonial, mismo que servirá como instrumento para materializarlos; siendo este el más adecuado, en razón a que no existe otra figura jurídica que pueda regular la convivencia de las uniones homoafectivas; ello, se efectúa con el fin de salvaguardar derechos; entonces, al ser el contrato fuente de las obligaciones, crea una relación jurídica con contenido patrimonial como el contrato de convivencia; esta opción libremente convenida se convierte así en ley entre las partes ya que crea un orden jurídico *ad hoc*, que es producto de la conjugación de dos o más libertades. De ahí que la autonomía de la voluntad sea la piedra angular y la esencia del contrato: un contrato impuesto no es un contrato; tan simple como eso; sin embargo, la ley, como interés general, puede prohibir que se pacten determinadas prestaciones, siendo estas excepcionales (Trazegnies Granda, 2005, p. 24), se constituye además como una expresión de la llamada autonomía de la voluntad o libertad contractual que permite a los individuos ir diseñando su entorno social a través de ciertos actos de ejercicio de la libertad personal que llamamos contratos y que van determinando sus obligaciones y derechos en el plano de las relaciones privadas, por lo que los miembros de las uniones homoafectivas pueden perfectamente suscribir el contrato, más aún si este no va contra el interés público y las buenas costumbres; puesto que el hombre tiene una libertad esencial -el hombre es libertad-. Los derechos que nos otorgue el Estado a través de la ley y de las decisiones

judiciales tienen que ser conformes con esa libertad básica y deben orientarse a promoverla y a protegerla, incluyendo una protección contra sí misma (Trazegnies Granda, 2005, p. 24).

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La contrastación de hipótesis se ha logrado luego del cumplimiento de todos los objetivos específicos trazados en la parte metodológica del presente trabajo; ello, debido a que cada objetivo apuntaba a una comprobación o demostración de cada uno de los extremos de la hipótesis; en consecuencia, en este capítulo se presentan las razones jurídicas que justifican la regulación de las uniones homoafectivas a través de un contrato en el ordenamiento sustantivo civil peruano; en los siguientes términos.

3.1. El carácter principista de los valores fundamentales a la libertad e igualdad que conforman el contenido fundamental de cualquier derecho, incluidas las uniones homoafectivas

Debe anotarse que, tanto desde la perspectiva de la teoría del Estado, como desde el extremo de la *iusfilosofía*, así como desde la dogmática constitucional, los valores fundamentales a la libertad y a la igualdad, acompañados del valor fraternidad, implican además de derechos fundamentales, principios fundantes del tipo de Estado liberal y, actualmente, del Estado Constitucional de Derecho; aspectos que deben ser estudiados en relación con el derecho al matrimonio de las parejas homoafectivas como presupuesto fundamental para la conformación de su contenido.

En primer lugar, más por su relación directa con el origen de los principios antes dichos que por la generalidad de sus postulados, ha de ubicarse a la teoría del Estado, misma que ha rendido frutos desde antes de la formulación del Estado Liberal, pero que, dada la importante ideología aportada desde el siglo XVII hasta el siglo XVIII, ha sentado bases tan fuertes que se han mantenido incólumes hoy, casi tres siglos después.

Pues bien, los albores del Estado Liberal tienen un carácter de reacción ante las iniquidades presentadas en el antiguo régimen (Peces-Barba, 1995, p. 150), en que el absolutismo alcanzado por los monarcas contaba con el respaldo del Derecho objetivo para asumir la legislatura a través de los decretos, la administración y ejecución regida por el libre albedrío y, por tanto, del arbitrio monárquico, al igual que la potestad jurisdiccional que también le estaba encargada por poderes que se irrogaban calidad de divinos.

Toda esta estructura gubernamental totalitaria desplegada durante el absolutismo implicaba el uso abusivo del poder y, con ello, la afectación permanente y antojadiza de lo que hasta entonces se conocía como las libertades fundamentales de los integrantes de la población que todavía fungían como súbditos y no como ciudadanos.

Es recién hasta después de la revolución francesa que esta estructura de gobierno abusiva que se irrogaba la calidad de Estado, se vio desplazada y se construyó un Estado basado en la organización política y jurídica del pueblo, en un territorio determinado, con ejercicio de su poder soberano,

cuya interacción de elementos generaba un poder constituyente que fundaba un poder constituido, reduciéndose al gobierno únicamente a la categoría de representante, vale decir, encargándole funciones determinadas, pero sin equipararlo con el Estado (Nash Rojas, 2006, p. 1309).

Es bajo este contexto que la preocupación de la población política y jurídicamente organizada fue evitar que se vuelva a presentar el abuso del poder, por lo que se hablaba de separación de poderes que luego ha evolucionado en el equilibrio de funciones; así como, de tutela de libertades fundamentales que luego han adoptado la denominación de derechos fundamentales. Pues bien, ambos extremos de la nueva organización, ha tenido como bandera a los principios de libertad, igualdad y fraternidad, como condiciones necesarias para la construcción del contenido de los demás derechos fundamentales, incluso, de los que son variantes de los propios principios ya mencionados.

En este sentido, no existen derechos fundamentales reconocidos hasta la actualidad, ya sean civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, o derechos difusos; que puedan conformar su contenido con afectación del principio de libertad; es decir, la libertad debe formar parte de su contenido o, no debe verse coartada con la construcción del mismo (Peces-Barba, 1995, p. 109).

En el caso de las parejas homoafectivas, existen muchos derechos que se desprenden de la propia realidad, ya sea del enamoramiento o de la

convivencia; como por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dentro de este, el derecho a construir un proyecto de vida adecuado o idóneo a las necesidades de cada personalidad; el derecho a la libertad sexual y a la libertad reproductiva como desprendimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad; por otro lado, el derecho a acceder a una familia, vista la familia en el sentido contemporáneo como una comunidad de afinidad más que de consanguinidad; entre otros varios que llevan dentro de su contenido, inmerso el principio de libertad.

Esto debido a que es factible considerar a la libertad como principio humano porque esta es una cualidad inalienable del mismo, así, es de señalarse que, el principal elemento diferenciador entre el ser humano y otros animales biológicos es la libertad determinada por su inteligencia, su capacidad de ser consciente de sí mismo y la posibilidad que esto le entrega para trazar diferentes caminos que escapan del mero instinto y le permiten expandir sus horizontes hacia objetivos múltiples y disímiles respecto de otros seres humanos, determinados únicamente por su personalidad y limitados por las libertades personales de sus pares (Caso, 2016).

Este último extremo característico del principio-derecho a la libertad, es el que lo convierte en un fundamento ético para la construcción de nuevos valores fundamentales (Caso, 2016); es decir, el ser humano es un ser biológico que se diferencia de los demás por su capacidad de servirse de su inteligencia para crear nuevos valores eficientes para su convivencia armónica, no obstante, estos valores si bien son social y culturalmente

construidos, deben valerse de la libertad como fundamento ético para no sobrepasar o afectar la propia libertad de otros seres humanos, mejor dicho, de otras personalidades.

En el particular de los derechos fundamentales de las personas que desean desplegar su vida accediendo a relaciones homoafectivas, ha sido su propia inteligencia y consciencia de sí mismo la que les ha permitido tomar esa decisión de vida, es decir, el propio ejercicio de su derecho a la libertad que les es inmanente; mismo que se convierte en un principio o fundamento ético, siempre y cuando, tales personalidades se desenvuelvan y ejerzan sus derechos y valores fundamentales sin afectación de los derechos de otros.

Analizando cada uno de los derechos fundamentales, o valores fundamentales ejercidos materialmente y que, como ocurre con todos los valores constitucionales, luego pueden ser recogidos por el sistema jurídico constitucional; tenemos que, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como su propia denominación lo indica, lleva dentro de su propia conformación al valor libertad, a aquella cualidad inmanente del ser humano derivada de su inteligencia y consciencia propia, que los lleva a tomar decisiones respecto de lo que constituye su personalidad.

El libre desarrollo de la personalidad desde su dimensión subjetiva involucra la facultad con la que cuenta cada individuo para “regir y dirigir su vida y destino a su propia manera” (Villalobos Badilla, 2012, p. xiv), puesto

que al ser los seres humanos inteligentes y diversos, al contar con libre albedrío, así como con voluntad, deseos, perspectivas, objetivos y finalidades, es decir, al contar con personalidad, nos encontramos en la capacidad de decidir lo que queremos e identificar lo que necesitamos para nuestra vida.

Cualidad que, indefectiblemente, sugiere diferencias sustanciales entre un individuo y otro, es decir, se trata de un derecho fundamental recientemente reconocido con un contenido dinámico y contingente, por tanto, una cláusula abierta “como parámetro base para la interpretación, creación, construcción y reconocimiento de derechos implícitos que se derivan, relacionan o resultan esenciales para la personalidad humana” (Villalobos Badilla, 2012, p. xiv).

Complicada tarea que, en su versión objetiva involucra una obligación para el Estado, bajo la forma de pueblo, territorio, soberanía y cultura, de respeto absoluto de lo que la personalidad de sus individuos identifique como sus necesidades y deseos; así como, para el constituyente, al momento de decidir el contenido normativo abstracto o general de dicho derecho, respetando sus características de cláusula abierta y permitiendo que en cada caso concreto, sea el aplicador el que le reconozca un contenido específico.

En el caso de las personas que integran la comunidad LGTBQ+, implica el respeto de sus opciones de vida, comportamientos, creencias,

concepciones, actuaciones, siempre y cuando, como ocurre en todos los casos, no afecten los derechos de nadie más; en este sentido, el respeto de todos los derechos que se desprendan de esta libre elección, como el derecho de constituir una familia, el derecho a ejercer su libertad sexual, reproductiva, afectiva, o cualquier otra libertad, el derecho a la educación, a la salud, o cualquier otro derecho social, económico o cultural.

No obstante, el ejercicio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en algunas sociedades como la peruana, no cuenta con una configuración libre de problemas, mucho más para las personas que deciden incluir dentro de sus elecciones de vida a la conformación de una relación homoafectiva; esto puesto que, si bien es cierto cuentan con esta posibilidad dado el contenido dinámico y contingente del referido derecho, desde una perspectiva social, o de grupo, tales elecciones no han sido del todo aceptadas y, lo que es peor, no cuentan con respaldo alguno dentro del ordenamiento jurídico.

Bajo esta realidad, se hace muy complicado asegurar el cumplimiento del derecho a construir un proyecto de vida adecuado o idóneo a las necesidades de la personalidad de quienes eligen desplegar un hogar homoafectivo, si bien es cierto pueden ejercer su derecho a la libertad sexual, cualquier consecuencia positiva o negativa de dicho ejercicio se encuentra totalmente ajena al ordenamiento jurídico, lo que supone un vacío normativo peligroso y contrario al deber de tutela efectiva; de igual manera, el ejercicio de su derecho a la libertad reproductiva corre el riesgo de verse estigmatizado, muchas veces contrariado, al extremo de

argumentarse que dada su condición anormal, carecen de capacidad para procrear y, en todo caso, para asumir una relación paterno filial, lo que afecta directamente su derecho a acceder a una familia, entre varias otras afectaciones que se vinculan ya no con el principio de libertad, sino con el de igualdad.

La igualdad es el segundo de los principios que inspiran la forma de Estado Liberal de la cual somos herederos, que si bien en sus inicios contaba con un contenido meramente declarativo y luego restringido a la igualdad económica o social (González Oropeza, Nguyen huu, Otálora Malassis y Guevara Castro, 2016, p. 716), con el paso de los años y las conquistas en materia de derechos humanos, se ha logrado conquistar un sentido de igualdad en sentido de equidad como un “principio constitutivo de la sociedad en su conjunto o los grupos sociales, y también de la propia persona, de su proceso en la construcción del yo” (Antón Morón, 2013. P. 177).

Bajo el nuevo principio de equidad, no se entienden a todos los seres humanos como absolutamente iguales, tampoco se les impone el mismo contenido de derechos humanos, ni se exige al sistema jurídico una tutela estandarizada; sino que, se atienden las necesidades de cada persona de conformidad con las circunstancias y características específicas de su personalidad. Idea con la que calza perfectamente la idea de cláusula abierta con la que cuenta el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esto debido a que, como fue señalado anteriormente, cada persona es libre de decidir los valores que le son eficientes para el despliegue de su

proyecto de vida; en este sentido el principio de igualdad, en el sentido de equidad, debe asegurar crear las condiciones necesarias a los seres humanos para que desplieguen sus elecciones, sin establecer diferencias en donde no las hay; un asunto sumamente complicado, dado que, requiere de la comprensión de las circunstancias de cada caso concreto, en los cuales, debe asegurarse la tutela efectiva de los derechos bajo las mismas prerrogativas y posibilidades de tutela que todas las demás personas de las sociedad, pero con absoluto respeto de las diferencias propias de cada persona.

En el caso de las personas que construyen relaciones homoafectivas y el derecho de acceder al matrimonio, pueden identificarse tres elementos, el elemento material y subjetivo del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad dado que en los hechos es posible que construyan lazos familiares, luego, un elemento normativo inexistente en la sociedad peruana, puesto que el ámbito subjetivo antes señalado no cuenta con un correlato objetivo ni en el texto constitucional ni en las normas legales de desarrollo; finalmente, este segundo extremo, genera una situación de inequidad, de discriminación en la ley que luego genera una discriminación ante la ley, como por ejemplo ha ocurrido en el reciente fallo del Tribunal Constitucional en el caso Susel Paredes y esposa (2022).

Si bien es cierto el derecho fundamental a la igualdad se encuentra consignado en el artículo 2, numeral 2 del texto constitucional, de manera que no puede discriminarse a ciudadano alguno por motivos de sexo o de cualquiera otra índole, dado que “estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a

los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación” (Caso Gabriela Sintya Barrezueta, 2021); en el caso de las personas con relaciones homoafectivas, a pesar de encontrarse haciendo uso de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, de haber ejercido su derecho de acceder a una familia, de encontrarse desplegando todos los efectos que ello implica bajo los mismos términos que una pareja heteroafectiva, no pueden acceder a todos los derechos como lo es el particular del matrimonio y sus consecuencias patrimoniales, hereditarias, entre otras, lo que no implica un asunto de dar a cada quien lo que le corresponde, sino, de negar derechos a quienes les corresponde, basados en asuntos de creencias, prejuicios o simple irrespeto de la elección personal de los demás; lo que constituye un asunto de discriminación y, por tanto, afectación del principio de igualdad.

Lo que lleva a la comprensión del tercer principio fundante del Estado Liberal, vigente hoy más que antes en el contexto del Estado Constitucional, la fraternidad que, si bien en sus inicios implicaba garantizar la “emancipación real de las clases subalternas, es decir, de todos aquellos que dependían de los demás para poder vivir –criados, jornaleros, campesinos y, en general, todo tipo de pobres” (Puyol, 2018, p. 5), es decir, la liberación de los miserables porque todos somos seres humanos; pero que, a partir del siglo XIX, se vio transformada hacia la idea de solidaridad en el sentido de la colaboración para que se cubran las necesidades básicas de los ciudadanos, desprovistos del ideal emancipador (pp. 5 y 6) y que, más tarde toma en cuenta la necesidad de cubrir los “déficits del

igualitarismo comprometido con el mérito y las libertades individuales” (p. 6), concepción última que parece haber interpretado a las libertades individuales como el ascenso de los egoísmos y la necesidad de volver a los socialismos; pero que, en realidad, deben fomentar el equilibrio en la aplicación de la voluntad de las mayorías en apariencia iguales.

De ahí que surge el enfrentamiento entre la concepción de una democracia representativa basada en el poder y decisión de las mayorías y la democracia participativa preocupada por el equilibrio entre lo que quieren las mayorías y el respeto de valores fundamentales y superiores como lo es la libertad de la personalidad en cada ser humano y la prohibición de la discriminaciones en donde no corresponden; perspectiva que es muy necesaria en el caso de las relaciones homoafectivas y su acceso al matrimonio.

La fraternidad desde el escaño de la solidaridad, entonces, ahora debe ser entendida en el contexto de una democracia participativa, en el que la voz del pueblo, no de las mayorías, sino del pueblo en su totalidad ha de ser escuchada y, las decisiones a las que se arriban, sobretodo en materia de derechos humanos, deben total respeto a la tutela efectiva de los derechos fundamentales de las personas, aunque pertenezcan a una minoría, aunque no seamos suscriptores de sus decisiones, fomentando el respeto del contenido que cada persona le otorgue a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, siempre que ese contenido no afecte el contenido del mismo u otros derechos de las demás personas.

En resumen, la democracia no se trata del abuso de poder de las mayorías, sino de la capacidad de estas para tener en cuenta la variedad propia de las personalidades en los seres humanos al momento de tomar decisiones, la consciencia de que la igualdad implica la protección de la totalidad de las personas de una sociedad a pesar de sus diferencias personales; solo así se considerará vigente el principio de fraternidad.

Debe anotarse que la propia evolución en los contenidos de la Teoría del Estado y la comprensión de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, ha ido evolucionando de la mano con la evolución del contenido mismo del Derecho que se ha presentado desde el campo de la *iusfilosofía*; tal es el caso del abandono del naturalismo esbozado en la edad media, que concebía a los valores fundamentales como desprendimientos de la naturaleza del ser humano y, en ese sentido, se podría sustentar que son permanentes, inmodificables y solo comprensibles por el ser humano a través de la razón.

Pues, como ya se ha mencionado en líneas precedentes, el contenido de los derechos fundamentales no es estático, sino dinámico, contingente y evolutivo, en específico el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como desprendimiento del principio de libertad que asiste a todas las personas, también a las que componen grupos minoritarios, como el caso de las personas que se encuentran sosteniendo una relación homoafectiva y requieren de la protección legal, a quienes, de seguirse considerando el derecho natural con valores divinos o desprendidos de la naturaleza del ser humano, no se les podría reconocer su derecho al matrimonio.

Al respecto, cabe señalar la crítica que se le realiza al naturalismo racionalista, el hecho de que la relación sujeto-objeto, a pesar de que busque describir al objeto percibido por el sujeto desde la realidad, lo cierto es que tal descripción siempre se encontrará cargada de la subjetividad de quien interpreta; lo que involucra que los valores naturales muy difícilmente podrían ser traducidos de manera objetiva, sino que, existen tantas interpretaciones como intérpretes, de ahí la contingencia de los derechos fundamentales y la incoherencia interna de este extremo *iusnaturalista*.

Es por ello que resulta más adecuada la formulación positivista de que los valores jurídicos surgen del acuerdo o convenciones sociales, no así en el caso del positivismo excluyente que plantea un imperio de la ley o un centralismo gubernamental, sino, a manera de positivismo incluyente que entiende tal convención social a partir de la comprensión del Estado.

Con intención de aclarar este punto que también se relaciona con la teoría del Estado, ocurre que, las posturas positivistas parecen confundir los conceptos del Estado y Gobierno, como si se tratase del mismo instituto; al respecto, debe tenerse en cuenta que el Estado no es una persona jurídica, ni una institución, ni una entidad o conjunto de entidades, sino, un fenómeno social que implica la interacción de diversos elementos presentes en la realidad también social.

Es el producto de la actuación política de la población que ejerce su soberanía en un territorio determinado en atención a su cultura, bajo esta

concepción, el Estado tiene un contenido real, material, sustantivo, es la expresión de un poder constituyente que funda una supra organización también dinámica y permanentemente evolutiva; por lo tanto, todos formamos parte del Estado, seamos o no integrantes de una entidad pública, se nos haya encargado o no una función gubernamental, y como tal, cumplimos un rol importante como funcionarios del Estado, no del gobierno; esto ocurre con las asociaciones de personas o los organismos no gubernamentales e incluso con cualquier ciudadano, quienes son capaces de contribuir a la organización con sus propias labores e impulsarla a mejorar.

Distinta situación se presenta en el caso del gobierno que no ostenta un poder constituyente, sino un poder constituido, cuyas labores sí son las de ejercer las funciones delegadas por los integrantes del Estado en el acto constituyente, quienes sí se encuentran regidos por un principio de legalidad en sus actuaciones y forman parte de una entidad o entidades que ejercer la representación de la totalidad de integrantes del Estado en asuntos formalmente establecidos dentro del texto constitucional y en sus leyes orgánicas.

En tal sentido, las normas creadas por el gobierno, se conformarán en virtud de la facultad legislativa con la que cuentan algunos organismos tales como el Congreso de la República, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, o por delegación la Presidencia del Consejo de Ministros o cada uno de los ministerios; aunque, no son únicamente dichas normas las que

guardan relevancia jurídica, como parece creer el positivismo; así como, los procedimientos legislativos formales que atraviesan para ser dotadas de validez, no son los únicos capaces de producir normas con relevancia jurídica.

Es precisamente el constitucionalismo el que ha sentado un tipo fundamental de normas que no atraviesan por un *iter legislativo* y que, no obstante, son consideradas superiores por originarse en el propio constituyente, es decir, en aquel poder que funda al Estado y a la Constitución misma, es decir, en aquella interacción entre pueblo, soberanía, territorio y cultura; de forma tal que, tales normas resultan del alma misma de la población, expresan sus necesidades urgentes y su manera de ver las cosas; lo que exige que sean contrastadas con las conquistas jurídicas ya existentes para la creación de nuevos valores jurídicos.

Esto último tiene tres consecuencias, la primera, es el hecho de que los valores jurídicos no son universales, como pretende la teoría de los derechos humanos, dado que no pueden ser impuestos verticalmente a la población, sino que deben desprenderse de la moral social existente en esta; la segunda, es el cambio en el concepto de la democracia, que no implica únicamente el respeto de los que imponen las mayorías, sino, la acción de advertir las necesidades de la totalidad de la población, de mayorías y minorías, así como el respeto de los derechos de las minorías, lo que amplía el concepto del principio igualdad hacia una equidad que

atienda a todo ser humano independiente del grupo en el que se le ubique, así como el concepto de fraternidad que solidariza a las mayorías con las necesidades de las minorías; la tercera y, posiblemente la más problemática, es el hecho de que el contenido de los derechos fundamentales depende de la cultura que se despliega en un territorio y una época en específico, lo que acentúa su carácter contingente, relativo y exija encontrar un equilibrio entre las creencias de los grupos mayoritarios y los minoritarios en cada realidad en específico.

Este último extremo que se instaura como una problemática en específico en el caso del reconocimiento del derecho al matrimonio de las parejas homoafectivas en un país como el Perú, en el que las mayorías todavía no aceptan con total normalidad la opción de vida de las parejas homoafectivas, a pesar de que los organismos internacionales han recogido ya de manera irrestricta la libertad de elegir una pareja homoafectiva como desprendimiento del libre desarrollo de la personalidad, así como, han prohibido cualquier tipo de discriminación contra quienes optan por este camino.

En tal sentido, la constitución material, la moral social, se encuentra todavía conflictuada y requiere del ejercicio de una moral crítica, pero una verdadera moral crítica, no como la planteada por el Tribunal Constitucional en el ya mencionado caso de Susel Paredes y esposa; sino que, tome las perspectivas tanto de grupos mayoritarios como minoritarios, para en virtud del enfrentamiento de estas con los valores constitucionales ya

conquistados anteriormente como son el principio de libertad, el principio de igualdad y el principio de fraternidad, construyan un dogma que no deje en desprotección a las parejas homoafectivas; de ahí que persista la posición del positivismo incluyente que permite la influencia de la moral social en la construcción de los valores constitucionales, pero requiere que estos sean reconocidos y recogidos en disposiciones normativas constitucionales a fin de proveer seguridad jurídica y asegurar el respeto de la dignidad como derecho referente.

3.2. Garantizar el ejercicio de los derechos patrimoniales y obligacionales recogidos en el ordenamiento sustantivo civil peruano a los integrantes de las uniones homoafectivas

El extremo de que todos los seres humanos somos libres de elegir el proyecto de vida que consideremos mejor para desplegar nuestra personalidad, pareciera no encontrarse en discusión, al menos no con los reconocimientos convencionales internacionales ni con los constitucionales internos, tal y como ocurre con el artículo 2, numeral 1 del texto constitucional, e incluso, con el artículo 4 referido a la protección del matrimonio que no contempla prohibición alguna.

Empero, al momento de analizar los efectos de la unión homoafectiva libre, sobre los derechos que el ordenamiento legislativo le reconocen a la uniones libres heteroafectivas, sí es posible evidenciar una afectación al principio de igualdad en su dimensión de prohibición de discriminación; pues si bien es cierto el concepto de familia obrante en el Código Civil se

funda en el modelo decimonónico de familia nuclear, con el paso de las décadas este ha ido evolucionando y ampliando su contenido, lo que no ha parecido influir en el concepto de matrimonio que mantiene las mismas limitantes en el libro de familia, la unión de un hombre y una mujer.

Estas limitaciones, afectan a las uniones homoafectivas puesto que los efectos matrimoniales únicamente se le reconocen a las parejas heteroafectivas, lo que se sustenta en las preferencias o creencias de las mayorías tras las mismas enseñanzas del conservadurismo medieval o moderno; pero que, a la luz de la nueva concepción del principio de fraternidad, exige una actualización de contenidos también para el derecho al matrimonio a fin de asegurar la tutela de los derechos que de este se desprenden.

Entonces, surge la discusión acerca de si los derechos reconocidos como efectos del matrimonio, tales como los patrimoniales y los hereditarios, no se encuentran reconocidos ya a los ciudadanos por otros medios, como es el caso del testamento o la propia auto regulación en el caso patrimonial utilizando la figura de la compra en copropiedad de los bienes, entre otros mecanismos que suponen tutela por previsión del ciudadano medio, lo suficientemente diligente como para protegerse y proteger a su pareja con los mecanismos proporcionados por la propia ley, aunque estos no sean producto de un matrimonio.

De igual manera, se origina la duda respecto de si el gobierno debe adoptar una postura paternalista suponiendo que los ciudadanos se ubican de una línea media hacia abajo a la hora de auto tutelar sus intereses; así como, el propio matrimonio no supone necesariamente una sociedad de gananciales cuando existe un pacto de separación de bienes o la herencia le es negada a un cónyuge indigno.

Pues bien, se cataloga a una persona como ciudadano medio, cuando este se conduce con la diligencia suficiente como para prever o asegurar la tutela de sus derechos fundamentales a través de la utilización de los mecanismos que la constitución y la ley prevé bajo el contexto de su vida diaria, sin necesidad de instar organismo administrativo o jurisdiccional alguno para ejercer sus derechos subjetivos.

En el caso de las parejas homoafectivas, en el extremo de los derechos patrimoniales, los derechos hereditarios, así como de todos los derechos que normalmente asisten a la pareja matrimonial, les han sido negados por omisión y tras interpretaciones antojadizas y discriminatorias del texto constitucional y de las normas legales de desarrollo. Lo cierto es que el artículo 4 del texto constitucional establece el Estado protege la familia y promueve el matrimonio, y reconoce a estos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, punto de partida de la tergiversación.

Puesto que, si bien es cierto la familia podría ser reconocida como un instituto natural de la sociedad, dado que le es incluso preexistente y puede ser vista como uno de sus pilares, no es posible señalar lo mismo del

matrimonio, que no es más que un mecanismo para acceder a un tipo de familia, la denominada familia nuclear compuesta por el padre, la madre y, eventualmente, los hijos; sin embargo, este no es el único tipo de familias, puesto que realmente hablando se presentan otros tipos dentro de la sociedad, como ocurre con la familia ensamblada, la familia monoparental, la familia por afinidad, la familia homoafectiva, entre otras.

Dicha tergiversación o confusión entre el concepto del matrimonio y de la familia, se puede observar en el propio libro de familia del código civil desde sus disposiciones generales, como por ejemplo ocurre con los artículos 233, 234 y 235, puesto que el primero de los artículos parece ser alentador al recalcar que la regulación jurídica de la familia busca contribuir a su consolidación y fortalecimiento en estricto respeto de los principios constitucionales, es decir, el principio de protección de la familia; pero, el siguiente artículo 234, a manera de continuación, deja la denominación de familia para referirse al matrimonio como la unión voluntaria y concertada entre varón y mujer legalmente aptos; es decir, concentra el contenido de familia dentro de los límites de la figura del matrimonio, lo que se explica por la data del Código Civil que es de 1984, pero que, ha ido quedando desfazado respecto del contenido sociológico de familia que, como ya se dijo, es mucho más amplio.

La consecuencia de esta confusión entre familia y matrimonio con la que empieza el libro de familia es la desprotección de las demás familias existentes en la realidad, dentro de estas la familia homoafectiva, dado que, si seguimos revisando el artículo 235, se establecen los deberes de los

padres, sugiriéndose que todas las familias cuentan con relación paterno filial, lo que es inexacto a la luz de los hechos, así como, en el caso de los artículos 236, 237 y 238, que nos hablan del parentesco consanguíneo desprendido del anterior concepto paterno filial, el parentesco por afinidad desprendido del concepto de matrimonio y el parentesco por adopción, actualmente negado socialmente a las familias homoafectivas y ejercido factualmente, en desprotección.

De forma muy fiel a la confusión entre matrimonio y familia, el capítulo primero del título I, de la sección segunda, del libro de familia del código civil, regula al matrimonio como acto, lo que constituye un buen avance en cuanto a la protección de las parejas que deciden hacer vida en común, puesto que contarán con la tutela en materia patrimonial, concretamente con la figura de la sociedad de gananciales.

Cabe resaltar que en ninguno de los artículos correspondientes a este capítulo o a otros se establece como requisito para casarse ser varón y mujer, así, no se establece como causal de nulidad o anulabilidad del matrimonio que este se haya contraído entre varón y varón o mujer y mujer; no obstante, el artículo 234 que tiene un carácter general establece tal definición de matrimonio, por lo que, de una interpretación sistemática de la norma, todos los demás artículos referidos a este acto respetan dicha conformación.

Ahora, las relaciones matrimoniales no implican únicamente efectos patrimoniales o hereditarios, sino también deberes y derechos con implicancias diversas, como por ejemplo los deberes comunes de alimentación de los hijos (art. 287) que, en el contexto de una relación homoafectiva se encontrarían sin regulación si tomamos en cuenta la limitación antes del artículo 234; lo mismo con el deber de fidelidad y asistencia (art. 288), el deber de cohabitación (art. 289), la igualdad en el hogar (art. 290), el derecho de representación conyugal (art. 292), entre otros que, por imperio del artículo 234, no podrían aplicarse a la familia homoafectiva, generando desprotección por omisión.

Lo mismo en cuanto al régimen patrimonial del título III de la sección segunda, por el que se le da la opción a los cónyuges, para que, al casarse puedan optar por el régimen de sociedad de gananciales o separación de bienes, empero, si no se realiza dicha elección ni se cumple con la formalidad de la escritura pública para consignar la separación de bienes, se presume que el régimen corresponde a la sociedad de gananciales (art. 295), ahora, aplicada esta presunción, pueden presentarse causales para la sustitución de dicho régimen, así como, al derecho de acceder a una liquidación de sociedad de gananciales al finalizar su vigencia (art. 298). Conceptos y procedimientos negados a las uniones homoafectivas, únicamente por los presupuestos establecidos en el art. 234 antes mencionado.

Al respecto, podría argumentarse que en realidad no se trata de una desprotección de las parejas homoafectivas apelando a la consideración del ciudadano medio, es decir, a la capacidad que se exige a los ciudadanos para asegurar su autotutela haciendo uso de los medios que la propia constitución y las leyes proveen para ello, en el caso concreto del régimen patrimonial, las parejas homoafectivas pueden valerse de mecanismos para asegurar sus patrimonios, ya sea que decidan desplegar estos de manera autónoma o ya sea que decidan hacerlo en conjunto.

Por ejemplo, para la adquisición de bienes, si desean mantener la titularidad de uno de los integrantes de la familia homoafectiva, ya sea porque ha sido quien ha asumido los costos, o ya sea por liberalidad del otro, bien puede ser adquirido a nombre de este y así consignado en la documentación pertinente o en el registro cuando corresponda; por otro lado, si lo que se quiere es contar con un patrimonio común, en porciones iguales a manera de sociedad de gananciales, bien podría realizarse la compra a título de copropietarios o señalando claramente la porción del bien que corresponde a uno y otro miembro de la relación, sin necesidad de otorgarles la calidad de cónyuges.

De esta manera, existen los medios para proveer de protección o tutela al patrimonio de las relaciones homoafectivas dentro del derecho peruano; empero, el inconveniente no se presenta a nivel de tutela patrimonial, puesto que los seres humanos somos lo suficientemente inteligentes como para prever nuestro plan de vida; el inconveniente se presenta en la

afectación del principio de igualdad inmersa en la prohibición de matrimonio y ejercicio del título de cónyuges de los integrantes de las parejas homoafectivas, puesto que se trata de una discriminación innecesaria, basada no en cuestiones objetivas, sino en prejuicios de las mayorías que tienen como efecto la imposibilidad de acceso a los mecanismos legalmente contemplados para tutelar el patrimonio dentro de un matrimonio; en especial, la tutela a título de sociedad de gananciales (arts. 301 a 326) que ofrece el matrimonio que podría favorecer a parejas homoafectivas cuya previsión no es la de un ciudadano medio.

Al respecto, la regulación simplemente provee de diversas posibilidades de tutela, actualmente únicamente a las parejas heteroafectivas, en este sentido, no puede decirse que si las mismas opciones se otorgan a las parejas homoafectivas el gobierno se convierte en paternalista, sino que, se trata de la eliminación de discriminación en situaciones que presenta la realidad en las que no tienen por qué establecerse diferencias por razón de opción sexual o afectiva.

La negativa del ejercicio de los derechos relativos al matrimonio, definitivamente niegan la posibilidad de ejercicio de estos y varios otros derechos a las parejas homoafectivas, tales como el derecho a la herencia del que podría o debería ser considerado cónyuge supérstite o a la filiación del hijo que no comparte lazos consanguíneos con uno de los integrantes de la unión.

En el caso de la herencia también podría decirse que existe protección dado que cualquiera de los integrantes de la unión homoafectiva podría hacer uso de su derecho a otorgar testamento en favor del otro; sin embargo, debe recordarse que únicamente puede disponerse del patrimonio por testamento hasta una tercera parte de su totalidad, lo que limita innecesariamente la posibilidad de heredar, lo que no contaría con restricciones si se regulase el matrimonio con mayor amplitud; lo mismo podría decirse respecto de la filiación del hijo que no comparte lazos consanguíneos con uno de los integrantes de la unión homoafectiva, dado que se presenta la figura de la adopción que bien podría ser utilizada.

No obstante, debe tenerse presente que cada uno de estos derechos, además de desprenderse del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de encontrarse tutelados por el principio de igualdad, tienen su fundamento en los derechos humanos de acceso a la familia, de la protección de la propiedad o el patrimonio, entre otros que se desprenden de la vida familiar; derechos que son de acceso general para toda la población sin discriminación alguna y, respecto de los cuales, el Estado a través de sus funciones gubernamentales debe asegurar su eficacia.

Esto, dado que la posibilidad de regulación de las uniones homoafectivas se funda no solo en la necesidad de salvaguardar la vigencia efectiva de los derechos, sino de ser frente a los cambios sociales frecuentes que merecen una respuesta no solo social, sino sobre todo jurídica.

Así, el amparo de los derechos patrimoniales y obligacionales de los miembros de las uniones homoafectivas está sujeta al reconocimiento legal de esta, reconocimiento que debe efectuarse a través de un dispositivo legal que establezca de manera clara como va a celebrarse, ejecutarse y si fuese el caso establecer las causas de finiquitar el mismo y las consecuencias de este, debido a que no existe dispositivo legal que ampare tal fenómeno social, puesto que no ha sido previsto.

Desde el punto de vista legal, es de verse que la ausencia normativa no podría solucionarse a través de alguna institución establecida en el orden jurídico interno, advirtiéndose la inexistencia de institución de tal dimensión, situación que se complejiza aún más debido a que las instituciones establecidas de manera taxativa en el ordenamiento jurídico prohíben de manera implícita las regulaciones de nuevas formas de uniones de hecho.

3.3. La idoneidad del contrato como medio razonable para materializar las uniones homoafectivas dentro del ordenamiento sustantivo civil peruano

Los positivistas incluyentes aducen que la moral esta necesariamente incluida en el concepto de derecho; es decir que la moral no está necesariamente excluida ni necesariamente incluida (Alexy, 2008, p. 80), esto significa la inclusión de los principios morales como criterio adicional para la identificación de las normas jurídicas, a través de la regla de reconocimiento podría hacer que los mismos pasaran a constituir una condición necesaria –pero no suficiente- para la identificación de las

normas jurídicas –es decir que deberían concurrir también otros criterios de tipo- (Álvarez, p. 418-419), lo que implica la existencia de un principio-valor en un regla o disposición normativa. En efecto, la dignidad humana e igualdad son valores explícitos constitucionales que están necesariamente incluidos y se hace necesaria su incorporación en el orden jurídico interno y justifica su existencia.

Hasta aquí, se tiene una visión clara de que, tanto el constituyente para fijar los valores fundamentales como el legislador para desarrollar leyes, no solo debe basarse en reglas formales, sino que debe ubicar la razón subyacente del reconocimiento valorativo, moral o axiológico del sistema, que se encuentra en la constitución material, vida, solo así se podrá llegar a construir un sistema jurídico culturalmente adecuado.

En tal sentido, la investigación se centró básicamente en la necesidad de establecer razones jurídicas para regular las uniones homoafectivas a través de un contrato, no así de manera directa a través de la figura del matrimonio, no porque la investigadora creyese que es te no es el camino, sino por la consciencia del enfrentamiento entre moral positiva y moral crítica que se presenta en la sociedad peruana respecto del reconocimiento de la equidad entre parejas heteroafectivas y homoafectivas; camino hacia el que seguimos avanzando pero que no se encuentra desprovisto de obstáculos.

En este sentido, conscientes de que los valores constitucionales no pueden ser impuestos, sino convenidos dentro del constituyente y, conscientes también de que el constituyente no está compuesto solo por mayorías sino también por minorías, así como que, son importantes y prevalentes tanto las concepciones de las primeras como de las segundas; se ha adoptado la posición de la no imposición de un nuevo contenido del derecho al matrimonio ampliado a las parejas homoafectivas, dado que las evidencias jurisprudenciales del máximo órgano de interpretación constitucional indican que la sociedad peruana aún se encuentra en proceso de admisión de tal realidad.

No obstante, no es posible dejar en desprotección a las minorías o a quienes ejercen su libre desarrollo de la personalidad de una manera distinta a la establecida mediante democracia representativa o de mayorías; es por ello que, en tanto el camino hacia la admisión de la libertad y la adopción de la fraternidad se complete en el país, la propuesta a formularse es todavía algo conservadora, en establecimiento de una discriminación positiva transitoria basada en la dignidad humana que se constituye como un principio y derecho de carácter fundamental, tal como lo prevé el artículo 1 del texto constitucional, el mismo que se afianza en el derecho a la igualdad y no discriminación establecido en el inciso 2) del artículo 2); solidificándose en el derecho al libre desarrollo previsto en el inciso 1) del artículo dos del mismo cuerpo normativo.

Estas disposiciones constitucionales recogen y establecen no solo derechos fundamentales, sino también valores explícitos constitucionales como la dignidad humana y valores implícitos como la seguridad jurídica, que se constituye según lo establecido por el TC¹³ como un principio consustancial al Estado constitucional de derecho que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico¹⁴.

Tales derechos fundamentales y valores encuentran sustento en el paradigma del Estado Constitucional Derecho, el cual cuenta con una estructura de un sistema jurídico en el que además de reglas (normas) hay principios; este paradigma viene a representar la transformación del imperio de la ley, al imperio de la constitución (Aguilo, 2018, p. 13); a decir de Añón, constituye un sistema donde existe una constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene carácter normativo. Lo interesante o más característico de este modelo es, como escribe L. Prieto, que la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia a través de la ley, sino hacerlo de forma directa e independiente, tanto por parte del legislador, cuanto por parte de los operadores jurídicos que tienen que

¹³ STC N° 00010-2014-PI/TC, Fund. N° 14-17

¹⁴ Mediante dicho principio se asegura a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria. Ahora bien, la garantía de certeza y predictibilidad del (y en él) comportamiento de los poderes públicos y de los ciudadanos no es lo mismo que inmutabilidad o petrificación del ordenamiento jurídico. El principio de seguridad jurídica no constitucionaliza la estática social. La vida en comunidad está en constante transformación y, con ella, también las reglas que aspiran a disciplinarla. Por ello, constituyendo el nuestro un ordenamiento jurídico esencialmente dinámico, el principio de seguridad jurídica no impide que el legislador pueda modificar el sistema normativo [Cf. STC 0009-2001- AUTC, Fund. N° 18].

fundamentar sus decisiones de acuerdo con tales principios. (2002, pp. 27-27).

En este paradigma, los derechos son la pieza fundamental. Este modelo atribuye a los derechos el papel de ser la justificación más importante del Derecho y del Estado y, por tanto, desde esta perspectiva, el Estado no es sino un instrumento de tutela de los derechos fundamentales y, como tal, impone fines y objetivos que deben ser realizados (Añón, 2002, p. 28); siendo deberes primordiales del Estado: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, tal como lo establece el art. 44 de la CPP.

Naturalmente, los derechos fundamentales a pesar de su imprescindibilidad no son todos derechos absolutos, pues en el ordenamiento jurídico como sistema que es, todos los derechos son limitados, todos se encuentran en relación próxima entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales, potencialmente, cabe el conflicto¹⁵ (Solozabal Echavarria, 1991, pp. 97), el número de derechos absolutos es reducido.

¹⁵ La existencia de límites a los derechos fundamentales deriva fundamentalmente de tres causas.

En primer lugar, del carácter universal o general de los derechos fundamentales, cuyo disfrute simultáneo es imposible sin la ordenación, de indudable alcance restrictivo, de su ejercicio. La titularidad universal de los derechos fundamentales implica ya, evidentemente, una primera limitación de los mismos, en la medida en que tales derechos reconocidos a todos han de poder ser ejercidos simultáneamente también por todos. Una vez aceptado el hecho de que el disfrute de los derechos fundamentales ha de poder realizarse al mismo tiempo por todos sus titulares, debe aceptarse asimismo el límite evidente que se deriva de ello. Así, una persona podrá ejercitar su derecho siempre y cuando esto no suponga la imposibilidad de que otro individuo también lo haga. Siendo esto así, se planteará el problema de la coordinación en el ejercicio de estos derechos. De modo que la resolución de la vigencia efectiva universal y simultánea de los derechos fundamentales requerirá de una regulación normativa que compatibilice su disfrute y que habilite una actuación ordenadora y, en su caso, represiva o impeditiva de la autoridad gubernativa. La limitación de los derechos fundamentales puede derivarse, en segundo lugar, de la necesaria coexistencia de los mismos entre sí o con otros bienes jurídicos constitucionalmente

La vasta mayoría de los derechos fundamentalmente son derechos relativos. Las restricciones justificadas tienen lugar en el ámbito de la realización total del derecho (Barak, 2017, p. 56); no obstante, consideramos que el derecho a la dignidad es un derecho absoluto, no teniendo esta limitación alguna; sin embargo, lo descrito en las disposiciones constitucionales no se condicen con la realidad, debido a que este no es ejercido de manera plena, generando con ello consecuencias negativas, frente a ello y a fin de proteger a los miembros de las uniones homoafectivas se hace necesario establecer estas razones jurídicas para regularlas, orientadas a salvaguardar sus derechos y hacerlos eficaces; precisándose que esta es perfectamente atendible en función al fenómeno

protegidos, pues, como veremos, los conflictos que surjan entre ellos no se resolverán de ordinario con la afirmación de la prevalencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás, sino con la afirmación de la vigencia debilitada de todos. Realizaremos tres observaciones, en efecto, sobre la necesaria compatibilidad sistémica, principalmente de los derechos constitucionales, pero que son aplicables al planteamiento de conflictos entre derechos constitucionales y exigencias derivadas de la defensa de bienes constitucionalmente protegidos, sobre todo en la medida en que éstos puedan referirse a valores defendidos en la parte dogmática de la Constitución.

- a. El conflicto entre derechos fundamentales es inevitable como resultado, según acabamos de señalar, de la condición limitada e integrada de todos los derechos fundamentales, pues tales se refieren a ámbitos vitales o relaciones sociales que tienen lugar en el mismo plano de la convivencia. «La libertad de cada uno termina donde comienza la de los demás» sigue siendo una representación gráfica, aunque elemental, de esta situación.
- b. El conflicto entre los derechos fundamentales no puede resolverse aceptando en principio y de partida la superioridad de uno o unos derechos sobre otros. El orden o el sistema de valores constitucional no se encuentra jerarquizado axiológicamente. La relación lógica o sistemática entre los bienes jurídicos protegidos en los derechos constitucionales fundamentales no puede reducirse, por consiguiente, a esquemas de supraordenación o jerarquía.
- c. La resolución de los conflictos entre derechos constitucionales ha de establecerse en cada caso -lo que no quiere decir que no pueda haber estándares, fijados básicamente por el Tribunal Constitucional, aplicables, en principio, para los supuestos de conflictos de determinados caracteres, pero como pauta sólo de medio alcance en su nivel de generalización- como consecuencia de una ponderación, que, aunque puede establecer la prevalencia en ese determinado supuesto de un derecho fundamental sobre otro, en razón de las específicas circunstancias de cada caso, debe afirmarse sin negar la existencia del derecho no preferente y procurando, en la medida de lo posible, la protección de este. Resolución, por consiguiente, del conflicto mediante ponderación que no busca la aniquilación del derecho no prevalente, sino, en la medida de lo posible, la concordancia práctica de ambos derechos (Solozabal Echavarria, 1991, pp. 97 a 99).

ya descrito del Estado Constitucional de Derecho y los derechos fundamentales y valores inmersos dentro de este. Asimismo, nos obliga a reflexionar en torno al valor seguridad jurídica que representa un principio consustancial de un Estado; puesto que no se puede permitir disposiciones normativas que avalen la afectación de derechos, menos aún dejar en el limbo a las personas perjudicadas por dicha omisión.

Entonces, la investigación se explica a partir de la teoría del positivismo incluyente, desarrollada entre otros por Waluchow para quien “consiste en admitir que la atribución de validez jurídica a las normas, la determinación de su contenido y su concreta influencia sobre la decisión judicial de los casos concretos pueden depender de factores morales” (Etcheverry, 2012, pp. 414-415), en palabras de Alexy “se aduce que la moral está necesariamente incluida en el concepto de derecho”, esto significaría la inclusión de los principios como criterio adicional para la identificación de las normas jurídicas (2008, p. 80).

Se trataría de admitir que los principios morales pueden formar parte de la regla de reconocimiento en el sentido de que pueden formar parte de los criterios para identificar las normas jurídicas (p. Álvarez, p. 418) y que esta facilitaría o admitiría la existencia de mecanismos institucionales que permitirían evitar resultados injustos, arbitrarios o absurdos en la identificación, interpretación y aplicación del Derecho, debido a que se busca evitar que la identificación “formalista” del Derecho produzca resultados absurdos e injustos que implican que siempre y en todos los

sistemas jurídicos se eviten dichos resultados (Etcheverry, 2012, p. 425) y que en caso que sustentamos resulta de relevancia la necesaria conexión entre el derecho y moral –crítica-; puesto que en el caso que nos ocupa se centra en la incorporación de derechos fundamentales, principios y valores y la “incorporación explícita de criterios sustantivos para la validez jurídica” (Mora Sifuentes, 2010, p. 10).

Aquello, dado que en el actual modelo existen valores jurídicos y principios que no pueden estar ajenos en el Sistema Jurídico, pues conforme nos dice Apalategui (2017) las normas de derecho fundamental o la mayoría de ellas son principios jurídicos los que son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (p. 359), pues pretender un sistema de reglas puede conllevar a emitir decisiones arbitrarias y con ello afectación de derechos y puede incluso llevar a la injusticia, tal como lo describe la fórmula de Radbruch¹⁶; que si bien el positivísimo jurídico se empeña en trazar una frontera nítida entre el derecho y la moral está en la búsqueda de la certeza, seguridad jurídica o conocimiento respecto de que es lo que los operadores jurídicos pueden decidir (Alexy, 2008, p. 75).

¹⁶ [el] positivismo positivo, asegurado por medio de la legislación y el poder, tiene procedencia incluso cuando su contenido es injusto y fracasa en su intento por beneficiar a la gente, a menos que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un grado intolerable de tal manera que la ley, en tanto “derecho defectuoso”, tenga que ceder ante la justicia (Alexy, 2008, p. 75).

¹⁶ Todo ello se sintetiza en la idea de arbitrariedad: es el temor a la arbitrariedad –de los jueces– lo que mueve al positivismo. Dicha arbitrariedad puede resumirse en tres ideas: a) falta de certeza en el sentido de no poder predecir el derecho en su fase de aplicación; b) falta de racionalidad, es decir, carencia de claridad argumentativa al momento de exponer o motivar una decisión; y, c) falta de legitimidad democrática, entendida como falta de autoridad o aval moral para tomar el tipo de decisiones que toman los jueces en algunos casos controvertidos (Álvarez, p. 421).

Empero, dichos valores pueden válidamente estar en una regla sin necesariamente excluirlos; además que constituye un principio del Estado Constitucional; pues el valor seguridad jurídica desde el punto de vista objetivo y certeza desde el punto de vista subjetivo constituyen presupuestos necesarios de este modelo de Estado y como consecuencia de ello la exigencia de la justicia.

Entonces, los argumentos descritos nos permiten colegir que las uniones homoafectivas constituyen un vacío legal que requiere regulación, debido a que no existe regulación o alcance como se debe proteger a estas, si bien se hace referencia a valores constitucionales que es de aplicación para todos sin excepción alguna; empero, ello no sucede en el fenómeno que nos ocupa; pues no existe descripción del comportamiento en alguna regla (Viola, 2000, p. 938), de tal forma que existe una laguna normativa, a decir de Ródenas (2012) este sistema no contiene una norma que correlacione el caso con una solución, por lo que se hace imperioso recurrir a los valores.

Asimismo, respecto del vacío legal que es materia de investigación, el legislador nacional debe brindar la protección necesaria, legislando dicha laguna normativa.

En la sociedad existen cambios sociales, económicos y políticos; aunado a ello, se presentan fenómenos sociales que el derecho debe necesariamente regularlos, de esta manera el ordenamiento jurídico debe brindar protección a las uniones homoafectivas a través de la suscripción de un contrato.

El amparo de los derechos patrimoniales y obligacionales de los miembros de las uniones homoafectivas es inexistente, puesto que ni a nivel legislativo ni judicial, menos jurisprudencial se reconoce procedimiento alguno para su reconocimiento; aunado a ello, se suma el hecho de que estas uniones si eventualmente se formaren y pudiesen adquirir bienes patrimoniales, no tendrán ningún efecto o consecuencia jurídica, puesto que no se las reconoce, razón por la cual existe la necesidad de regular este fenómeno jurídico, regular sus efectos, a fin de no dejarlos en el desamparo.

Desde un punto de vista legal, podríamos decir que la ausencia normativa tendría que solucionarse a través de la jurisprudencia y la aplicación del derecho internacional; empero, no existe institución de tal magnitud, para realizar dicha operación o salvar el vacío existente; situación que se complica aún más, debido a la prohibición y nula regulación de las uniones homoafectivas, pues, resulta inaceptable jurídicamente que por determinados prejuicios se restrinja derechos y se genere estigmas sociales.

Dentro de la investigación efectuada, hemos advertido los siguientes aspectos negativos que afrontan los miembros de las uniones homoafectivas, tales como la vulneración del principio de la dignidad humana, los actos de desigualdad y discriminación, la insatisfacción de sus derechos patrimoniales y obligacionales como consecuencia de la falta de regulación normativa, situaciones negativas, que no solo se agudizan por

la falta de regulación, sino también afectación directa a la dignidad, al no ser considerados como entes valiosos que necesitan atención y protección por parte del Estado.

Aunado a ello, dentro del sistema jurídico peruano, se regula el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en la CPP y ratificado por el TC, quien en diversas sentencias se ha encargado de brindar su significado y alcances, infiriendo que este derecho se refiere a la capacidad que tiene la persona, para poder desenvolverse con plena libertad en sociedad, que le permita construir su propio sentido de vida, en arreglo de su autonomía privada y moral; teniendo como límite la no afectación de los derechos fundamentales de los otros.

En ese orden de ideas, una persona con plena capacidad y autonomía puede decidir el momento justo para generar sus propias relaciones o uniones; y, lógicamente el momento en el cual estas terminan; no obstante, cuando no hay regulación, se afecta derechos al no permitir que alguno de los miembros de la unión homoafectiva pueda ejercer sus derechos.

En virtud de lo expuesto, la deficiencia legal materia de estudio no garantiza la libertad para desarrollar plenamente la personalidad de cada persona, menos aún la protección del derecho a la igualdad y no discriminación; aunando al hecho que no existe argumento alguno que justifique la imposibilidad de regularlos.

Ahora bien, como se ha indicado precedentemente, en torno a la igualdad, el TC, ha tenido la oportunidad de analizar y pronunciarse, indicando que este comprende un “principio” rector de la organización y actuación el Estado Social y Democrático de Derecho, precisándose que este derecho tiene la característica de relacionarse con otros derechos.

Bajo ese panorama, el máximo intérprete de la CPP utiliza la expresión de igualdad como principio-derecho, al ser un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales; en tal sentido, dicha arista es considerada en nuestra investigación, para lo cual el Estado a través de diferentes instrumentos legales protegen la igualdad; sin embargo, no sucede ello con las uniones homoafectivas, haciendo imposible ejercer protección por parte del ordenamiento jurídico.

De esta manera, demostramos que existe una afectación al derecho-principio de la igualdad, por la falta de regulación normativa; debido a que no se garantiza un trato paritario a las personas dentro del Estado, situación que se agrava, en razón a que no existe argumento que justifique dicha desigualdad; en tal sentido, los poderes estatales tienen la obligación de revertir y reponer las condiciones de igualdad que se vienen dando en la realidad; por ende, es imprescindible la regulación de las uniones homoafectivas, buscando promover la igualdad sustancial entre individuos que conforman una sociedad.

Estando a lo hasta aquí descrito, el panorama se aclara, pues existe el camino de actuación para tutelar los derechos obligacionales y

patrimoniales de las uniones homoafectivas; no obstante, con cada paso que damos, nuevamente nos encontramos con obstáculos; y este puntualmente está relacionado con la figura jurídica que debe usarse para regular las uniones homoafectivas; dado que, como se ha dicho, si bien es cierto los valores jurídicos van evolucionando y conquistando nuevos contenidos, también es cierto que no deben contemplarse negando las convenciones sociales existentes; vale decir, no es posible hacer prevalecer ni los derechos de las mayorías únicamente, ni los derechos de las minorías únicamente, sino, que se requiere encontrar un punto de equilibrio entre ambos al momento de construir un valor jurídico.

En ese sentido, para viabilizar dicha hipótesis; se propone el uso de la institución de los contratos, contemplados en el CC., sin embargo, es preciso señalar que resulta improbable usar algún tipo de contrato típico, sino que se hará uso de los contratos atípicos y aquí lo que lo hemos denominado a lo largo de este trabajo, contrato de convivencia; de esta manera, hacemos visible la protección del derecho a la igualdad y no discriminación y por consiguiente, la protección de derechos patrimoniales y obligacionales.

En tal virtud, consideramos necesario señalar que los miembros de las uniones homoafectivas podrían pactar convencionalmente, con ciertas limitaciones la manera en que se establezca un contrato de convivencia, sobre el patrimonio y a las obligaciones, en relación a los derechos patrimoniales se puede pactar en torno a la propiedad, que estos tienen el

derecho al cincuenta por ciento del patrimonio adquirido dentro de la convivencia; aunado a ello, es viable legitimar a los miembros a solicitar una pensión alimenticia a la resolución, disolución u otras circunstancias o cuando uno de ellos no tenga la posibilidad para subsistir, el que debe ser establecido por un periodo de tiempo, en función a la duración de la convivencia o en su defecto por el plazo límite de 2 años; es procedente también la propuesta sobre los derechos sucesorios a la muerte de uno de los miembros y al seguro social.

Entonces, los cohabitantes pueden regular las relaciones vinculadas con su vida en común con la suscripción de un contrato de convivencia; las que pueden efectuarse por escrito, bajo sanción de nulidad; y, por escritura pública o privada con suscripción firmada por un notario que certifica su cumplimiento de las reglas imperativas de orden público y buenas costumbres.

La unión homoafectiva es un acto efectuado por dos personas, mayores de edad, con plena capacidad de uso, goce, ejercicio y disfrute de todos sus derechos, unión que genera efectos frente a terceros; aunado a ello, se debe permitir a las uniones homoafectivas ser beneficiarios de derechos de índole social y pensionario, por lo que se brinda una propuesta normativa para garantizar eficazmente los derechos patrimoniales y obligacionales de los integrantes de las uniones homoafectivas.

CAPITULO IV

PROPUESTA PARA REGULAR LAS UNIONES HOMOAFECTIVAS A TRAVÉS DE UN CONTRATO EN EL ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO

4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el Perú y el mundo es una realidad social la existencia de uniones homoafectivas, uniones que si bien no están reguladas; no obstante, son habituales.

Resulta ineludible la regulación de las uniones homoafectivas a fin de proteger sus derechos a fin de hacer efectiva la dignidad humana y el derecho a la igualdad y no discriminación; cierto es también que el Estado no está garantizando el ejercicio de los derechos patrimoniales y obligacionales, por lo que la omisión legislativa no puede ser justificación para la vulneración continua de derechos.

Existe legislación comparada que regula este fenómeno; empero, en nuestro país no existe, en tal sentido, resulta recomendable su regulación, evidenciándose un vacío en cuanto a las consecuencias jurídicas que se originan dentro de una unión homoafectiva.

4.2. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La implementación de la Ley no irroga gasto del tesoro público, lo único que permite y posibilita es accionar ante el poder judicial como acceso a la justicia y tutela jurisdiccional efectiva.

4.3. RESULTADO DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Los postulados constitucionales e instituciones familiares protegen a la familia desde su concepción tradicional, las mismas que no están siendo trastocadas, lo único que se pretende con esta norma es la inclusión en nuestro sistema normativo civil la regulación de las uniones homoafectivas en aspectos netamente patrimoniales y obligacionales, aunado al hecho de que no se pretende hacer una modificación, sino solo su implementación y regulación.

4.4. FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ha dado la ley siguiente:

LEY QUE REGULA LAS UNIONES HOMOAFECTIVAS A TRAVÉS DE UN CONTRATO EN EL ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente ley tiene como objeto el reconocimiento y regulación de las uniones homoafectivas, en relación con el aspecto de la protección patrimonial y obligacional, miembros que se encuentren libres de impedimentos legales, con voluntad de permanencia, ayuda mutua y contribución económica.

Artículo 2.- Titulares de esta ley

Son titulares de la presente ley, las personas del mismo sexo, mayores de edad, con plena capacidad de goce y ejercicio.

Artículo 3.- Celebración

El contrato de convivencia se celebra a nivel nacional en cualquier Notaría, contrato que debe estar sujeto a la presente ley.

Artículo 4.- Aplicación

La presente ley será de aplicación a los miembros de las uniones homoafectivas que pretendan celebrar o hayan celebrado un contrato de convivencia.

TÍTULO II

UNIÓN HOMOAFECTIVA

CAPÍTULO PRIMERO

FORMACIÓN Y REQUISITOS

Artículo 5.- Formalidad

El contrato de convivencia se efectuará por escrito, bajo sanción de nulidad, por escritura pública o privada, suscrita por un notario público que certifique el cumplimiento de las reglas del orden público y de las buenas costumbres; asimismo, se debe indicar el nombre de cada uno, lugar de nacimiento, edad, estado civil, dirección domiciliaria, fecha y lugar de celebración del contrato, con consentimiento de los miembros y con la presencia de dos testigos mayores de edad, con plena capacidad de goce y ejercicio y firma.

Artículo 6.- Efectos

Las uniones homoafectivas producirán sus efectos desde la suscripción del contrato a nivel notarial, previo cumplimiento de los requisitos preestablecidos.

Artículo 7.- Constitución

La unión homoafectiva quedará constituida una vez suscrito el contrato de convivencia con todas las formalidades de ley.

Artículo 8.- Nacionalidad

La presente ley es de aplicación solo en el territorio nacional, personas con nacionalidad peruana.

CAPÍTULO SEGUNDO

IMPEDIMENTOS

Artículo 9.- Impedimentos

Están impedidos de celebrar un contrato de convivencia de acuerdo con la presente ley los siguientes:

- a. Los menores de edad

- b. Las personas ligadas por vínculo matrimonial
- c. Los parientes en línea recta hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad
- d. Los parientes por adopción
- e. Los detallados en el artículo 43 y 44 del CC

TÍTULO III

DERECHOS PATRIMONIALES Y OBLIGACIONALES

CAPÍTULO TERCERO

DE LA PROPIEDAD

Artículo 10.- La propiedad

Los miembros de las uniones homoafectivas tienen la opción de crear sus propios acuerdos en torno al manejo de sus propiedades. Finalizado el contrato, los miembros tienen derecho al cincuenta por ciento de sus derechos y acciones para cada uno, en función al patrimonio adquirido durante la convivencia. Tienen derecho a recibir un resarcimiento económico en caso de que se haya generado una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un injusto incremento en perjuicio del otro, el mismo que deberá solicitarse en el plazo máximo de dos años desde el cese de la convivencia, sin afectación de derechos mínimos contemplados en la ley o en el contrato de convivencia. La transferencia de bienes será bilateral, con la expresa prohibición de celebrar contratos de manera unilateral, deviniendo estos en nulos. Tiene legitimidad para solicitar indemnización por responsabilidad civil contractual y extracontractual respecto del otro.

Artículo 11.- La vivienda

A vivir en la vivienda común, derecho que se perderá si durante el lapso de un año uno de los miembros se casa o convive maritalmente con un tercero.

Artículo 12.- Arrendamiento

Si el miembro causante era el inquilino de la vivienda, el conviviente tiene derecho a subrogarse en los términos indicados en el contrato.

Artículo 13.- Contribución

Cada uno de los miembros de la unión homoafectivas contribuirá al sustento de las cargas en proporción a sus recursos económicos.

Artículo 14.- Solidaridad

Ambos miembros de la unión homoafectiva responden solidariamente ante terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos a que se refiere el artículo anterior, en cualquier otro caso, tan solo responderá quien hubiere contraído la obligación.

CAPÍTULO CUARTO

DE LOS DERECHOS SUCESORIOS

Artículo 15.- Derechos sucesorios

La suscripción del contrato de convivencia constituye vínculo jurídico que determina la calidad de heredero, en caso de existencia de hijos, concurrirá con estos. Tiene legitimidad para efectuar el trámite de sucesión intestada y demandar petición de herencia a través de un proceso notarial o judicial.

Artículo 16.- Heredero forzoso

Si no hubiere ascendientes ni descendientes, en concurrencia con colaterales de este, hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción, o de hijos o hijas de estos, si hubieren fallecido, tiene derecho a la totalidad de la herencia.

CAPÍTULO QUINTO

DE LOS ALIMENTOS

Artículo 17.- Alimentos

Los miembros de las uniones homoafectivas se deben asistencia recíproca, tanto personal y material, contribución en los gastos que se incurra de conformidad con la situación económica de cada uno. Finalizado el contrato de convivencia, según las circunstancias particulares, permanece el deber de socorros recíprocos durante un periodo máximo de dos años, siempre que resulte estrictamente necesario para la subsistencia de alguno de los miembros, derecho que se extinguirá si se comete alguna conducta que agravie a alguno de sus miembros. En caso de otorgarse la prestación alimentaria, se debe establecer límites de percepción y el cese de pleno derecho una vez concluido el tiempo límite otorgado. Para tener tal derecho se debe acreditar de manera fehaciente las carencias económicas; es decir, la dificultad de atender a su propia subsistencia.

CAPÍTULO SEXTO

DE LOS DERECHOS SOCIALES

Artículo 18.- Derechos sociales

Los miembros de las uniones homoafectivas tienen derecho a la seguridad social, como instrumento para la garantía de su subsistencia cuando surja alguna contingencia; asimismo, tiene derecho a usar el seguro de uno de ellos en beneficio de otro, ello a fin de no vulnerar derechos, como el de la seguridad social en salud y prestaciones en el sistema de pensiones y hacer de estos derechos más efectivos.

Artículo 19.- Descanso laboral

Los miembros de las uniones homoafectivas tienen derecho a obtener un descanso laboral por el periodo de ocho (08) días al fallecimiento de uno de los miembros de las uniones homoafectivas.

TÍTULO V

DE LA EXTINCIÓN

Artículo 20.- Extinción

La relación homoafectiva se extinguirá por:

1. Mutuo acuerdo.
2. Muerte de uno de los miembros.
3. Inobservancia de alguna de las cláusulas previamente establecidas en el contrato.
4. Abandono unilateral.

5. Por matrimonio de uno de los integrantes.
6. Por separación de hecho por más de un año.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y FNALES

Artículo 21.- Vigencia

Entrará en vigencia la ley al día siguiente de su publicación.

Artículo 22.- Norma Modificatoria.

Modifíquese las disposiciones que se opongan o limiten a la presente ley.

CONCLUSIONES

1. Los valores fundamentales que determinan la necesidad de tutela de las uniones homoafectivas, son la dignidad humana que funda la personalidad del ser humano, así como el respeto de los principios de libertad, igualdad y fraternidad en la conformación del contenido de los derechos fundamentales.
2. El carácter principista de los valores fundamentales a la libertad, igualdad y fraternidad que conforman el contenido fundamental de cualquier derecho, atiende también a los derechos fundamentales que se desprenden de las uniones homoafectivas y deben ser recogidos en el ordenamiento jurídico dada la necesidad de otorgar seguridad jurídica a los mismos.
3. El ordenamiento sustantivo civil peruano limita la posibilidad del matrimonio para las uniones homoafectivas, lo que imposibilita la tutela de sus derechos con respeto del principio de igualdad que involucra la equidad y la prohibición de discriminación.
4. Es necesario que el ordenamiento civil, en el libro de familia sea modificado y adecuado para garantizar el ejercicio de los derechos patrimoniales y obligacionales relativos a las uniones homoafectivas.
5. Teniendo en cuenta la cultura peruana, como elemento dinámico del poder constituyente ejercido por la población en el territorio peruano, no es posible ampliar el contenido del derecho al matrimonio para regular los derechos de las uniones homoafectivas, de allí la idoneidad del contrato como medio para materializar tales derechos dentro del ordenamiento sustantivo civil peruano.

6. Las razones jurídicas para regular las uniones homoafectivas a través de un contrato en el ordenamiento sustantivo civil peruano son la promoción y protección del derecho a la igualdad y no discriminación de los miembros que integran una unión homoafectiva; y, garantizar el ejercicio de los derechos patrimoniales y obligacionales de los integrantes de las uniones homoafectivas.

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere a los investigadores que, teniendo en consideración los alcances vertidos en esta tesis, realicen un estudio en torno a establecer nuevas razones jurídicas y nuevos derechos patrimoniales y obligacionales que deben ser de alcance para los miembros de las uniones homoafectivas, teniendo en consideración la evolución de los derechos humanos y lo pronunciamientos internacionales constantes, estudios en los cuales se pueda demostrar los problemas teóricos o interpretativos relacionados a nuestro objeto de estudio.
2. Se recomienda al legislador, a efectos de proteger adecuadamente a los miembros de las uniones homoafectivas, implemente una ley a través de la cual no solo proteja a los miembros de una unión homoafectiva; sino que también recoja los derechos mínimos patrimoniales y obligacionales, a fin de hacer efectivos derechos consagrados a nivel constitucional e internacional.

LISTA DE REFERENCIAS

Libros

- AGUILÓ, R. (2018). *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. En: interpretación Jurídica y Teoría de Derecho. Lima, Perú: Palestra Editores.
- ALEXY, R. (2008). *En torno al concepto y naturaleza del Derecho*. En: *El concepto y la naturaleza del derecho*. Marcial Pons, Madrid.
- ÁLVAREZ, S. *La relevancia de la filosofía para el Derecho*. Universidad. En: *El concepto y naturaleza del Derecho*. Marcial Pons. 2008.
- ARANZAMENDI NINACONDOR, L. (2015a). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la tesis en Derecho*. Lima, Perú: Editora y Librería Grijley.
- ARANZAMENDI NINACONDOR, L. (2015b). *Investigación Jurídica: de la ciencia y el conocimiento científico. Proyecto de investigación y redacción de tesis*. Lima, Perú: Editora y Librería Grijley.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- ATIENZA, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- AVENDAÑO J., y AVENDAÑO F., (2018). *Derechos reales*. Lima, Perú: Pontificia Univesidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- BUSTAMANTE OYAGUE, E. (2015). *Análisis sistemático del Código Civil a tres décadas de su promulgación*. Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.

- CASTILLO CÓRDOVA, L. (2018). *Los precedentes vinculantes del tribunal constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- CHANAMÉ ORBE, R. (2019). *Tratado de derecho constitucional*. Lima, Perú: Pacífico editores S.A.C.
- CHUNGA CHÁVEZ, C. (2003). *Alimentos*. En *Código Civil Comentado*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- CORIPUNA, A. J. (2015). *Razonamiento Constitucional. Críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación jurídica*. Lima, Perú: Fondo Editorial. Academia de la Magistratura.
- CORRAL, H. (2005). *Derecho y derecho de la familia*. Primera edición. Lima, Perú: Grijley.
- ETO CRUZ, G. (2017). *El Amprado. Los derechos fundamentales y otros conceptos claves en el proceso de amparo*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- EZQUERRE UBER, J.J. y LÁZARO GONZÁLES, I.E. (2007). *Las parejas de hecho como sujeto de las políticas familiares en la España de las Autonomías*. Madrid: Editorial Nerea, S.A.
- GONZÁLES OROPEZA, M., Nguyen huu, D., Otálora Malassis, J. y Guevara Castro, A. (2016). *Jean-Claude Colliard: profesor, constitucionalista, juez electoral y hombre honesto. Textos seleccionados*. México: Editorial TEPJF.
- MALDONADO GÓMEZ, R. (2014). *Obligación alimentaria*. Lima, Perú: editorial Grijley

- MANRIQUE GAMARRA, K. Y. (2011). *Derecho de familia. La unión de hecho. Los problemas de carácter patrimonial y extrapatrimonial de la convivencia*. Lima, Perú; editorial EFECAAT E.I.R.L.
- MESÍA RAMÍREZ, C. (2018). *Los derechos fundamentales. Dogmática y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- OLVERA, J. (2015). *Metodología de la investigación jurídica – para la investigación y la elaboración de tesis de licenciatura y posgrado*. (1ª ed.). Distrito Federal, México: Maporrúa.
- PECES-BARBA, G. (1995). *Curso de Derecho Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado.
- PRIOTI POSADA, G. (2016). *Constitución, Derecho y derechos*. Lima, Perú; Palestra Editores S.A.C.
- RÓDENAS, A. (2012). *La indeterminación del Derecho. En: Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons. Madrid. 2021
- SORIA FUENTE, M. A. (2019). *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2011). *Tratado de derecho de familia*. (t. 2). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- VILLALOBOS BADILLA, K. J. (2012). *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad*. San Ramón: Universidad de Costa Rica.

Libros y artículos virtuales

AFONSO DA SILVA, V. (2015). La unión entre personas del mismo género:

¿cuán importante son los textos y las instituciones? En:

<https://cutt.ly/iGpnY8m>

ALEXY, R. (2013). *El no positivismo incluyente*. En <https://cutt.ly/NGpmCSi>

ANTÓN MORÓN, A. (2013). Igualdad y libertad: fundamentos de la justicia social. *riejs*, 173-194.

AÑÓN, M. J. (2002). *Derechos fundamentales y Estado constitucional*; en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol N° 40. Valencia. En: <https://cutt.ly/7Gpm4zM>

BAYEFSKY, F. A. (1999). *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*. En: <https://cutt.ly/lGpQun2>

BECHARA LLANOS, A.Z. (2011). *Estado Constitucional de Derecho, Principios y Derechos Fundamentales*. En Robert Alexy. En: [file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-EstadoConstitucionalDeDerechoPrincipiosYDerechosFu-5109406%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-EstadoConstitucionalDeDerechoPrincipiosYDerechosFu-5109406%20(1).pdf)

CABRA APALATEGUI, J. M. *Conflictos de derechos y estrategias argumentativas. ¿Es el especificacionismo una alternativa a la ponderación?* En. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. En: <https://cutt.ly/2GpQxdL>

- CAMPOS Y COVARRUBIAS, G. (2012). La observación, un método para el estudio de la realidad. *Xihmai. Universidad La Salle Pachuca*, 45-60. En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3979972>.
- ETCHEVERRY, J. B. (2012). *El ocaso del positivismo incluyente*. Buenos Aires: Argentina. En: <https://cutt.ly/MGpQYYX>
- GÓMERA JUÁREZ, S. (2018). *El caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile: Sobre la relación entre derechos, razonamiento judicial y estereotipos*. En: <https://cutt.ly/sGpQJkV>
- GUEVARA ALBAN, G. P., VERDESOTO ARGUELLO, A. E. y CASTRO MOLINA, N. E. (2020). Metodologías de investigación educativa (descriptivas, experimentales, participativas, y de investigación-acción). *Recimundo. Revista Científica Mundo de la Investigación y el Conocimiento*, 163-173.
- LANDA, C. (2006). *Los derechos sexuales y reproductivos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*. En: <https://cutt.ly/hGpQ0Hy>
- MEDINA, G. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Rubinzal - Culzoni EDITORES: Argentina, Buenos Aires: En: <file:///C:/Users/HP/Downloads/Graciela%20Medina-%20Los-homosexuales-y-el-derecho-a-contraer-matrimonio-.pdf>

- MORA SIFUENTES, F. M. (2010). *Papeles de teoría y filosofía del Derecho. Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente*. México. En: <https://cutt.ly/xGpWyxP>
- NASH ROJAS, C. (2006). Los derechos fundamentales: el desafío del constitucionalismo chileno del siglo XXI. *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, 1305-1333. En: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-25.pdf>.
- OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE. *Algunos conceptos sobre la teoría general de las obligaciones*. En: <https://cutt.ly/tGpWhws>
- PUYOL, Á. (2018). Libertad, igualdad ¿y fraternidad? *Daimon. Revista Internacional de Filosofía, Suplemento nº 7*, 5-9. En: [file:///C:/Users/ASUS/Downloads/337791-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1167891-1-10-20181003%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ASUS/Downloads/337791-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1167891-1-10-20181003%20(1).pdf).
- RODRÍGUEZ BELLO, L. I. (2004). El modelo argumentativo de Toulmin en la escritura de artículos de investigación argumentativa. *Revista Digital Universitaria. UNAM*, 2-18. En: https://www.revista.unam.mx/vol.5/num1/art2/ene_art2.pdf.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, A. y PÉREZ JACINTO, A. O. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista Escuela de Administración de Negocios, núm. 82*, 1-26. En: <http://www.scielo.org.co/pdf/ean/n82/0120-8160-ean-82-00179.pdf>.

- RODRÍGUEZ REYES, M., y, LUGO HOLMQUIST. (2017). *Las Uniones Homoafectivas celebradas en el Extranjero. Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. D. R. © 2017. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. En: file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/11357-14249-2-PB.pdf
- SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. (1991). *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*. En file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-AlgunasCuestionesBasicasDeLaTeoriaDeLosDerechosFun-27093.pdf
- TRAZEGNIES GRANDA, F. (2004). *El Código Civil de 1984: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre*. En: THEMIS Revista de Derecho. En: <https://cutt.ly/WGpWHta>
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2011). *Tratado de derecho de familia, matrimonio y uniones estables*. Lima, Perú: Editorial, Gaceta jurídica S.A. En: <https://cutt.ly/oGpWNaE>
- VILLABELLA ARMENGOL, C.M. (2009). *Los métodos de investigación jurídica. Algunas precisiones*. En: <https://cutt.ly/OGpW8PQ>
- VIOLA, F. *interpretación e indeterminación de la regla jurídica*. En Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En: file:///C:/Users/HP/Downloads/interpretacion-e-indeterminacion-de-la-regla-juridica%20(1).pdf

Jurisprudencia de la CIDH

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile

Caso I.V. vs. BOLIVIA

Opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Caso Gabriela Sintya Barrezueta, Exp. n.º 01513-2017-PA/TC (Tribunal Constitucional 26 de enero de 2021).

Caso Susel Paredes y esposa, Exp. n.º 02653-2021-PA/TC (Tribunal Constitucional 19 de abril de 2022).

STC Exp. N.º 00030-2005-PI/TC

STC Exp. N.º 00020-2012-PI/TC

STC Exp. N.º 00228-2009-PA/TC

STC, Exp. N.º 0004-2006-PI/TC

STC, Exp. N.º 0004-2006-PI/TC

STC, Exp. N.º 0004-2006-PI/TC

STC, Exp. N.º 0004-2006-PI/TC

STC, Exp. N.º 5854-2005-PA/TC

STC, Exp. N.º 00010-2014-PI/TC

STC, Exp. N.º 0009-2001- AU/TC

Jurisprudencia en el derecho comparado - Colombia

Caso, A. (2016). *La persona humana y el Estado totalitario*. México: División de ciencias sociales y humanidades - UAM Azcapotzalco.

Sentencia C-577/11 – Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil once (2011).

En: <https://cutt.ly/FGpOjiL>