



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD,
IDENTIDAD Y LIBERTAD FRENTE A LA RESTRICCIÓN DEL
MATRIMONIO HOMOAFECTIVO POR EL CÓDIGO CIVIL
PERUANO**
TESIS

PRESENTADA POR:

Bach. GUIDO CALATAYUD GALINDO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2022



DEDICATORIA

Me dedico esta tesis a mí, a familiares y amigos.

Guido Calatayud Galindo.



AGRADECIMIENTOS

A mi familia.

A mi alma mater.

A mis amigas y amigos.

Al derecho.

Guido Calatayud Galindo.



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE TABLAS

ÍNDICE DE FIGURAS

LISTA DE ACRÓNIMOS

RESUMEN 11

ABSTRACT..... 12

CAPITULO I INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 14

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA 15

1.2.1. Problema general 15

1.2.2. Problema específico 15

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA..... 15

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN..... 16

1.4.1. Objetivo general..... 16

1.4.2. Objetivos específicos 16

CAPITULO II REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DEL PROYECTO 17

2.1.1. A nivel nacional 17

2.1.2. A nivel local 22



2.2. MARCO TEÓRICO	22
2.2.1. Los derechos fundamentales a la igualdad, identidad, libertad y el matrimonio.....	22

CAPÍTULO III MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	33
3.1.1. Enfoque de la investigación	33
3.1.2. Diseño de la investigación	33
3.1.3. Tipo de investigación.....	33
3.2. OBJETO DE ESTUDIO.....	33
3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO	34
3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	34
3.4.1. Métodos.....	34
3.4.2. Técnicas.....	35
3.4.3. Instrumentos.....	36
3.5. UNIDADES DE ESTUDIO	37

CAPÍTULO IV RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. PRIMER EJE TEMÁTICO: DESCRIBIR EL CONTENIDO NORMATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD, IDENTIDAD, LIBERTAD Y EL MATRIMONIO	38
4.1.1. Desarrollo normativo del derecho a la igualdad	38
4.1.2. Contenido jurisprudencial del derecho a la igualdad.....	39
4.1.3. Desarrollo doctrinario del derecho a la igualdad.....	48



4.1.4. Desarrollo normativo del derecho a la identidad	50
4.1.5. Contenido jurisprudencial del derecho a la identidad.....	50
4.1.6. Desarrollo doctrinario del derecho a la identidad.....	56
4.1.7. Desarrollo normativo del derecho a la libertad.....	57
4.1.8. Contenido jurisprudencial del derecho a la libertad	58
4.1.9. Desarrollo doctrinario del derecho a la libertad.....	63
4.1.10. Desarrollo normativo del matrimonio.....	65
4.1.11. Contenido jurisprudencial del matrimonio	65
4.1.12. Desarrollo doctrinario del matrimonio	66
4.2. SEGUNDO EJE TEMÁTICO: DETERMINAR LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE UNA DIFERENCIA JURÍDICAMENTE RELEVANTE ENTRE HOMOSEXUALES Y HETEROSEXUALES EN EL CONTEXTO DE ACCESO AL MATRIMONIO.....	69
4.2.1. Concepto de persona humana	69
4.2.2. Comparativa entre homosexuales y heterosexuales.....	70
4.2.3. Relevancia jurídica de las diferencias entre homosexuales y heterosexuales en el contexto de acceso al matrimonio.....	72
4.3. TERCER EJE TEMÁTICO: EVALUAR SI EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO ES COMPATIBLE CON LOS DERECHOS A LA IDENTIDAD Y LIBERTAD DE LAS PAREJAS HOMOAFECTIVAS AL PROHIBIR QUE ACCEDAN AL MATRIMONIO.....	76
4.3.1. Test de igualdad en la jurisprudencia del TC y el análisis de Correa y	



Bernal.....	76
4.3.2. Esquema de análisis a emplear	84
4.3.3. Evaluación del artículo 234 y su compatibilidad con los derechos a la identidad y libertad de las parejas homoafectivas en el acceso al matrimonio	87
4.4. CUARTO EJE TEMÁTICO: FORMULAR UNA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL QUE PERMITA EL MATRIMONIO HOMOAFECTIVO	116
V. CONCLUSIONES.....	117
VI. RECOMENDACIONES.....	118
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	119
ANEXOS.....	131

Área de investigación: Ciencias sociales.

Línea de investigación: Derecho.

Sub línea: Derechos Humanos y Derecho Constitucional.

Tema : Derecho Constitucional del Perú.

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 29 de diciembre de 2022.



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. El trato diferenciado según el TC	42
Tabla 2. Test de igualdad empleado en la investigación	85
Tabla 3. Normas acerca del matrimonio y unión de hecho.....	89
Tabla 4. Normas relativas a la orientación sexual	93
Tabla 5. Medidas alternativas	101



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Estimaciones tasa de fecundidad.....	98
Figura 2. Motivos del ocultamiento de la orientación sexual.....	110
Figura 3. La ponderación según Grández.....	114
Figura 4. Ponderación sobre el artículo 234 del CC.....	115



LISTA DE ACRÓNIMOS

CC: Código Civil.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

COIDH: Convención Interamericana de Derechos Humanos.

CPP: Constitución Política del Perú.

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.

TC: Tribunal Constitucional del Perú.

CPC: Código Procesal Constitucional.

NCPC: Nuevo Código Procesal Constitucional.



RESUMEN

Esta investigación nace de restricción del artículo 234 del Código Civil que impide el matrimonio homosexual. Se tiene como problema general ¿el artículo 234 del Código Civil vulnera los derechos de igualdad, identidad y libertad de las parejas homoafectivas al limitarles el acceso al matrimonio? y como **problemas específicos**: **a)** ¿Cuál es el contenido normativo, doctrinario y jurisprudencial de los derechos a la igualdad, identidad, libertad y el matrimonio?; **b)** ¿Existe una diferencia jurídicamente relevante entre homosexuales y heterosexuales en el contexto del acceso al matrimonio?; **c)** ¿El artículo 234 del Código Civil peruano es compatible con los derechos a la identidad y libertad de las parejas homoafectivas en cuanto al acceso al matrimonio?; y **d)** ¿Cómo debería estar regulado el matrimonio homoafectivo en el Perú? Son **objetivos específicos**: **a)** Describir el contenido normativo, doctrinario y jurisprudencial de los derechos a la igualdad, identidad, libertad y el matrimonio; **b)** Determinar la existencia o inexistencia de una diferencia jurídicamente relevante entre homosexuales y heterosexuales en el contexto de acceso al matrimonio; **c)** Evaluar si el artículo 234 del Código Civil peruano es compatible con los derechos a la identidad y libertad de las parejas homoafectivas en cuanto al acceso al matrimonio; y **d)** Formular una propuesta de reforma constitucional y legal que permita el matrimonio homoafectivo. La metodología usada parte de un enfoque cualitativo, con un diseño jurídico dogmático, siendo esta una investigación de tipo básica, métodos: descriptivo, dogmático y argumentación jurídica. Se verificó la vulneración del artículo 234 a los derechos a la igualdad, identidad y libertad de las parejas homoafectiva al prohibir el acceso al matrimonio.

Palabras claves: Derecho fundamental, matrimonio homoafectivo, derecho a la identidad, derecho a la igualdad y derecho a la libertad.



ABSTRACT

This investigation is born from the restriction of article 234 of the Civil Code that prevents homosexual marriage. The general problem is: does article 234 of the Civil Code violate the rights of equality, identity and freedom of homosexual couples by limiting their access to marriage? and as specific problems: a) What is the normative, doctrinal and jurisprudential content of the rights to equality, identity, freedom and marriage?; b) Is there a legally relevant difference between homosexuals and heterosexuals in the context of access to marriage?; c) Is article 234 of the Peruvian Civil Code compatible with the rights to identity and freedom of homosexual couples in terms of access to marriage?; and d) How should homosexual marriage be regulated in Peru? The specific objectives are: a) Describe the normative, doctrinal and jurisprudential content of the rights to equality, identity, freedom and marriage; b) Determine the existence or non-existence of a legally relevant difference between homosexuals and heterosexuals in the context of access to marriage; c) Evaluate whether article 234 of the Peruvian Civil Code is compatible with the rights to identity and freedom of homosexual couples in terms of access to marriage; and d) Formulate a proposal for constitutional and legal reform that allows homosexual marriage. The methodology used is based on a qualitative approach, with a dogmatic legal design, this being a basic type of research, methods: descriptive, dogmatic and legal argumentation. The violation of article 234 to the rights to equality, identity and freedom of homoaffective couples was verified by prohibiting access to marriage.

Keywords: Fundamental right, homoaffective marriage, right to identity, right to equality and right to freedom.



CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El Código Civil (CC) peruano mediante su artículo 234 señala que el matrimonio es la unión voluntaria y libre entre un varón y una mujer descartándose, de manera expresa, que el matrimonio pueda ser celebrado entre personas del mismo sexo como puede ser: i) varón con varón o ii) mujer con mujer.

No obstante, existen personas con orientaciones sexuales dirigidas hacia personas de su mismo sexo denominadas como homosexuales, esto ha llevado a que existan también parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Estas uniones se producen al margen del derecho, pues el matrimonio no solo es un acto que perfecciona la unión, sino que de él se derivan o nacen una serie de derechos y situaciones jurídicas tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

Siendo así corresponde analizar si esta prohibición es compatible con un ordenamiento jurídico que reconoce plenamente los derechos a la igualdad, identidad y libertad o de ser incompatible establecer su necesario cambio o eliminación.

En el primer capítulo de esta investigación se establece la descripción problema normativo, la formulación del problema general, los problemas específicos, la justificación y los objetivos de la investigación.

En el segundo capítulo de esta investigación se desarrolla el marco conceptual sobre: los derechos fundamentales; el derecho a la igualdad; el derecho a la identidad; el derecho a la libertad y el matrimonio

En el tercer capítulo de esta investigación se explica el marco metodológico usado, estableciendo el diseño y tipo de investigación, las técnicas e instrumentos aplicados,



describiéndose además las unidades de estudio.

Finalmente, en el cuarto capítulo se dan a conocer los resultados encontrados y luego se aborda el análisis y discusión de los mismos, estableciendo por último las conclusiones y recomendaciones.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La presente investigación se inscribe en el área de las ciencias sociales, en la línea de investigación del derecho y en la sub línea de investigación del derecho constitucional, abordando concretamente el tema del matrimonio homosexual.

El matrimonio homoafectivo (matrimonio homosexual) tiene una especial trascendencia en las parejas homoafectivas, impedidas legalmente de contraer matrimonio entre sí, si bien pueden formar hogares o familias están se ubican al margen de las disposiciones normativas acerca del matrimonio. Por ende, existe una regulación (negativa) sobre el matrimonio de personas homosexuales, pero estas personas reclaman un trato equitativo con respecto a personas heterosexuales.

Nuestro ordenamiento jurídico vinculado al matrimonio no se agota en el artículo 234 del Código Civil ni en el artículo 4 de la Constitución Política, la celebración de cualquier matrimonio es un acto eminentemente voluntario, o lo que es lo mismo libre, de las personas sin impedimento legal; se produce también bajo la premisa de una identidad sexual definida y manifestada a lo largo de su existencia.

El matrimonio no implica únicamente la consolidación de una relación de pareja, sino que al traer consigo importantes y duraderos efectos jurídicos en los contrayentes genera en ellos derechos y obligaciones, no solo entre ellos sino frente a terceros, sin embargo, ninguno de estos derechos y obligaciones les será aplicables a parejas homoafectivas, sencillamente por contar una identidad sexual diversa a la mayoría de la población.



1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

4.3.1. Problema general

Como problema general a estudiar se ha formulado:

¿El artículo 234 del Código Civil vulnera los derechos de igualdad, identidad y libertad de las parejas homoafectivas al limitarles el acceso al matrimonio?

4.3.2. Problema específico

A partir de dicha formulación se enuncian cuatro problemas específicos:

- 1) ¿Cuál es el contenido normativo, doctrinario y jurisprudencial de los derechos a la igualdad, identidad, libertad y el matrimonio?
- 2) ¿Existe una diferencia jurídicamente relevante entre homosexuales y heterosexuales en el contexto del acceso al matrimonio?
- 3) ¿El artículo 234 del Código Civil peruano es compatible con los derechos a la identidad y libertad de las parejas homoafectivas en cuanto al acceso al matrimonio?
- 4) ¿Cómo debería estar regulado el matrimonio homoafectivo en el Perú?

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

El derecho en tanto disciplina que a fin de cuentas conduce o regula la vida del ser humano no puede ser vista sino con una visión crítica y reflexiva.

Nuestro ordenamiento jurídico no ha dejado al matrimonio homoafectivo sin un marco de regulación, sino todo lo contrario a negado su existencia legal pues el artículo 234 del Código Civil (CC) no tiene punto de interpretación, es claro al señalar que el matrimonio “es la unión concertada por un varón y una mujer”.

La norma existe y es válida, en tanto está vigente, sin embargo, el estudioso del derecho no puede ser un mero aplicador de la norma, sino que debe pensar en los efectos de ella, así esta investigación examina la compatibilidad de esta prohibición con otros



elementos del sistema jurídico como lo son los derechos constitucionales a la identidad, igualdad y la libertad análisis que permitirá establecer la compatibilidad o incompatibilidad estas normas.

La incompatibilidad de estas normas representa la violación de derechos, siendo entonces necesaria la eliminación de esta prohibición.

Esta investigación resulta importante porque no realiza el análisis únicamente con elementos nacionales sino también extranjeros que permitan una nueva visión del objeto de investigación.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.3.3. Objetivo general

Analizar si los derechos a la igualdad, identidad y libertad de las parejas homoafectivas son vulnerados por el artículo 234 del Código Civil del Perú al limitarles el acceso al matrimonio.

4.3.4. Objetivos específicos

1. Describir el contenido normativo, doctrinario y jurisprudencial de los derechos a la igualdad, identidad, libertad y el matrimonio.
2. Determinar la existencia o inexistencia de una diferencia jurídicamente relevante entre homosexuales y heterosexuales en el contexto de acceso al matrimonio.
3. Evaluar si el artículo 234 del Código Civil peruano es compatible con los derechos a la identidad y libertad de las parejas homoafectivas en cuanto al acceso al matrimonio.
4. Formular una propuesta de reforma constitucional y legal que permita el matrimonio homoafectivo.



CAPÍTULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DEL PROYECTO

2.1.1. A nivel nacional

2.1.1.1. Ríos (2020) “Las familias homoparentales, el matrimonio igualitario y su falta de regulación en el ordenamiento jurídico peruano” tesis para optar el título profesional de abogado, en la Universidad de San Martín de Porres. Muestra como conclusión que:

La falta de regulación del matrimonio igualitario solo haría persistir el status quo de discriminación, desamparo y afectación de los derechos humanos, siga vigente, lo cual el Estado peruano sigue en falta con su obligación constitucional de proteger a la familia de forma integral y no exclusivamente heterocisnormativa (...) la conexión entre el reconocimiento legal para las familias homoparentales y la regulación del matrimonio igualitario como única medida que brinde beneficios integrales vigentes en el derecho de familia por igual, a lo cual ya no habrá necesidad de acudir hacia otros ordenamientos jurídicos como buscar otras alternativas de solución cuando esta sería brindada por el mismo Estado peruano. (p. 163)

2.1.1.2. Soto (2019) “Los derechos fundamentales y la diversidad sexual” tesis para optar el grado académico de Magister en derecho constitucional, en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Concluye que:

Nuestra Constitución prohíbe el trato discriminatorio, es decir, cuando no existe una razón constitucionalmente válida que la justifique. Esta regla no solo es



impuesta al legislador en el diseño o proyectos de las normas de carácter general, sino también a todas las instituciones públicas y privadas. Por ello, no se puede brindar un trato discriminatorio a las personas que tienen una orientación sexual e identidad sexual no heteronormativas, dado que no son causas válidas ni razonables para justificar un trato diferente. (p. 129)

Y que:

La sexualidad viene a ser parte ineludible del ser humano, las personas eligen con quien mantener una relación afectiva de manera continua. Si bien la heterosexualidad es la sexualidad imperante; también lo es que hay personas que poseen sexualidades diferentes que tienen el derecho (al igual que los heterosexuales) a formar una familia con la respectiva protección legal; en consecuencia, debería modificarse el Código Civil peruano y ampliar la figura jurídica del matrimonio a las parejas homoafectivas. (p. 133)

2.1.1.3. Llerena (2018) “Ausencia de legislación del matrimonio igualitario y vulneración del derecho a la igualdad de la comunidad LGBTI, Lima, 2018” tesis para optar el título de abogada, en la Universidad César Vallejo. En ella concluye:

Que la vulneración del derecho a la igualdad a la Comunidad LGBTI, se da debido a la ausencia de legislación del matrimonio igualitario, se evidencia que no existe legislación que ampare el matrimonio igualitario, como se ve reflejado en el Código Civil en el artículo 234° y en el artículo 4 y 5 de la Constitución Política siendo que esto constituye una afectación al derecho a la igualdad y no discriminación. (p. 106)

2.1.1.4. Castro (2017) “El matrimonio igualitario: Marcando un hito en la lucha contra la discriminación. El derecho a la igualdad y no discriminación por orientación



sexual aplicado al acceso al matrimonio en el Perú” tesis para optar el grado académico de Magister en derechos humanos, en la Pontificia Universidad Católica del Perú. En esta tesis concluye que:

Se debe modificar el artículo 234 del CC peruano pues su literalidad genera una restricción de acceso al matrimonio para las parejas no heterosexuales que, por basarse en su orientación sexual, constituye una restricción prohibida por el derecho a la igualdad y no discriminación. (p. 81)

2.1.1.5. Condori (2017) “Unión homosexual a la luz de la antropología jurídica del matrimonio” tesis para optar el título profesional de abogado, en la Universidad Católica de Santa María. Muestra como conclusión que:

Matrimonio lo es solo heterosexual, y lo otro, la homosexualidad, es una realidad diferente, diferente pero no ilícita y susceptible de propia regulación. El afecto homosexual más que ser un impedimento para acceder al matrimonio, se constituye como causal de inexistencia de este. (p. 138)

2.1.1.6. García (2017) “El matrimonio civil de los/as homosexuales y la vulneración del respeto pleno de los derechos humanos en el Perú, año 2016” tesis para optar el grado académico de doctor, en la Universidad Privada de Tacna. Llegando a dos importantes conclusiones:

La vulneración de los derechos fundamentales de las personas de orientación homosexual se constata con dos argumentos principales: a) En la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna que establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados



por el Perú”, y b) el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece: “El contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. Por lo tanto, el Estado Peruano no cumple con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que las leyes contra los derechos fundamentales de las personas homosexuales son una violación de los derechos humanos. (p. 100)

De otro lado señala que:

Frente a estos argumentos jurídicos que no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo y que contradicen aquellos que sirven de fundamento constitucional y jurídico para legalizar el matrimonio civil de los/as homosexuales en el Perú, se concluye que estamos frente a una aparente contradicción entre normas constitucionales y jurídicas, y por ello se debe presentar una propuesta de ley que modifique el artículo 5° de la Constitución Política del Perú y el artículo N° 234 del Código Civil” (p. 103).

2.1.1.7. Rodríguez (2017) “La diferencia entre el derecho fundamental a contraer matrimonio, y la institución legal del matrimonio y su influencia en la imposibilidad jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad jurídica de la unión civil no matrimonial, Perú; 2017” tesis para optar el grado de maestro en derecho constitucional en la Universidad Católica Santa María. Investigación que concluye que:



Siempre ha existido el derecho fundamental a contraer matrimonio, pero siempre era visto como una exclusividad de parejas heterosexuales; hasta hace un par de años atrás en los que las parejas del mismo sexo han reclamado este derecho también para ellas, sustentando su pedido en el que el verdadero derecho fundamental es a contraer matrimonio con quien ellos quieran, esto derivada del derecho fundamental a la dignidad, felicidad e igualdad. (p. 190)

2.1.1.8. Ñavincopa (2015) “La inconstitucionalidad del matrimonio exclusivamente heterosexual previsto en el artículo 234° del Código Civil en la Corte Superior de Justicia de Huancavelica” la tesis para optar el título de abogado, en la Universidad Nacional de Huancavelica. Donde concluye que:

La protección de las personas sobre la base de su orientación sexual e identidad de género no exige la creación de nuevos derechos ni que se concedan derechos especiales a las personas LGBT. En realidad, solo es necesario que se cumpla la garantía aplicable universalmente de no discriminación en el goce de todos los derechos. (p. 84)

2.1.1.9. Fernández (2014) “La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú” tesis para optar el grado académico de Magister en derecho con mención en derecho constitucional, en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis que concluye que “se deduce que la igualdad, derivada del principio de dignidad humana constituye un mejor argumento para lograr el reconocimiento de las relaciones familiares de quienes no se ajustan al paradigma heterosexual” (p. 110) y además “la heterosexualidad no constituye un elemento intrínseco al diseño constitucional del matrimonio y las uniones de hecho” (p. 112).



2.1.2. A nivel local

2.1.2.1. Calsin (2014) “Regulación de la unión de homosexuales en el Perú” tesis para optar el grado académico de Magister Scientae en derecho con mención en derecho civil, en la Universidad Nacional del Altiplano. En dicha investigación se arriba a la siguiente conclusión “debe ser incorporada normativamente, la unión de homosexuales a través de una enmienda al Código Civil” (p 67).

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. Los derechos fundamentales a la igualdad, identidad, libertad y el matrimonio

2.2.1.1. Derechos fundamentales

Peces-Barba (1999) ha enseñado que los derechos fundamentales son tanto presupuestos éticos como jurídicos vinculados a la dignidad humana, que sirven de normas primeras de un sistema jurídico, necesarias para que la persona pueda desarrollarse en forma plena (p. 37).

Los derechos fundamentales o humanos a criterio de Pazo (2014) están constituidos tanto como derechos subjetivos atribuidos a las personas, como también tienen una manifestación en la forma de principios rectores de un grupo social. (p. 69).

El Tribunal Constitucional del Perú (TC) que en su sentencia recaída en el exp. 001-2002-AI/TC expreso que la dignidad humana es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales.

2.2.1.2. El derecho fundamental a la igualdad

a) Contenido dogmático del derecho a la igualdad

Entendiendo al ser humano como una unidad psicosomática (Fernández, 2016, p. 90) es acertada la idea de Landa (2017) quien sostiene que todas las personas somos



diferentes en nuestras características psicosomáticas (p. 29).

Para Landa el derecho a la igualdad presenta dos facetas. Una faceta objetiva dirigida al Estado e imponiendo la prohibición de discriminación. La segunda faceta, subjetiva se orienta al reconocimiento de las personas en términos de dignidad humana (Landa, 2017, p. 31).

De similar postura se muestra Eguiguren (1997) cuando argumenta que la igualdad predicada desde una perspectiva constitucional, es tanto un principio, entendido como una directriz de un Estado democrático de derecho; y un derecho subjetivo, este atributo permite a toda persona los siguientes ciertas exigencias frente al Estado y la sociedad como: a) derecho a ser tratado con igualdad ante la ley; y b) el derecho a no ser objeto de discriminación (p. 63).

Bobbio (1993) enuncia que para predicar la igualdad respecto a dos entidades es menester contestar acertadamente dos cuestiones ¿igualdad entre quienes? e ¿igualdad en qué? (p. 54).

León (2021) señala que la determinación de situaciones de igualdad o desigualdad implican un análisis de semejanza respecto de un término de referencia (p. 45).

El autor agrega también (2021) que un trato diferenciado no es *per se* prohibido, siempre que atienda a motivos razonables, respecto de las diferencias existentes y las disposiciones normativas divergentes (p. 77).

La discriminación es un trato diferenciado despojado de justificación en situaciones de expresa igualdad. Y para distinguirlo del principio de igualdad León enseña que la discriminación alude a disposiciones normativas que prohíben la generación de favorecimientos o perjuicio a personas en virtud de situaciones, cualidades o características, respecto de las cuales está prohibido diferenciar (2021, p. 107).

Mosquera (2006) distingue entre igualdad ante la ley, igualdad en la ley e igualdad



en la aplicación de la Ley. La primera alude a la uniformización entre las personas, a fin de que el Estado no privilegie o perjudique a algunos grupos. La segunda forma genera que el poder legislativo solo pueda establecer diferencias de trato cuando exista de por medio una justificación. Por último, la tercera forma evitar que dentro de supuestos de hecho similares se emitan consecuencias jurídicas diferentes en la aplicación de una disposición normativa (pp. 20–30).

Desde el plano de la discriminación Huerta (2006) explica que se trata de un proscripción dirigida a toda autoridad de brindar algún trato desigual a las personas, trato desigual que, se entiende, afecte el pleno ejercicio y goce de los derechos fundamentales de la persona (p. 67).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante su Opinión Consultiva 84-1984 de un modo sencillo ha explicado que, las nociones de igualdad ante la Ley y la prohibición de la discriminación se derivan de la unidad de la naturaleza del género humano, asimismo ha señalado que estas nociones son inseparables de la dignidad humana.

Landa (2017) afirma que las desigualdades son auténticas formas que limitan el adecuado desarrollo humano (p. 29).

Resurrección (2017) enseña que la construcción de la idea de igualdad se formó en atención a una determinada concepción de persona o individuo, con características como varón, blanco o propietario sobre el cual se exigía la igualdad de trato, ello ha conllevado a que se genere -aun en la actualidad- incompleta visión de una discriminación individualizada, por ende, descontextualizada (p. 155).

Bajo estos antecedentes es que se originó una silenciosa y difusa forma de discriminación, la discriminación estructural, esta forma de discriminación limita el desarrollo de un determinado sector de la población mediante una extensa red de



estereotipos, roles, normas sociales y jurídicas inmerso en un proceso social (Resurrección, 2017, pp. 160–161).

Por lo que para Quinche y Armenta (2012) una obligación inherente al principio de igualdad es la de no discriminar a grupos o categorías sospechosas, constituidas por grupos de personas que históricamente han sido excluidas o discriminadas (p. 45).

Frente a esta y otras formas de discriminación es importante contar con medidas que las contrarresten. Eguiguren (1997) señala que la igualdad material o sustancial impone un deber de participación o de intervención en las situaciones de desigualdad a fin de desaparecer dichas condiciones, esta obligación se denomina como acciones o medidas afirmativas o positivas. Este tipo de acciones siempre se encaminan hacia la igualdad de oportunidades (p. 65).

Sobre las causas de discriminación Huerta (2006) comenta la sentencia del TC recaída en el expediente 2868-2004-AA-TC en donde se sanciona a un policía por casarse con una persona transexual. Si bien el TC considero esta sanción como ilegítima Huerta (2006) explica que en realidad la sanción se produjo por causa de una discriminación por razón de la orientación sexual (pp. 69–70).

Y es que para Quinche y Armenta (2012) el Estado cuenta con una obligación de actuación positiva para que su población reduzca los niveles de homofobia (p. 48).

La discriminación, enseña Huerta (2006), puede manifestarse directa o indirectamente, según se pueda constatar una circunstancia de discriminación o que para llegar a ella se necesite recurrir a elementos adicionales (p. 71).

Es importante precisar, que el derecho a la igualdad no puede ser afectado en modo directo, pues este es un derecho relacional, esto implica que la igualdad se afecta mediante la afectación de otro derecho fundamental (Huerta, 2006, p. 67).

2.2.1.3. El derecho fundamental a la identidad

a) *Contenido dogmático del derecho a la identidad*

Para la Real Academia Española la identidad no es sino el “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás” (2022).

Fernández (2016) enseña que la identidad personal es la suma de atributos, rasgos y características que generan que una persona pueda ser individualizada del resto de la sociedad, es decir, todo aquello que hace que *uno sea uno mismo y no otro*, es importante destacar que todo ese conjunto de rasgos se relaciona con el exterior, tanto en tiempo como en espacio (p. 116).

Para Delgado (2016) contemporáneamente se debe apreciar y estudiar a la identidad desde dos dimensiones una identidad dinámica y una identidad estática (p. 15).

Sobre la identidad estática Delgado (2016) explica que esta se compone de los datos de identificación de una persona tales como el nombre, la física, la biológica, imagen o fecha de nacimiento (p. 15).

Acerca de la identidad dinámica Fernández (2016) la construye en base a los pensamientos, opiniones, comportamientos y la psicología de cada persona volcado en el mundo, que forman un patrimonio ideológico-cultural que determina una verdad personal-que incluye a la identidad estática-. Esta verdad personal es objeto de tutela para que no se altere o distorsione (p. 117).

Y es que la identidad, según lo concibe Meza (2020), implica que cada individualidad pueda *ser él y no otro* (p. 285).

Sobre esto último Landa (2021) precisa que el objeto de tutela de la identidad personal es esa verdad personal, aspecto que inevitablemente se proyecta hacia afuera, por lo que la tutela recae en dicha proyección hacia el exterior (p. 162).



§ Identidad sexual

Bardi et al. (2005) mencionan que la identidad sexual se construye mediante un proceso en el que interactúan múltiples procesos, tales como el biológico, social, emocional cognitivo entre otros (p. 43).

Siverino, citado por Castro (2017), menciona que la identidad sexual constituye un importante aspecto de la identidad personal, apoya esta idea en el hecho de que parte de la personalidad del ser humano se constituye por la sexualidad, siendo la orientación sexual un elemento de esta última (p. 21).

Calero et al. (2015) explican que la sexualidad es una parte fundamental de la personalidad humana, por ende, pues su manifestación se produce durante toda la existencia de la persona (p. 577). Hunt, citado por Soto (2019), va más allá y explica que la sexualidad es característica en común de todas las personas porque extiende sus raíces hasta la misma dignidad de la persona (p. 51).

Para Bardi et al. (2005) la sexualidad se compone de los siguientes aspectos: sexo biológico, la identidad de género, el rol de género y la orientación sexual. La orientación sexual funciona como un foco para el aspecto erótico-afectivo de una persona (p. 44).

Troiden, citado por Bardi et al. (2005), describe cuatro etapas del desarrollo de la identidad sexual desde la aparición y reconocimiento de sentimientos homosexuales hasta la confusión de identidad que genera temor e inhibición de la personalidad, estas etapas concluyen en la aceptación de la identidad (p. 48). Temor que de entre otras causas puede fundarse en la desigualdad existente, pues como sostiene Suárez (2020) cada personas es valorada como igual a la otra, siempre que esa persona coincida un tipo de normalidad (p. 186-187).

Y es este último elemento, la orientación sexual, primordial para entender las relaciones homoafectivas (entre personas del mismo sexo).



Al respecto tenemos los principios de Yogyakarta (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género) definen a la orientación sexual como: la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Castro (2017) enseña, entonces, que la orientación sexual y la identidad sexual, constituyen entonces aspectos consubstanciales o connaturales a la ser humano mismo (p. 79).

De otro lado la Corte IDH, mediante la Opinión Consultiva 24/2017, emitido el 24 de noviembre de 2017, ha señalado que la orientación sexual puede ser definida como, la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. Constituyendo de esta forma, un espacio para la auto-identificación. Siendo así, las manifestaciones más relevantes de la orientación sexual son de tipo homosexual y heterosexual.

Al respecto los principios de Yogyakarta señalan:

- Heterosexualidad: Es la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual, por personas de un género diferente al suyo y la capacidad de mantener relaciones íntimas, erótico afectivas y sexuales con esas personas.
- Homosexualidad: Es la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de su mismo género y la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Y es que la falta de reconocimiento normativo de esta faceta del derecho a la identidad



personal se debe a, como reflexiona Salazar (2021), que su reconocimiento de viene produciendo dentro de la evolución de los derechos humanos, vinculada a la autodeterminación (p. 90).

Todo ello inmerso dentro del decaimiento de una sociedad sexuada por un modelo patriarcal y el surgimiento de una sociedad no binaria y con sistemas no anclados en la heteronormatividad (Salazar, 2021, pp. 98-99).

Suárez (2020) explica que la crítica actual justifica la referencia ontológica del yo como una identidad homogénea, aun cuando el yo es diverso y en constante cambio (p. 184).

2.2.1.4. El derecho fundamental a la libertad

a) Contenido dogmático del derecho a la libertad

Para Castillo (2019) el constituyente ha reconocido mediante el inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Perú (CPC) una cláusula general de libertad, esta cláusula, y es importante destacar, se perfila o concretiza por medios de otros derechos fundamentales (p. 49).

A consideración de Parent (2000) la libertad, no puede ser entendida únicamente como un derecho fundamental, sino como una condición o presupuesto para gozar de los demás derechos fundamentales (p. 156).

Así Bobbio, citado por Soto (2019), considera que la libertad tiene una faceta negativa cuando las personas actúan sin más limitaciones o impedimentos establecidas por las normas jurídicas, asimismo tenemos a la libertad positiva, en la que las personas orientan su actuación conforme a su propia voluntad y deseo (pp. 13-24).

§ El libre desarrollo de la personalidad

Villalobos (2012) sostiene que la personalidad es el cúmulo de todas las



características pertenecientes a una persona, que le permiten desarrollar su proyecto de vida (p.17).

Por lo cual Rocha (2014) entiende que el libre desarrollo de la persona es el contenido del denominado derecho al libre desarrollo de la personalidad (p. 251).

Por ello López y Kala (2018) conciben al derecho al libre desarrollo de la personalidad como un puente para concretizar derechos como la determinación del estado civil o la elección de una orientación sexual (p. 66).

Del Moral Ferrer (2013) le otorga el siguiente contenido al derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad:

- Una libertad general de acción o actuación: Como una facultad que permite a la persona guiarse hacia su plan de vida, sea desarrollando u omitiendo determinadas conductas (pp. 68-69).

- Una libertad para desarrollar la personalidad individual: Como una permisión del estado para que una persona desarrolle su propia individualidad o forma de ser (pp. 71-72).

Landa (2021) delimitando los alcances de este derecho ha señalado que implica dos facetas, una positiva que implica la intervención del Estado para garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo del proyecto de vida, esta intervención es limitada, faceta negativa, por cuanto también se reconoce el derecho a no ser arbitrariamente afectada en su esfera de libre desarrollo (p. 99).

La libertad se encuentra ligada a la dignidad humana así lo sostiene Rocha (2014) quien precisa que el autogobierno del hombre permite que el ser humano desenvuelva libremente mediante actos y omisiones que le permitan desarrollar su proyecto de vida, esto no es otra cosa que una visión dinámica de la dignidad (p. 261).

De los Reyes (2007) añade que solo los Estados que cuenten con mecanismos para



el mejor desarrollo de la personalidad -libremente elegido- pueden garantizar la dignidad humana (p. 337).

Este derecho, sin embargo, no es absoluto pues siguiendo a Landa (2021) la imposición de límites al libre desarrollo de la personalidad se realiza frente a la colisión con otros valores o derechos constitucionales, a través de un test de proporcionalidad (p. 126).

Esta relación con la dignidad y que la imposición de límites mediante el test de proporcionalidad se debe a que como refiere Rocha (2014) el libre desarrollo de la persona no se limita a la capacidad de elección u acción, sino que debe incluir a la autodeterminación, entendida como modificación del mismo ser (p. 263).

Varsi (2011b) sostiene que en el contexto de la homoafectividad las personas guían sus vidas también por el principio de libertad, libertar para escoger a su pareja independientemente de su sexo (p. 110).

2.2.1.5. El matrimonio

a) Contenido dogmático del matrimonio

Adame (2017) señala que el matrimonio es una relación humana, más específicamente una relación de amistad por razón de las personas mismas (pp. 7-11). Por su parte Varsi (2012) la define como una unión que busca generar una comunidad de vida plena entre dos personas, que se aman, con un proyecto de vida común (p. 418).

Y es que como indican Deverda y Beamonte (2014) el matrimonio viene atravesando un fenómeno de personalización, pues gradualmente el peso del desarrollo personal de los cónyuges se viene imponiendo sobre su carácter de institución social (p. 14).

Dentro de los diversos fines o finalidades que se atribuyen al matrimonio Torres (2021) destaca que la fundamental finalidad del matrimonio lo constituye el nacimiento

o formación de una familia (p. 18).

Deverda y Beamonte (2014) enseñan que existe una voluntad o libertad nupcial tanto positiva (o derecho a contraer matrimonio) como negativa (derecho a permanecer soltero) (2014, p. 26).

Medida (2001) afirma que existe un derecho a casarse o un derecho a contraer o acceder al matrimonio el mismo que se deriva de la DUDH (Declaración Universal de los Derechos Humanos), COIDH (Convención Interamericana de Derechos Humanos) entre otras normas de carácter internacional (p. 197).

§ Matrimonio homoafectivo

Explica Varsi (2011) que la denominación de familia homoafectiva, expresión acuñada por María Berenice Días, y por extensión el matrimonio homoafectivo, es un término que ofrece menos desprestigio a la familia y al matrimonio homosexual (p. 73).

El matrimonio homosexual u homoafectivo, para Herrera (2016) implica el reconocimiento social, cultural y jurídico de la unión estable entre personas del mismo sexo, con idénticos requisitos que un matrimonio heterosexual (p. 50).

Para Medina (2001) las uniones de hecho homosexuales constituyen uniones estables de vida (p. 93).

Por lo que desde las exigencias el matrimonio homosexual (u homoafectivo) se concibe, en palabras de Ríos (2020), como un matrimonio igualitario que implica la unión voluntaria de dos personas legalmente aptas, respetando las disposiciones de cada Estado y con la finalidad de hacer vida en común, sin importar el sexo de estas personas (p. 94).

Varsi (2011) señala que de conformidad con el CC y la CPP existe una restricción en el sistema jurídico peruano para la celebración del matrimonio homoafectivo (p. 119).



CAPÍTULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1. Enfoque de la investigación

En la investigación realizada se ha empleado el enfoque de investigación cualitativa. Se empleó el **enfoque cualitativo**, pues, en palabras de Nizama y Nizama (2020), hace posible que el investigador realice críticas, cuestionamientos y sugerencias respecto a una realidad jurídica-factual con autoridad. Este requiere de un posicionamiento personal y analítico sobre el problema estudiado (p. 88).

3.1.2. Diseño de la investigación

El tipo de diseño usado en la investigación es el **jurídico dogmático**, específicamente la sub clase de jurídico dogmático-**propositivo**.

3.1.3. Tipo de investigación

El estudio corresponde a la investigación básica o teórica. Este tipo de investigación de caracteriza esencialmente, según Relat (2010), por crear teorías, siendo así aporta novedosos puntos de vista a una rama específica del conocimiento científico, pero no se relaciona con aspectos prácticos (p. 221).

Esta investigación analiza la dogmática jurídica, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico para realizar un aporte teórico al derecho.

3.2. OBJETO DE ESTUDIO

El objeto o eje de estudio sobre la que se organiza la presente investigación está constituida por la compatibilidad entre la disposición normativa del artículo 234 del CC con los derechos a la igualdad, identidad y libertad de las parejas homoafectivas.



3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO

El ámbito de la presente investigación se circunscribió en las teorías dogmáticas y jurisprudencias de las altas cortes sean nacionales o extranjeras, la recopilación, revisión, análisis y resultados de estas fuentes de información se realizaron durante el año 2022.

3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.4.1. Métodos

Los métodos que empleados fueron:

- a) Método descriptivo: Este método se nutre de una observación del objeto de estudio y en atención con los objetivos formulados, pues se expondrá en forma narrativa todo el fenómeno estudiado
- b) Método dogmático: Este tipo metodológico se estudian e investiga acerca de instituciones derivadas del derecho positivo a un nivel teórico o abstracto (Tantaleán, 2016).

La investigación se ubica en el ámbito de la dogmática jurídica, es decir, no tiene como consecuencia directa un cambio en la sociedad sino dar a conocer una nueva interpretación del artículo 234 del CC.

El matrimonio homoafectivo es un problema jurídico actual en el Perú, así la investigación cualitativa es la más idónea para encontrar propuestas de solución, pues permite conocer y entender el problema jurídico y dar una solución, que se verá concretada en la presente investigación mediante una propuesta legislativa.

Asimismo, es necesario indicar que el tipo de investigación es dogmática, específicamente de tipo dogmática propositiva, pues se realiza un análisis jurídico crítico de las normas jurídicas como de las doctrinas y modelos teórico-jurídico nacionales, así también conforme al resultado de la investigación, es posible plantear una reforma o



modificación del artículo 234 del CC.

- c) Método de argumentación jurídica: La argumentación jurídica consiste, esencialmente, en un proceso organizado y sistemático que permite dar razones que justifiquen una postura jurídica.

Atienza (2005) menciona que la argumentación jurídica se produce con especial relevancia en la dogmática jurídica pues cumple tres actividades: i) como herramienta de provisión de criterios para el avance del derecho; ii) como suministro de pautas de aplicación del derecho positivo; y iii) como medio de apoyo para la sistematización del sistema jurídico (p. 2).

3.4.2. Técnicas

Se han utilizado las siguientes técnicas:

- Observación documental: Pineda (2017) explica que no es la mera observación del objeto de estudio, sino es una apreciación atenta, organizada, inteligente y registrada el hecho o fenómeno de estudio, técnica útil pues la información que se revisará es amplia.
- Análisis documental: Es un proceso mental a través del cual el investigador extrae aspectos esenciales o importantes de los documentos estudiados, a fin de representarlos separada o conjuntamente, la abundante información que se reviso debe ser analizada en principio en toda la unidad del documento para luego ser analizada con la ayuda del resto de información.
- Test de igualdad: Al respecto el TC peruano ha desarrollado este test en el expediente 00045-2004-AI/TC el mismo que se compone de los siguientes niveles estratificados:

§ Determinación del tratamiento legislativo diferente.



- § Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad.
- § Determinación de la finalidad del tratamiento diferente.
- § Examen de idoneidad.
- § Examen de necesidad.
- § Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Ello nos permitirá verificar si la situación de parejas heteroafectivas y homoafectivas es igual o desigual

3.4.3. Instrumentos

En la presente investigación se han aplicado los siguientes instrumentos, al ser esta una investigación con una técnica de observación y análisis documental:

- Ficha bibliográfica: Que se emplea para recabar la información bibliográfica de los libros, manuales, tesis, informes o similares.
- Ficha hemerográfica: Que se emplea para recabar la información bibliográfica de las revistas de investigación.
- Ficha de anotación-resumen: Que se emplea para realizar resúmenes de las fuentes de información consultadas.
- Ficha de anotación- paráfrasis: Que se emplea para realizar el parafraseo de las fuentes de información consultada.
- Ficha de transcripción: Que se emplea para realizar transcripciones literales de las fuentes de información.
- Ficha de comentarios: Que se emplea para realizar comentarios sobre las fuentes de información consultada.
- Ficha de triangulación: Consiste en la combinación de las anteriores fichas, como puede ser varios resúmenes o varios datos bibliográficos.



- Tabla del test de igualdad: Esquema metodológico, derivado de la argumentación jurídica, para evaluar la constitucionalidad de las medidas restrictivas o limitativas de derecho.

3.5. UNIDADES DE ESTUDIO

Esta investigación tiene como unidades de estudio al desarrollo de la doctrina especializada en derecho constitucional y civil, más específicamente la desarrollada sobre los derechos a la identidad, igualdad y libertad. También se incluye a la doctrina vinculada al matrimonio y al matrimonio homoafectivo.

De otro lado se ha considerado, además, a la jurisprudencia elaborada por el TC y la Corte IDH respecto al derecho a la identidad, igualdad, libertad, matrimonio y al matrimonio homoafectivo.



CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. PRIMER EJE TEMÁTICO: DESCRIBIR EL CONTENIDO NORMATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD, IDENTIDAD, LIBERTAD Y EL MATRIMONIO

4.1.1. Desarrollo normativo del derecho a la igualdad

Dentro del ordenamiento jurídico peruano el derecho a la igualdad tiene especial protagonismo pues es regulado en el inciso 2 del artículo 2 de la CPP.

2. Toda persona tiene derecho:

(...) 2. A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado, por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

La COIDH prescribe en su artículo 1 que:

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 éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Y en su artículo 24:

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

La DUDH a diferencia de los otros cuerpos normativos le otorga una



preponderancia especial a este derecho, estableciendo su regulación en el artículo 1:

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.

4.1.2. Contenido jurisprudencial del derecho a la igualdad

La sentencia del TC sobre el expediente 0023-2005-PI/TC en el que se analizó un trato diferenciado respecto al trámite de las medidas cautelares contra actos administrativos de Gobiernos Locales y Regionales, en los que a diferencias de supuestos se exige correr traslado. El TC analizó la doble faceta de la igualdad:

El **principio-derecho** de igualdad, a su vez, advierte dos manifestaciones relevantes: **la igualdad en la ley** y **la igualdad en la aplicación de la ley**. La primera manifestación (igualdad en la ley) constituye un límite al legislador, en tanto la actividad legiferante 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.

De otro lado, se encuentra la **igualdad “en la aplicación de la ley”**. Si bien esta segunda manifestación del principio de igualdad no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencial, que se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos, al momento de aplicar la ley, no deban realizar tratos diferentes entre casos que son sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentren 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 (fundamentos 67 y 68).

En otra sentencia el TC en el expediente 0606-2004-AA/TC en el que se demandó la desigualdad entre el pago de tasas educativas -por educación universitaria- de los que estudian una segunda carrera a diferencia de los miembros del ejército y la policía nacional. El TC ha enseñado que:

La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele.

El derecho de igualdad, a su vez, tiene dos dimensiones: formal y material. En su dimensión formal, impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley) (fundamentos 9 y 10).

La sentencia del TC en el expediente 045-2004-PI/TC en la que se formuló una demanda de inconstitucional por desigualdad en el ascenso a los magistrados titulares del Poder Judicial y Ministerio Público, derivada de una bonificación de 10% a diferencia del resto de postulantes. En este caso el TC ha formulado:

En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha empleado conjuntamente el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad a efectos de examinar si un tratamiento diferenciador es, o no, discriminatorio. Son estos los principios que sirven de parámetro para examinar un trato diferenciado.



La forma de operar de este par conceptual - razonabilidad y proporcionalidad implica advertir que “(...) la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En este contexto, la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente. Aquí, el tratamiento diferente aparece como un medio para la prosecución de una finalidad. La comprensión del principio de razonabilidad en estos términos ha sido acogida por este Tribunal cuando ha manifestado que: “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional (fundamentos 21, 22 y 23).

Queda clara la posición del TC al señalar:

Tabla 1.

El trato diferenciado según el TC

Sentencia recaída en el exp.:	0048-2004-AI/TC y 00034-2004-PI/TC
Trato diferenciado	Discriminación
<ul style="list-style-type: none">• Justificado objetivamente.• Razonable.• Constitucionalmente admitida.• Proporcional.• No afecta al derecho a la igualdad.• Puede ser promovida por el Estado.	<ul style="list-style-type: none">• Carece de justificación objetiva.• Irrazonable.• Prohibida por la Constitución.• Desproporcionado.• Vulnera al derecho a la igualdad.• El Estado busca su eliminación.

En la sentencia del TC en el expediente 00034-2004-PI/TC en la que se ventilo la demanda de inconstitucionalidad de los pasajes libres para la policía y el medio pasaje para universitarios. En dicha resolución el TC destaco:

Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

Por ello, el término de comparación -*tertium comparationis*- aducido, para sustentar la supuesta vulneración del derecho-principio a la igualdad, no constituye un supuesto de hecho del cual pueda exigirse consecuencias jurídicas iguales (fundamentos 56 y 57).

En la sentencia del TC en el expediente 1417-2005-AA/TC en donde se demandó el no otorgamiento de una pensión, en TC explica que:



En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

En efecto, en tanto derecho fundamental relacional, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias (fundamento 37).

En la sentencia del TC en el expediente 00261-2003-AA/TC se explica sobre el principio de igualdad:

En ese sentido, la **igualdad** es un -principio- **derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia**. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. (...)

Dicha igualdad implica lo siguiente: a) la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homologas. La igualdad garantiza el ejercicio de un derecho relacional. Es decir, funciona en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real,



efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan. (...)

La **igualdad** garantiza el ejercicio de un derecho relacional. Es decir, **funciona en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos**, facultades y atribuciones **constitucionales** y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan. (...)

La igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes; y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva, para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. (...)

Es notorio que existe infracción del principio de igualdad cuando en la formulación o interpretación-aplicación de la ley, se contempla en forma distinta situaciones, hechos o acontecimientos que son idénticos. Ello con el objeto de discriminar o segmentar política, económica, social o culturalmente a algún o algunos seres humanos.

La quiebra de la noción de **igualdad** se produce cuando a través del **proceso** de formulación o **interpretación-aplicación** de la ley, ésta **genera consecuencias jurídicas diferentes entre una persona y otra**, por el mero hecho de tales. En síntesis, se consuma a través del establecimiento de derechos, facultades, atribuciones, deberes, responsabilidades o sanciones disímiles, a pesar de ser idénticas las conductas o situaciones de las personas involucradas en dicho proceso. (...)



Un texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad, cuando su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación; y cuando, luego de satisfacer dicha prioridad, adjudica beneficios o castigos diferenciadamente, a partir de rasgos distintivos relevantes. En ese mismo contexto, es igualmente aceptable para el derecho que la pauta basilar de la igualdad esté subordinada al desarrollo pleno de otros principios constitucionales, valorados como de superior jerarquía en específicas y concretas circunstancias. **La existencia de una diferente regulación normativa** o de un trato distinto, derivado de la interpretación-aplicación de la ley, **deben ser apreciadas en relación con la finalidad** y los efectos de la medida legal adoptada sobre la materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir un resultado jurídico legítimo, a la luz de la moral y los valores del derecho. (...)

A manera de colofón cabe señalar que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite: **a)** la existencia de una norma diferenciadora; **b)** la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; **c)** una finalidad específica; **d)** razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; **e)** racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue; y **f)** proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad (fundamentos 3.1. y 3.2.).

La Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas vs Chile, el cual trata sobre la cesación de la tenencia de Atala Riffo respecto de sus hijas fundada en el hecho de que su



orientación sexual (homosexual), ha precisado que:

Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado 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 incurso en tal situación. 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 **jus cogens**. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

Además, el Tribunal ha establecido que 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. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. 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. (...)

Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”) ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación



sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios (fundamentos 79, 80 y 86).

La Corte IDH en el *Duque vs Colombia*, el cual trata sobre el no otorgamiento de la pensión de sobrevivencia a Ángel Duque respecto de su pareja fallecida fundada en el hecho de que su orientación sexual (homosexual), ha precisado que:

La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la **Convención** es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de **respetar y garantizar** el pleno y libre ejercicio de los **derechos** y libertades allí **reconocidos “sin discriminación alguna”**. 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, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, 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**.

Mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, **el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación**. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o



garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención. (...)

La Corte Interamericana ya ha establecido que la **orientación sexual** y la identidad de género de las personas son **categorías protegidas por la Convención**. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica **discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona**. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

En ese sentido, el instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana (fundamentos 93, 94, 104 y 105).

4.1.3. Desarrollo doctrinario del derecho a la igualdad

Como aspecto factico o social notorio son patentes las diferencias entre cada individuo que conforma la sociedad humana, y es que ese aspecto que nos permite distinguirnos a uno de otros es la composición de nuestra, en palabras del maestro Fernández (2015, p. 90), unidad psicosomática. Ello porque es palmaria la existencia de personas atléticas, emotivas, introvertidas, con determinados colores de ojos o gustos musicales, etc.



Desde su naturaleza jurídica tanto Eguiguren, León y Landa (1997; 2017; 2021) han precisado que la igualdad y no discriminación tienen una naturaleza dual, pues constituye tanto un principio o directriz y un derecho (p. 63; p. 31; p. 57).

Sobre el derecho-principio de no discriminación este no solo engloba a la discriminación individual, entendida como un acto discriminatorio de una persona hacia otra, pues existe también una discriminación, según Resurrección, que se asienta o constituye en una diferencia de estatus que es empleada por la sociedad mediante prácticas sociales asentadas en determinadas culturas (2017, p. 151) que incluso se traducen en normas legales que ocasionan situaciones que limitan a estos grupos, esto último afirmado por la Observación General 20 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales del 2009.

Añón (2013), siguiendo las ideas de Barrère y Morondo, explica que esta forma de estudiar a la discriminación, esto es, en forma estructural es una posición surgida desde la doctrina para reconstruir las ideas de discriminación y, con ello, proteger a los grupos desventajados de la opresión grupal (p. 147). Estos grupos desventajados son, siguiendo a Giménez-citado por Añón (2013)- grupos que sufren de una postergación social, aspecto que limita su participación en la creación del derecho, en suma, son apartados sociales (p. 131).

Por lo tanto no tienen una presencia en las diversas regulaciones de un Estado, y de existir estas no garantizan el ejercicio pleno de sus derechos.

Aun cuando estemos frente a discriminaciones particulares o estructurales. Tanto Eguiguren como Mosquera (1997; 2006) coinciden que la faceta sustancial o material de la igualdad implica la intervención o participación del Estado en las dinámicas sociales para promover la igualdad frente a situaciones de desequilibrio (p. 65; p. 34).

Sin embargo, la forma de la intervención estatal no debe ser irrazonable debiendo



seguir, cuanto menos, con la idea expresada siglos atrás por Aristóteles (1988) de que la igualdad debe ser predicada entre los pares o iguales, mientras que la desigualdad, sin ser incorrecta, debe ser también predicada entre los impares o desiguales (p. 174).

Queda claro entonces que la cualquier forma de discriminación (singular o estructural) importa la obligación de parte del Estado para allanar dicha situación (acciones positivas o afirmativas). Una forma de intervención estatal para generar igualdad consiste en la producción de disposiciones normativas.

Y es que la necesidad de la intervención no solo se deriva de la afectación a la igualdad, sino que implica la afectación de otras realidades o derechos de la población discriminada, esto por la característica de derecho relacional.

4.1.4. Desarrollo normativo del derecho a la identidad

Dentro del ordenamiento jurídico peruano el derecho a la identidad es regulado en el inciso 1 del artículo 2 de la CPP.

A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

La COIDH no contiene una disposición normativa específica.

La DUDH no contiene una disposición normativa específica.

4.1.5. Contenido jurisprudencial del derecho a la identidad

La sentencia del TC sobre el expediente 2273-2005-PHC/TC, en la que se analiza la denegación del otorgamiento de duplicado de un documento de identidad, en este caso el TC precisa:

Este Tribunal considera que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como **el derecho que tiene todo individuo a ser**



reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados **rasgos** distintivos, esencialmente de **carácter objetivo** (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y **aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal**, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. **Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos**, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). **El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral**, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la



manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas (fundamentos 21 al 23).

La sentencia del TC sobre el expediente 00139-2013-PA/TC en la que se analizó el pedido de cambio de sexo en el documento de identidad y, respectivamente, en la partida de nacimiento. El TC desarrollo el contenido del derecho a la identidad:

Ya ha referido este Tribunal que entre los **atributos esenciales** de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la **identidad** consagrado en el inciso 1) del artículo de la Constitución, "entendido como el **derecho** que tiene todo individuo **a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es**. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)" (STC 2273-2005- PHC/TC, fundamento 21). "La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros" (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 22). De esta forma, cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras, pero aun "cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como



puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). **El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral"** (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 23) (fundamento 2).

El TC en el expediente 06040-2015-PA/TC, también sobre una solicitud de cambio de sexo, con la diferencia de que también se solicitó el cambio de nombre, ha precisado:

19. De esta definición se puede colegir que la **identidad de género** guarda importantes diferencias de índole conceptual con la **orientación sexual** y el sexo. En virtud de la orientación sexual, una persona siente alguna clase de atracción o inclinación a determinado colectivo de personas que se encuentran definidas por su sexo. Así, una persona puede ser **heterosexual** (siente inclinación o atracción por una persona de un sexo distinto al suyo), **homosexual** (cuando se trate de una persona de su mismo sexo), bisexual (la atracción se da respecto de ambos sexos) e incluso en formas distintas como ocurre en el caso de asexualidad y la pansexualidad. En el caso del género, en particular con las personas, más que la atracción sexual lo que define al concepto es la identificación con las características o patrones diferenciados que emplea una sociedad para identificar a hombres o mujeres.

26. No nos encontramos, de esta manera, ante una enfermedad o trastorno.

Erradicar este estigma es indispensable para combatir la discriminación en contra de este colectivo. En una línea similar la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que [...] tanto la orientación sexual como la identidad de género no pueden ser consideradas una enfermedad ni tampoco puede ser la base de un trato discriminatorio legítimo: [L]a preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual [...] hacen parte del núcleo del derecho fundamental



al libre desarrollo de la personalidad. [Corle Constitucional de Colombia Expediente T-009-15, párrafo 72].

29. Esta situación de negación de reconocimiento de derechos es aún más compleja en los supuestos de la denominada "**discriminación múltiple**", la cual se presenta cuando, en una sola persona, **confluyen distintos factores que promueven su vulnerabilidad**. Por ejemplo, se ha advertido la constante situación de **riesgo especial**, por estar expuestos a distintos actos de violencia, en la que se encuentran los niños transgénero o transexuales [cfr. Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación general número 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 72,g] y también las propias mujeres. De ahí que se haya sostenido que "[1]a discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género". Son, pues, distintas las circunstancias en las que la vulnerabilidad de estas personas se acrecienta, por lo que es indispensable que merezcan una adecuada y eficaz tutela en cuanto al reconocimiento de la misma protección que sus derechos merecen por parte del Estado peruano.

31. Esta ha sido, por lo demás, la posición que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asumido en relación con la **tutela que debe brindarse a las personas en razón de su orientación sexual** y su identidad de género. La referida corte, al interpretar las obligaciones especiales que emanan del artículo 1.1 de la **Convención Americana**, ha sostenido que la **orientación sexual** y la identidad de género de las personas son **categorías protegidas por la**



Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona, En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual" [Corte [DEI. **Caso Karen Atala Riffo y otros vs. Chile.** Sentencia de 24 de febrero de 2012, pág. 91].

35. Atendiendo a las consideraciones anteriores, es evidente que, en nuestro ordenamiento jurídico, tanto la **orientación sexual** como la identidad de género encuentran sustento directo, merced a una interpretación evolutiva, en la propia Constitución. Por ende, **debe desarraigarse cualquier visión patológica** con las que históricamente se las ha vinculado, y, por ende, deben ser **asumidas** como **reales condiciones humanas** que se desprenden de **nuestra diversidad**. Esto implica que, al igual que resto de personas, las personas transgénero **gozan de los mismos derechos que el resto de miembros de la sociedad**, con el énfasis de la protección reforzada que ameritan en virtud del artículo 2.2 de la Constitución (fundamentos 19, 26, 29, 31 y 35 del voto de Ledesma Narváez; fundamento 17 del voto de Espinoza-Saldaña Barreda).

El TC en el expediente 00926-2007-AA/TC conoció un caso donde se sanciona a un alumno de la Escuela Técnica de la Policía Nacional del Perú por mantener relaciones sexuales en las instalaciones de su centro de educación. En este caso el TC señala:

57. Lo anterior implica que, en el marco del Estado social y democrático de derecho, **ningún ser humano debe verse limitado** en el libre desenvolvimiento de su personalidad e **identidad sexual**.

60. Así, al defenderse la individualidad del demandante en el presente caso, o en



otros términos, su identidad, como un interés jurídico superior, es necesario afirmar que **cualquier limitación del reconocimiento de su identidad sexual**, y su voluntad de guardar reserva en tomo a ella, constituye una **vulneración de sus derechos fundamentales**.

61. Vuelvo a subrayar que la **opción sexual no puede ser objeto de una victimización o sanción**, sea esta administrativa o penal. La identidad sexual tiene como fundamento el libre desenvolvimiento de la personalidad sobre la base del **principio de libertad y dignidad de todas las personas** (fundamento 57, 60 y 61 del voto de Mesía Ramírez).

4.1.6. Desarrollo doctrinario del derecho a la identidad

La destacada importancia de la protección de la diversidad (no discriminación) se encuentra estrechamente vinculado al ámbito de protección que nuestro propio TC le ha dado al derecho a la identidad pues señala que implica una protección al individuo por lo que es y el modo como es (expedientes 2273-2005-PHC/TC y 00139-2013-PA/TC).

Para Fernández (2015) no existe contraposición entre las ideas de igual e identidad, ello porque si bien cada individuo cuenta con una existencia y forma de ser particular es igual al resto de individuos (p. 41).

Si la tutela de la identidad se encontraba clásicamente conformada por la edad, el sexo, el nombre, entre otras características no es menos cierto que también abarca aspectos más amplios como la sexualidad y por extensión la orientación sexual. Porque forma parte del patrimonio ideológico-cultural de cada persona.

Dentro del sistema jurídico y su relación con la identidad es importante destacar la existencia de sistemas binarios de géneros. Saldaña (2019) define este tipo de sistemas como uno en el que existen marcadas relaciones de poder sobre las características de las personas en función de las sexualidades, en donde la heterosexualidad cierra el sistema



entre hombres y mujeres con determinadas características, marginando a cualquier persona con una identidad no compatible con el estándar del sistema (p. 153).

Así, en palabras de Saldaña (2019), un sistema jurídico que se oriente por este sistema binario de género puede ser catalogado como un sistema jurídico heteronormativo (p. 153).

Wences-Acevedo (2016) señala que el concepto de heteronormatividad se puede atribuir a Michael Warner quien señalaba que es un medio para que se normalice, reglamente e institucionalice las relaciones heterosexuales (p. 196). Por lo que en la práctica este sistema, según Rich -citado por Saldaña (2019)-, impone una determinada orientación sexual según se esté en cada lado del sistema (hombres/mujeres) generando que la sociedad no pueda aceptar otras manifestaciones de la sexualidad u orientación sexual diferentes a la imperante (p. 154).

Por lo que un sistema jurídico que adopta una orientación hacia la heteronormatividad llega a afectar o, cuanto menos, negar a las personas con una orientación sexual no acorde con el régimen binario de hombres y mujeres a cuyos sexos se les asigna determinados roles.

Esta afectación es posible de manifestarse en diferencias de trato basadas en dicha orientación sexual.

De otro lado, la conjunción de todos esos rasgos, características o elementos de índole estática o variable, definen a la persona en un contexto específico, tal como la afirma Fernández (2015) la suma de elementos de la identidad constituyen la personalidad del ser humano (p. 42).

4.1.7. Desarrollo normativo del derecho a la libertad

Dentro del ordenamiento jurídico peruano el derecho a la identidad es regulado en el inciso 1 del artículo 2 de la CPP:



A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Y el inciso 24 del artículo 2 prescribe:

A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

- a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
- b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

La COIDH prescribe en el inciso 1 del artículo 7:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

Y si bien no forma parte del articulado de la COIDH en su preámbulo se señala: con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

La DUDH ha plasmado la idea de libertad en diversos artículos tales como el 1:

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.

El artículo 3 prescribe que:

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

4.1.8. Contenido jurisprudencial del derecho a la libertad

El TC en el expediente 007-2006-PI/TC analizó el caso *Calle de las Pizzas*, en



donde se cuestionó una ordenanza municipal que limitaba el horario de apertura de establecimientos comerciales, enseñando:

El derecho al **libre desenvolvimiento de la personalidad no se halla enunciado** literalmente en la **Constitución** de 1993, como sí lo estuvo por la Constitución de 1979. En efecto, el artículo 2, inciso 1, de ésta establecía que toda persona tiene derecho: “A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad.”

Aun cuando el artículo 2, inciso 1, de la Constitución vigente, cuando menciona el derecho de la persona al “libre desarrollo y bienestar” pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que desarrollo y bienestar, dotan de un contenido o, al menos, de una orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación. Por el contrario, el objeto de protección de la libertad de actuación es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido –desarrollo y bienestar-. Por ello, corresponde examinar si hay otra vía a efectos de considerarlo como un derecho conformante de nuestro ordenamiento constitucional.

El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se **deriva** o funda en el principio fundamental de **dignidad de la persona** (arts. 1 y 3, Constitución). En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad (fundamentos 45, 46 y 47).

El TC en el expediente 00032-2010-PI/TC en donde se examinó la



constitucionalidad de la Ley 28705 que prohíbe fumar en establecimientos dedicados a la salud, educación o dependencias públicas, precisando:

A juicio del Tribunal Constitucional, sin perder de vista ese principio rector reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, existe un derecho subjetivo fundamental que cobija en su contenido constitucionalmente protegido esta libertad general iusfundamental. Tal derecho, como bien lo han advertido las partes de este proceso, es el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aunque en anterior jurisprudencia este Tribunal ha sostenido que éste es un derecho innominado y que, consecuentemente, encontraría su fundamento en el artículo 3º de la Constitución (cfr. STC 0007-2006-PI, F. J. 47), analizadas con mayor detenimiento las cosas, la manifiesta indeterminación de esta cláusula, aconseja a la jurisdicción constitucional –en razón de su carencia de legitimidad democrática directa– a no acudir a ella, a menos que el derecho fundamental cuya esencialidad ética es indiscutida y que es necesario proteger, no derive razonablemente de la semántica de los derechos expresamente enumerados por la Norma Fundamental. Y es que si es posible establecer esta razonable relación, la interpretación constitucional que da cuenta de la existencia jurídica del respectivo derecho fundamental, gozará, además, de un mayor margen de legitimidad democrática al encontrar como **fuentes directas** la expresa mención de un derecho por parte del Poder Constituyente en la **Norma Fundamental** (fundamento 21 del voto en mayoría).

El TC en el expediente 00926-2007-AA/TC conoció un caso donde se sanciona a un alumno de la Escuela Técnica de la Policía Nacional del Perú por mantener relaciones sexuales en las instalaciones del centro de educación. En este caso el TC señala:

La **identidad sexual** tiene como fundamento **el libre desenvolvimiento de la**



personalidad sobre la base del principio de libertad y dignidad de todas las personas (fundamento 61 del voto de Mesía Ramírez).

El TC en el expediente 2868-2004-AA/TC conoció de un caso donde se cuestionaba una sanción administrativa porque un policía no curso una solicitud para que se le autorice a celebrar su matrimonio, en la sentencia el tribunal puntualizo:

El Tribunal considera que **el derecho de contraer libremente matrimonio**, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí **se encuentra** en el ámbito de protección del **derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución.**

El **derecho al libre desarrollo** garantiza una **libertad general de actuación** del ser humano en relación con cada esfera de **desarrollo de la personalidad**. Es decir, de **parcelas de libertad** natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...)

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen **ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales** para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el **ius connubii**. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución



constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, **toda persona**, en forma autónoma e independiente, **puede determinar** cuándo y **con quién contraer matrimonio**. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad -para autorizar o negar- de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración (fundamento 14).

El TC en el expediente 0008-2012-PI/TC en donde se demandó la inconstitucionalidad del artículo del Código Penal que sancionaba cualquier tipo de relación sexual con una menor de 18 años y mayor de 14, al respecto el TC ha señalado:

Evidentemente, uno de esos **ámbitos de libertad** en los que no cabe la injerencia estatal, cuentan con protección constitucional que les dispensa el formar parte del **contenido del libre desarrollo de la personalidad**, ciertamente es **la libertad sexual**. En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada (...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad [Exp. N.º 03901-2007-PA/TC, FJ 12 y Exp. 01575-2007-PHC/TC FJ 13],

En general, **la libertad sexual puede ser entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de la su sexualidad**. Tiene como contenido constitucional, una dimensión negativa vinculada con la exigencia dirigida hacia al Estado o cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual, de un ser humano, así como una dimensión positiva conformidad por la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir,



decidir con quién, cómo y en qué momento se puede realizar el acto sexual (fundamento 20 y 21).

4.1.9. Desarrollo doctrinario del derecho a la libertad

Para Rocha (2014) la personalidad es la suma de rasgos de orden biológico, sociológico y psicológico que definen a un individuo concreto, la misma que se modifica con las vivencias del propio individuo (p. 253). Claro está que estas vivencias pueden ser hechos ajenos a la voluntad de la persona como elecciones y decisiones propias del mismo.

Siendo que el concepto de persona o personalidad tienen semejanzas, la doctrina habla de los derechos inherentes a la persona como derechos de la persona o derechos de la personalidad.

Luego de sus investigaciones en el ámbito de la filosofía de la existencia Fernández (2017) concluye que la libertad no es un poder dado al ser humano es, en cambio, parte de su naturaleza ontológica pues afirma que el hombre es libertad (p. 117).

El referido autor también expresa que permite la constitución del ser, pero hacia el futuro, es decir, que su libertad siempre se proyecta hacia el futuro, sin embargo, los actos libres que ejecuta no siempre se alinean a su proyecto sea por la existencia de actos o hechos contrarios a su libertad (Fernández, 2017, pp. 117–118).

Espinoza (2016) refiere que si bien cada persona tiene la característica de ser libre, esta se encuentra limitada, en tanto debe ser ejercitada dentro de los límites que la ley prevé, sin afectar a terceros o atentar con intereses jurídicos colectivos (pp. 365–366).

Entonces resulta lógica la afirmación de López y Kala (2018) sobre que la orientación sexual constituye una forma de identidad personal que al exteriorizarse es una forma en la que se desenvuelve la personalidad de la persona, siendo que por mantenerse dentro de la esfera íntima de la persona se encuentra libre de cualquier intromisión estatal



(p. 73).

Esta última posición es compartida por Castillo (2019) para quien el ordenamiento jurídico solo puede y debe generar disposiciones normativas sobre situaciones de, eminentemente, carácter objetivo dejando de lado las situaciones subjetivas (p. 201). Ello implica pues los planos más personales e íntimos de la persona.

Castillo (2005) distingue entre derechos fundamentales y derechos humanos desde un plano general, primero, los términos derechos humanos o derechos fundamentales se emplean según se aluda a una norma internacional o norma interna, segundo, los derechos humanos se refieren a realidades pre jurídicas que al ser positivizadas por un Estado pasan a ser derechos fundamentales (pp. 62–66).

Y en el plano del sistema jurídico peruano el autor también manifiesta que los términos derechos constitucionales y fundamentales son intercambiables, mientras que respecto de los derechos humanos, por aplicación del artículo 55 y la cuarta disposición final de la CPP, termina confundiéndose también con los derechos fundamentales o constitucionales, por lo que el uso de estos tres términos resulta indistinto (Castillo, 2005, pp. 77–88).

Entendiendo que el derecho a la libertad como el resto de derechos fundamentales o de la persona no pueden ser de índole absoluta es que la doctrina sostiene que existen determinados recortes, limitaciones o restricciones a los mismos.

Sin olvidar que estas limitaciones a disposiciones normativas tienen determinadas finalidades. Así Castillo (2012) sostiene que se debe maximizar el desarrollo de las personas (pp. 813–814). Castillo (2019) explica esta afirmación en lo que se deriva del propio artículo 1 de la CPP que obliga al Estado y la sociedad a procurar en todo momento y circunstancia el pleno desarrollo de la persona (p. 34).

Y es que el Estado y todo su aparato de producción de derecho debe priorizar que



se creen condiciones que permitan que toda su población pueda alcanzar realización plena de sus derechos, como el derecho a la vida, la educación, la empresa y otros derechos.

4.1.10. Desarrollo normativo del matrimonio

El CC regula al matrimonio en su artículo 234 que prescribe:

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ellas y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común.

La COIDH señala en su artículo 17 incisos 2 y 3:

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

La DUDH ha consagrado en su artículo 16 que:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

4.1.11. Contenido jurisprudencial del matrimonio

La Corte Suprema de Justicia de la República (Sala Civil Permanente) en la



Casación 3109-98-Cusco y Madre de Dios ha señalado que:

Que, el **matrimonio es la forma legal de constituir una familia** y que tal como lo dispone el primer párrafo del artículo doscientos treinta y cuatro del Código Civil, consiste en la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ello y formalizada con sujeción a las disposiciones de dicho Código, con la finalidad de hacer vida en común (fundamento 1).

La Corte Suprema de Justicia de la República (Sala Civil Permanente) en la Casación 0015-2010-La Libertad ha precisado que:

El matrimonio es un acto jurídico, pero de naturaleza tan trascendental para el orden social (fundamento 6).

El TC en el expediente 2868-2004-AA/TC conoció de un caso donde se cuestionaba una sanción administrativa porque un policía no curso una solicitud para que se le autorice a celebrar su matrimonio, en la sentencia el tribunal puntualizo:

El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del **derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución.**

4.1.12. Desarrollo doctrinario del matrimonio

Si bien se puede estudiar al matrimonio como una institución y como un acto, lo verdaderamente relevante es como el matrimonio permite el desarrollo y realización de las personas en armonía con una sociedad y sus reglas.

Condori (2017) sostiene que aun si se estudia cualquiera de las primeras manifestaciones del matrimonio (matrimonio por rapto, matrimonio por compra,



matrimonio consentido) el común denominador siempre fue el elemento de la heterosexualidad (p. 88).

Y es que cuando Condori (2017) analiza al matrimonio desde su aspecto natural (antropología jurídica) señala que un elemento relevante de las uniones eran los impulsos sexuales, la reproducción y la necesidad de un profundo afecto (p. 70).

Cornejo (2014) también apoya esta visión cuando sostiene que el Derecho puede, y de hecho debe, regular el matrimonio pues es un fenómeno natural con trascendencia social, pero no puede alterar su esencia, ello implica que no puede incluir a los homosexuales (p. 143).

Si bien el elemento en común de aquellas primeras manifestaciones del matrimonio estudiadas por Condori revelaría como elemento consustancial al matrimonio la diversidad sexual ello no parecer del todo acertado.

Mizhari (2016) ha señalado que la practica homosexual cuenta también con antecedentes históricos, refiere que en Grecia era una práctica usual (p. 1). Mientras que en Medina (2001), citando a Werner Jaeger, señala que esta clase de relaciones se producían también en Esparta y Atenas configurado por un erastés (amado) y un erómeo (amante) (pp. 22–23).

El citado autor precisa que aun cuando esta práctica era usual tuvo una visión negativa, así el antiguo testamento la consideraba un pecado, siendo esta práctica prohibida y perseguida (Mizhari , 2016, p. 1).

Por lo que ambas formas de unión cuentan con cierta base histórica. Tanto es así que Placido (2014) quien desarrolla el concepto constitucional del matrimonio constituida por una convivencia formalmente establecida entre dos personas, en la que no se pone atención en el sexo de los contrayentes que forman una comunidad de vida (p. 132).

Ahora bien desde el plano de la utilidad del matrimonio como institución



Rodríguez (2017) señala que esta institución cuenta con los siguientes caracteres institucionales como la perpetuación de esta unión en los hijos o el patrimonio, la constitución de una familia, la satisfacción de deseos afectivos, sexuales y espirituales (pp. 128–129).

La finalidad de procreación es siempre invocadas a la hora de hablar de matrimonio, sin embargo, Varsi (2011b) señala que el matrimonio no se limita a la unión sexual pues ello excluye a los matrimonios conformados por personas de avanzada edad, o a la perpetuación de la especie, en tanto, las parejas infértiles también se verían excluidas (p. 54).

El citado autor además explica que la finalidad, al menos siempre necesaria, consiste en la prestación de ayuda entre sus miembros dentro de una comunidad de vida, esta conclusión incluso se encuentra apoyada en lo prescrito por el artículo 234 del CC que señala que la unión matrimonio se realiza para hacer vida en común (Varsi, 2011b, p. 54).

Descrito los fines o caracteres del matrimonio Rodríguez (2017) afirma que la pareja heterosexual es la única que puede cumplir con todos los caracteres del matrimonio, por lo que una unión homosexual no encaja en dicha institución (pp. 132–133).

Sin embargo, dicha afirmación olvida que el matrimonio no es exclusivo de personas heterosexuales, mucho menos de parejas homosexuales. Estas parejas también satisfacen sus aspiraciones o deseos sexuales, afectivos o espirituales.

Con relación a la formación de la familia ya el TC en el caso Shols Pérez (exp. 09332-2006-PA/TC) que al ser un instituto natural sus diversas manifestaciones se encuentran sometidas a los diferentes contextos sociales (fundamento 7), por lo que una pareja de homosexuales que reúnan determinadas características puede ser considerados



como una familia.

Con relación a la ausencia de la capacidad de procrear de las parejas homosexuales, considerando lo antes mencionado, implicaría la imposibilidad de casarse de personas infértiles lo cual resulta irrazonable en un caso o el otro en atención al fin primordial del matrimonio, esto es, hacer vida en común.

Tal es el impacto de esta finalidad que en legislaciones como la española se ha suprimido incluso el impedimento por razón de impotencia.

Entonces el matrimonio homosexual como el heterosexual comparten similitudes en cuanto al cumplimiento de sus fines esenciales, si bien no existe modo alguno de verificar la naturaleza exacta del matrimonio, es decir, en sus orígenes lo cierto es que esta institución debe responder también a los contextos actuales a fin de garantizar el desarrollo de las personas que aspiran a conformarla.

Si bien la CPP no señala nada en relación a la conformación del matrimonio lo cierto es que el artículo 234 del CC restringe su acceso solo a personas heterosexuales, al respecto Alexy (2007) señala que las normas que restringen derechos fundamentales solo pueden imponer restricciones válidas si son normas constitucionales (p. 244). Ello implica que el artículo 234 del CC no entre en conflicto con las disposiciones constitucionales, por lo que el artículo 234 del CC necesita ser evaluado para determinar su compatibilidad o incompatibilidad con la CPP.

4.2. SEGUNDO EJE TEMÁTICO: DETERMINAR LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE UNA DIFERENCIA JURÍDICAMENTE RELEVANTE ENTRE HOMOSEXUALES Y HETEROSEXUALES EN EL CONTEXTO DE ACCESO AL MATRIMONIO.

4.2.1. Concepto de persona humana

Esquivel et al (2013) enseña que el concepto de persona humana o persona natural se



refiere a una categoría del derecho reservada para el ser humano, como elemento material o factico, sobre el cual giran derechos y obligaciones (p. 360).

En opinión de Varsi (2014) todo aquello que goce de la característica de ser humano se le atribuye la personalidad, derivado de la categoría jurídica de persona, para intervenir en el ámbito jurídico (p. 224).

Si bien el empleo de persona o ser humano puede resultar indistinto, lo cierto es que a nivel jurídico se tiene claro que al elemento de la realidad constituido por seres humanos se les otorga una categoría para regular la forma en la que se desenvuelven dentro de una sociedad y el Derecho.

Tanto Espinoza como Fernández (2016; 2016) destacan que la categoría de persona en relación al Derecho se justifica en el favorecimiento del pleno desarrollo de sus proyecto de vida (2016, p. 170; 2016, p. 116).

Entonces la utilidad de la categoría de persona encuentra en que habilita a todo ser humano a participar de la vida de una sociedad organizada por el Derecho, ello se enmarca en que dicha participación permita que cada individuo pueda alcanzar el máximo grado de desarrollo que le permita dicha intervención.

4.2.2. Comparativa entre homosexuales y heterosexuales

Para realizar la comparación entre dos entidades con respecto a la verificación de alguna situación de discriminación en la Ley Nogueira (1997) plantea la absolución de dos preguntas fundamentales la primera es ¿en qué criterios se ampara el legislador para establecer características relevantes? La segunda consiste en preguntarse ¿Cuál es el fundamento que justifica que estas características relevantes determinen un trato diferente? (1997, p. 173).

Primero empezaremos con los criterios existentes para realizar la comparativa entre homosexuales y heterosexuales



Como conceptos que ayudan a establecer las diferencias entre personas homosexuales y heterosexuales se ha tomado lo delineado por la Opinión Consultiva 24/17 emitida por la COIDH, primero definiendo que se entiende por orientación sexual:

Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona (fundamento 32).

Luego indica también que se entiende por homosexualidad: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género, así como a las relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Los términos gay y lesbiana se encuentran relacionados con esta acepción (fundamento 32).

Finalmente, se precisa el contenido de la heterosexualidad: Mujeres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídas por hombres; u hombres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídos por mujeres (fundamento 32).

En atención a la definición de orientación sexual parecería que la única diferencia entre una persona, ser humano o individuo homosexual o heterosexual radica en esa atracción emocional, afectiva y sexual en el marco de esas relaciones íntimas sea con personas de un mismo sexo o uno diferente, pues recalca la Corte IDH que todas las personas tienen una orientación sexual.

A fin de verificar esta afirmación es que se debe recurrir a otros estudios complementarios. Granero (1984b) ya en el año 1984 trato de responder a la interrogante



¿son diferentes las personas homosexuales de las heterosexuales en aspectos de su personalidad, a parte de su orientación sexual? (p. 402).

En el desarrollo de su investigación ha establecido que en relación a la autosuficiencia no existen diferencias relevantes o importantes entre varones y mujeres sean homosexuales o heterosexuales, también estableció que respecto a la asertividad de la misma manera no existen diferencias importantes, sin embargo, en relación a los temores si destacó que los homosexuales padecen de más temores e incluso exclusivos respecto a los heterosexuales (Granero, 1984a, p. 50).

La referida autora añade que en relación a la ansiedad, psicoticismo y temores pueden encontrarse exagerados o incrementados en las personas homosexuales producto de opresión que padece este grupo social (Granero, 1984b, p. 419).

Estos estudios psicológicos muestran que independientemente de la orientación sexual existen diferencias poco significativas para el derecho respecto a las identidades homosexuales o heterosexuales, destacándose que son más las similitudes de personas heterosexuales con personas homosexuales.

4.2.3. Relevancia jurídica de las diferencias entre homosexuales y heterosexuales en el contexto de acceso al matrimonio

El contexto de acceso al matrimonio implica necesariamente la existencia, previa, de una pareja conformada o estable. Bajo esa premisa es importante valorar si las diferencias entre personas homosexuales y heterosexuales, así como de sus uniones estables cuentan con diferencias con relevancia jurídica respecto del acceso al matrimonio.

Los estudios referidos en el anterior rubro destacan la inexistencia-desde la psicológica- de diferencias relevantes entre personas homosexuales y heterosexuales. Ahora corresponde establecer si dicha conclusión se puede importar al ámbito jurídico.

Para ello daremos una revisión a ciertos motivos que desde la CPP son prohibidos de



discriminar, pues a nuestro criterio ello implica a la inexistencia de relevancia jurídica si se presentan estas diferencias entre personas en un determinado contexto.

El artículo 2 inciso de CPP habla de los siguientes motivos prohibidos de discriminar:

- a) Origen: Respecto a este término de referencia teniendo en cuenta que el resto de categorías protegidas, puede aludir a la nacionalidad.
- b) Raza: Para el Tribunal Constitucional de España en su sentencia 1/2021 el termino raza no abarca solo los rasgos morfológicos o color de piel de las personas, sino que abarca también a la pertenencia grupos con tales características. De otro lado destaca que desde el ámbito científico se rechaza la existencia de razas humanas.
- c) Sexo: Teniendo en cuenta la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH el sexo se entiende por la existencia de:

Diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer.
- d) Idioma: Se entiende como el conjunto de expresiones o signos mediante el cual se comunican determinadas sociedades.
- e) Religión: Son las creencias o dogmas y estilos de vida de una persona respecto a determinado culto.
- f) Opinión: Son los juicios que las personas van formulando respecto a temas de su interés en base al conocimiento que ostentan.
- g) Condición económica: Se entiende que hace referencia al nivel y cantidad de elementos que constituyen el patrimonio de una persona y/o su familia.

Consideramos que el origen, raza, sexo, idiomas y religión pueden identificarse como



elementos de la identidad personal. Una regulación similar se observa en la redacción del artículo 37 del Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPC), creado con la Ley 31307, que incluye las categorías como orientación sexual y condición social.

La condición social es el lugar que ocupa una persona dentro de la organización de una sociedad frente al resto de los demás individuos.

El mandato implica que no existen diferencias jurídicamente relevantes entre personas con un origen u otro, con una raza u otra, con un idioma u otro. Precisamente porque se tratan de categorías prohibidas de discriminar expresamente previstas en la NCPC.

Como se ha señalado en la Opinión Consultiva 24/17 la orientación sexual hace referencia a la atracción emocional, afectiva y sexual que experimentan las personas homosexuales como heterosexuales, es decir, un elemento de su identidad personal.

Si bien el NCPC establece que también está prohibida la discriminación por razón de orientación sexual, esta disposición debe entenderse como el resto de categorías prohibidas, es decir, que existen determinados aspectos de la personalidad sobre los cuales no puede realizarse discriminación como regla general.

Esa visión del artículo 37 del NCPC se ve reforzada con la idea expresada en los estudios de psicología empleados que sostienen la falta de diferencias relevantes entre heterosexuales y homosexuales.

De otro lado, ya en el marco del acceso al matrimonio es importante que se analice si lo mismo puede predicarse de las parejas homosexuales y heterosexuales.

En un estudio del 2014 García et al. (2017) dan cuenta de un estudio de psicología realizado en Chile sobre 157 personas, en el que se aplicaron diversos métodos de psicología para comparar a las relaciones homosexuales y heterosexuales (p. 35).

De forma general se ha concluido que las parejas homosexuales reportan niveles de bienestar de sus miembros similar a las parejas heterosexuales, aun en parejas



(homosexuales y heterosexuales) con convivencia, sin embargo, las lesbianas si reportan mayores aspectos positivos cuando su relación es de convivencia (García et al., 2017, p. 40).

En el año 2007 Araguez (2012) realizó otro estudio de psicología en Argentina con una población de 931 participantes a fin de recabar información sobre el bienestar psicológico en personas homosexuales y heterosexuales en situación de concubinato (2012, p. 12).

Se llegó a la conclusión de que no existen diferencias relevantes entre personas homosexuales y heterosexuales en situación de concubinato, respecto de los niveles de bienestar psicológico y orientación de rol sexual (Araguez, 2012, p. 59).

De esta manera a nivel de parejas homosexuales se aprecia que no existen diferencias significativas con las parejas heterosexuales, sin embargo, el artículo 234 del CC impide que los primeros puedan acceder a ello. Siendo así es necesario estudiar el artículo para ver si impone alguna característica que no pueda ser cumplida por las parejas homosexuales.

Ello con la finalidad de establecer si existe una característica o diferencia jurídicamente relevante que determine el trato diferente.

Para acceder al matrimonio según el artículo 234 se requiere:

- Que esta unión sea voluntaria.
- Que los contrayentes se encuentren legalmente aptos para tal unión. Esto referido a los impedimentos y prohibiciones descritos en el artículo 241, 242 y 243 del CC (ser menor de 16 años, contar con capacidad de ejercicio restringida, ser parientes consanguíneos o por afinidad, el que cometió conyugicidio, el raptor, el tutor, el curador, del viudo o viuda).

Adicionalmente que se cumplan con los requisitos del artículo 248 del CC



sobre las formalidades como concurrir ante el alcalde provincial o distrital y presentar sus partidas de nacimiento, prueba del domicilio, certificados médicos y dos testigos.

- Con la finalidad de hacer vida en común.

Todos estos requisitos pueden ser satisfechos por las parejas homosexuales, por lo que no existiría una diferencia jurídicamente relevante que impide a los homosexuales contraer matrimonio.

4.3. TERCER EJE TEMÁTICO: EVALUAR SI EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO ES COMPATIBLE CON LOS DERECHOS A LA IDENTIDAD Y LIBERTAD DE LAS PAREJAS HOMOAFECTIVAS AL PROHIBIR QUE ACCEDAN AL MATRIMONIO.

4.3.1. Test de igualdad en la jurisprudencia del TC y el análisis de Correa y Bernal

4.3.1.1. Test de igualdad según el TC

En la sentencia del TC expedida en el expediente 00045-2004-AI/TC ha analizado el caso del análisis de la constitucionalidad de la bonificación a las personas que cuenten con una capacitación en el Programa de Formación Académica (PROFA).

En dicha sentencia se ha desarrollado el test de igualdad (el que se puede denominar también como test de proporcionalidad), el mismo que permite la exteriorización una motivación sobre la constitucionalidad de las intervenciones en derechos fundamentales y una evaluación objetiva sobre dicha constitucionalidad.

Este sistema consiste en:

- i. Determinación del tratamiento legislativo diferente, la intervención en la prohibición de discriminación, al respecto señalan:

La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos



orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, prima facie , aparece como contraria a la prohibición de discriminación (fundamento 34).

ii. Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad, sobre este ítem sostienen:

La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles: intensidad grave, intensidad media e intensidad leve.

a) Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.

b) Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

c) Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como



consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional (fundamentos 35 y 36).

- iii.** Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin), sobre el particular se ha sostenido que:

El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado (fundamento 37).

- iv.** Examen de idoneidad, para el análisis de esta etapa se debe tener en cuenta que:

La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio



adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.

En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad - medio- y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención (fundamento 38).

v. Examen de necesidad, este examen implica el siguiente análisis:

Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que, si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios idóneos. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.

El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la



determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- no intervienen en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al objetivo del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado. En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional (fundamento 39).

- vi.** Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, para terminar con el sistema se procede con el siguiente razonamiento:

La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta:

"Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".

Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación -o no realización- de un principio y la satisfacción -o realización- del otro. En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado -la "afectación de la igualdad" - es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una colisión entre el principio-derecho igualdad y el



fin constitucional del tratamiento diferenciado.

Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la ley de ponderación sería enunciada en los siguientes términos:

"Cuanto mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional".

Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional (fundamento 40).

4.3.1.2. Test de igualdad y las apreciaciones de Rubio Correa

Marcial Antonio Rubio Correa en su libro *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano* realiza un riguroso análisis de 63 sentencias del TC en los que se hizo aplicación del referido test. Teniendo como principales apreciaciones de dicho test las siguientes, según las etapas del test.

- i. Determinación del tratamiento legislativo diferente, la intervención en la prohibición de discriminación.

Rubio (2011) señala que un trato diferente se produce cuando coexisten dos normas con efectos jurídicos diversos para un mismo supuesto de hecho (pp. 32).

Para Rubio (2011) si bien la jurisprudencia del TC destaca la necesidad de analizar las dos situaciones a partir de un término de comparación, lo realmente importante es



partir del género para establecer si una de sus especies tiene un trato diferente al trato general del resto de especies (p. 33).

Finalmente, debe considerarse según Rubio (2011) que la única justificación para que una especie reciba un trato diferente al de su género, es por la existencia de una diferencia en razón de la naturaleza de las cosas y no por las diferencias con el género (p. 37).

ii. Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad.

Para Rubio (2011) respecto a la determinación del nivel de intervención explica que conforme a la actual disposición constitucional artículo 2 inciso 2, nuestra constitución prohíbe toda forma de discriminación (p. 42):

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Como consecuencia de ello afirma, Rubio (2011), que solo existen dos niveles de intensidad. Verifica esta afirmación en el hecho de que las sentencias analizadas no han otorgado en ningún caso un nivel medio de intensidad, solamente leve o grave (p. 44).

Este nivel de intensidad será ponderado con el grado de del fin constitucional (Rubio, 2011, p. 45).

iii. Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).

Rubio (2011) ha señalado que la finalidad debe ser determinada en base a procesos de razonamiento, y que se puede hacer uso de diversos documentos tales como la exposición de motivos (2011, p. 52).

Para Rubio (2011) el fin constitucional no suele presentarse de forma literal o expresa en las disposiciones constitucionales, sino cuando el mismo no sea evaluado como contrario a estas disposiciones (p. 53).

iv. Examen de idoneidad.



Según Rubio (2011) no es suficiente con el empleo de argumentos retóricos para establecer la relación entre la intervención en el derecho a la igualdad y el fin buscado, sino que se deben fundamentarse en las condiciones de la realidad (p. 66).

Rubio (2011) explica que en caso de dudas acerca de la constitucionalidad de la finalidad del tratamiento diferente, se debe considerar la presunción de constitucionalidad de la norma que establece el tratamiento diferente (p. 67), compartiendo el criterio desarrollado en la sentencia del TC recaída en el expediente 0004-2006-PI/TC.

Como observación final, Rubio apunta a que nuestro TC nunca ha aplicado el test de proporcionalidad en términos idénticos a los planteados por Alexy, es decir, mediante la aplicación de escalas numéricas (p. 41).

4.3.1.3. Test de igualdad y las apreciaciones Bernal Pulido

De otro lado Carlos Bernal Pulido en su libro *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* realiza, también, aportes de cómo es que se debe ser realizado el test de proporcionalidad.

i. Examen de idoneidad.

Bernal (2014) sostiene que para iniciar con el examen de idoneidad es imprescindible que el fin que justifica la intervención en el derecho fundamental es uno constitucional (2014, p. 877).

También explica que el fin solo puede ser rechazado cuanto está prohibido por la Constitución y que en caso de dudas su constitucionalidad debe ser analizada en el criterio de proporcionalidad en sentido estricto (Bernal, 2014, p. 889).

Sobre el examen de causalidad entre la medida legislativa (medio) y el fin - finalidad concreta- que se busca (fin inmediato), siempre derivado de un principio constitucional (fin mediato), se asume una tesis débil. Esto implica que solo se debe acreditar que la medida facilite la realización del fin inmediato, independientemente de



la forma en la que lo haga (Bernal, 2014, p. 916).

ii. Examen de necesidad.

Bernal (2014) sostiene que el examen de necesidad implica una comparación entre la medida legislativa y medios alternativos, mediante un análisis en dos etapas. En la primera etapa se analiza la idoneidad de los medios alternativos, dentro de la segunda etapa se evalúa la afectación del derecho fundamental (pp. 934–935).

La determinación de la afectación de la medida legislativa se realiza con un evaluación analítica o normativa. Es analítica cuando la comparación se asienta en función de la dogmática jurídica, mientras que es normativa en función a la valoración de los bienes relevantes en el caso concreto (Bernal, 2014, pp. 948–950).

iii. Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Bernal (2014) explica que la ponderación se realiza en tres pasos. se debe determinar los valores a ponderar, luego de ello comparar estos valores para finalmente establecer cual reviste de mayor trascendencia (2014, p. 964).

Lerche, Clérico, Peces-Barba y el mismo Bernal, citado en Bernal (2014), asumen la tesis de que mientras mayor cercanía o conexión existan entre el derecho fundamental con la dignidad humana mayor es el peso que obtiene en la ponderación (2014, p. 980)

Son relevantes para realizar la comparación de los valores de la medida legislativa y la afectación al derecho fundamental criterios como la rapidez, duración, alcance, probabilidad entre otros (Bernal, 2014, pp. 981–982).

4.3.2. Esquema de análisis a emplear

Luego de estudiar lo que sostiene el TC, Rubio Correa y Bernal Pulido sobre el test de proporcionalidad, se ha procedido a unificar los principales criterios en la siguiente tabla:

Tabla 2.

Test de igualdad empleado en la investigación

Criterio	Contenido
1 Determinación del tratamiento legislativo diferente.	<ul style="list-style-type: none">• Es la restricción o limitación de un derecho fundamental, mediante un trato diferenciado, para la obtención de un fin constitucional (que se determina en la determinación de la finalidad del tratamiento diferente).• Se debe partir de una norma que abarque a un género y verificar la existencia de otra norma que genere un trato diferente sobre una especie del género.
2 Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad.	<ul style="list-style-type: none">• Existen dos grados o intensidades:<ul style="list-style-type: none">§ Grave: Cuando el motivo del trato diferente es por alguno de los proscritos en la Constitución o un derecho fundamental; y además como consecuencia se impide el ejercicio o goce de un derecho constitucional.§ Leve: Cuando el motivo del trato diferente es distinto a los proscritos en la Constitución; e impide el ejercicio o goce de un derecho legal.• Estos niveles deben ser analizados en los criterios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.
3 Determinación de la finalidad del tratamiento diferente.	<ul style="list-style-type: none">• La finalidad se disgrega en:<ul style="list-style-type: none">§ Objetivo: El estado de cosas que se pretende lograr.§ Fin: Es el derecho, principio, bien o valor jurídico que justifica el objetivo.• La finalidad no debe ser contraria o prohibida por la constitución.• Puede encontrarse esa finalidad en la exposición de motivos.

- 4** Examen de idoneidad.
- Está compuesto por dos etapas:
 - § Relación la intervención legislativa (medio) y el objetivo (fin inmediato); y
 - § Relación entre el objetivo (fin inmediato) y la finalidad de la intervención (fin mediato).
 - La fundamentación de estas relaciones se realiza, tanto, en argumentaciones jurídicas como en elementos de la realidad.
 - Sobre las dudas de la constitucionalidad de la finalidad se asume su constitucionalidad.
 - Es suficiente que la intervención permita la realización del objetivo.
-
- 5** Examen de necesidad.
- Está compuesto por dos etapas:
 - § Determinación de la idoneidad de los medios alternativos.
 - § Determinación de si tales medios afectan a la igualdad o la afectan con menor intensidad.
 - Comprende la evaluación analítica y normativa.
-
- 6** Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.
- Es la comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención.
 - Es la ponderación entre el derecho o principio a la igualdad y el fin constitución que justifica la intervención (trato diferente).
 - Son relevantes para realizar la comparación de los valores de la medida legislativa y la afectación al derecho fundamental criterios como la rapidez, duración, alcance, probabilidad entre otros
-

4.3.3. Evaluación del artículo 234 y su compatibilidad con los derechos a la identidad y libertad de las parejas homoafectivas en el acceso al matrimonio

Con el esquema antes desarrollado se evaluará si el artículo 234 es una norma que genera un trato diferenciado o un trato discriminatorio.

4.3.3.1. Determinación del tratamiento legislativo diferente.

i. Determinación del derecho fundamental

La DUDH prescribe en su artículo 16 numeral 1 que:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

La COIDH en similar sentido consagra en su artículo 17 numeral 2:

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Estas dos normas internacionales establecen claramente la existencia de un derecho a contraer matrimonio, casarse o, sencillamente, acceder al matrimonio.

La vigencia de estas normas dentro de nuestro sistema jurídico se puede apreciar en nuestra CPP que señala en su artículo 55 que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, mientras que en la cuarta disposición final y transitoria “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos



internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Tal es así que el TC ya ha emitido un pronunciamiento al respecto, señalando:

25. Los **tratados internacionales** sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte **integran el ordenamiento jurídico**. En efecto, conforme al artículo 550 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador.

26. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las "normas con rango constitucional" se encuentran los Tratados de derechos humanos.

Por lo que existe un derecho humano a casarse o acceder al matrimonio otorgado tanto a hombres como a mujeres.

ii. Determinación de una restricción o limitación sobre el derecho fundamental

Dentro de las disposiciones normativas que regulan tanto el matrimonio como la unión de hecho tenemos:

Tabla 3.

Normas acerca del matrimonio y unión de hecho

Institución	Código Civil	Constitución Política del Perú
Matrimonio	324.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.	
Unión de hecho	326.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.	5. - La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

De ello se desprende que en estricto nuestra CPP no asume ninguna postura sobre los elementos o requisitos para acceder al matrimonio, siendo una norma que debe completarse por el Código Civil, mediante la emisión de una disposición compatible con la propia CPP.

Al respecto se ha emitido el artículo 234 del CC que permite la celebración del matrimonio por personas de un diferente sexo.

Teniendo en cuenta que si se aplican los mismos supuestos de hecho (personas legalmente aptas, unión formalizada con observancia del CC, con el propósito de hacer vida común) a personas heterosexuales deviene en la celebración de un matrimonio.



Sin embargo, si se aplica a personas homosexuales no deviene en un matrimonio porque la diversidad sexual es un requisito para la conformación del matrimonio.

Entonces existe diversidad de consecuencias jurídicas para una situación similar. Siendo que una de esas consecuencias restringe o limita el derecho a casarse o acceder al matrimonio.

La norma general acerca del ejercicio de este derecho (acceso al matrimonio) está constituido por las disposiciones prevista en la DUDH y la COIDH que otorga este derecho a hombres y mujeres sin distinción. Mientras que el artículo 234 del CC es una norma que establece una regulación diferente a la prevista en la norma general.

iii. Acerca del fin constitucional

A efectos de determinar cuál es el fin constitucional se realizó una revisión de la exposición de motivos del CC sin encontrar tal finalidad.

Por lo que corresponde elaborar un fin constitucional. Que para el desarrollo de la presente investigación estará constituido por la protección o defensa de la familia.

4.3.3.2. Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad.

i. Determinación de la causa o motivo del trato diferente.

Establecido que el matrimonio según el artículo 234 del CC parte de la diferencia de sexos entre los que conforman el matrimonio, quienes buscan hacer vida en común, se debe entender que las personas que lo conforman cuentan con una orientación sexual heterosexual, brindando un trato diferenciado a los homosexuales.

Este trato diferenciado se encuentra proscrito por la Constitución, que como regla general prohíbe toda forma de discriminación, pues se señala entra algunas de las causas a cualquier otra índole.

Entre las disposiciones normativas existentes en nuestro ordenamiento jurídico se



encontraba el CPC (Código Procesal Constitucional) que en su artículo 37 cuando enumera los derechos protegidos por la acción de amparo señala:

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, **orientación sexual**, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

Norma que ha sido derogada por el NCPC que en su artículo 44 enumera los supuestos prohibidos para discriminar:

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, características genéticas, **orientación sexual**, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

Como una constatación más de que es un motivo prohibido de discriminar es que el artículo 323 del Código Penal peruano ha previsto el **delito de discriminación** e incitación a la discriminación que se encuentra regulado de la siguiente manera:

El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, **orientación sexual**, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.



Presentaremos a continuación una tabla con las normas del sistema jurídico peruano que versan sobre la orientación sexual:

Tabla 4.

Normas relativas a la orientación sexual

Dispositivo legal	Artículo pertinente	Comentario del testista
1 Código de Niños y Adolescentes- Ley 27337	15.- El Estado garantiza que la educación básica comprenda: g) La orientación sexual y la planificación familiar;	Una norma tan general como es el Código de Niños y adolescente establece la pauta acerca de la formación básica de los niños y adolescentes, esta pauta se traduce en una política de educación acerca de la orientación sexual.
2 Política Sectorial de Salud Intercultural- Decreto Supremo 016-2016-SA (Principios de la política)	g) Enfoque de interseccionalidad: La aplicación de una Política Sectorial de Salud Intercultural permitirá relacionar varias condiciones sociales que generan desigualdades como la raza, sexo, origen nacional, étnico, edad, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, status migratorio, idioma, religión, condición socioeconómica y otras categorías y determinar cómo se interrelacionan y retroalimentan generando una sistemática situación de desigualdad social. Desde el enfoque de interseccionalidad se reconoce la existencia de una “ciudadanía diferenciada” que necesita políticas diferenciadas para atender sus necesidades particulares.	Las propias políticas del sector salud reconocen a la orientación sexual como una condición que genera desigualdad social; asimismo reconoce que el Perú tiene a una ciudadanía heterogénea y que requiere de políticas heterogéneas.

3 Reglamento de la Ley N° 27942 de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual-Decreto Supremo N° 014-2019-MIM

Artículo 3.- c) Hostigado/a: Toda persona, independientemente de su sexo, identidad de género u orientación sexual, que es víctima de hostigamiento sexual.

d) Hostigador/a: Toda persona, independientemente de su sexo, identidad de género u orientación sexual, que realiza uno o más actos de hostigamiento sexual.

Esta ley que protege los derechos laborales y específicamente los derechos laborales vinculados a los derechos sexuales y reproductivos, reconoce que tanto la víctima como el agresor sexual pueden ser personas con una orientación sexual variada. Se reconoce que no existe diferencia entre el hostigamiento sexual para personas con una orientación sexual diferente al de la mayoría, en suma, es una causa prohibida de discriminación.

Artículo 4. – Principios:

c) Principio de igualdad y no discriminación por razones de género: Las instituciones, autoridades y toda persona involucrada en la prevención y sanción del hostigamiento sexual deben garantizar la igualdad entre las personas, independiente de su sexo, género, identidad de género u orientación sexual. Cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en tales motivos, identidad de género u orientación sexual que tenga por finalidad o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas es discriminación y se encuentra prohibida.



Entonces destaca la orientación sexual como condición, cualidad o circunstancia respecto de la cual está prohibida realizar actos de discriminación.

La Corte IDH (2017) mediante la emisión del Informe sobre Sistemas Nacionales de Protección reconocen en su párrafo 299:

La falta de vigencia efectiva de los principios de igualdad y no discriminación impacta una amplia variedad de otros derechos. La Corte IDH, por ejemplo, ha destacado las condiciones generalizadas de discriminación y exclusión social que enfrentan los NNA **gais, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI)**, exacerbadas por prejuicios, estereotipos y patrones cisnormativos arraigados en las sociedades de la región, lo cual tiende a conducir a situaciones generalizadas de discriminación, estigmatización, intimidación, acoso, abuso, maltrato y violencia física, psicológica, sexual, y en casos extremos incluso la muerte (p. 121).

De esta manera la Corte IDH reconoce que el problema de la falta eficacia del derecho a la igualdad y no discriminación se deriva de, entre otras causas, la existencia de patrones cisnormativos.

Ahora bien, la heteronormatividad es para Guerra (2009) un sistema que impone, esencialmente, dos condiciones: i) la diferencia entre mujeres y varones (sistema binario); y ii) el acogimiento de la orientación sexual heterosexual, siendo ambas condiciones obligatorias, significando que lo que se aleja de este sistema es extraño, segregado y marginado (p. 2).

Habiendo quedado en claro que la CPP prohíbe la discriminación por razón de orientación sexual, apreciando que un sistema jurídico que asume que las personas solo pueden ser de una orientación sexual heterosexual, queda en evidencia que nuestro sistema es uno heteronormativo.



ii. Determinación el objeto afectado (derecho o interés).

Se afecta el derecho a la igualdad, previsto en la CPP artículo 2 inciso 2, pero se debe considerar que este derecho tiene como parte de su naturaleza ser *relacional*, es decir, cuando se le afecta o vulnera también se afecta a otros derechos en una situación concreta.

Los derechos vinculados o relacionados, pero afectados de modo directo, son los siguientes:

- Derecho a casarse o acceder al matrimonio, previsto en la COIDH en su artículo 17 incisos 2 y 3; y en la DUDH en su artículo 16.

El derecho para contraer matrimonio tiene un reconocimiento internacional y requiere de una voluntad por parte de los intervinientes en la celebración acto.

- Derecho a la identidad, previsto en la CPP en su artículo 2 inciso 1.

Como ya se ha visto, la identidad comprende una serie de características o atributos, entre las que se destaca la identidad sexual, que tiene como componente a la orientación sexual.

- Derecho a la libertad, previsto en la CPP en su artículo 2 inciso 1, 24 literal a) y b); la COIDH artículo 7 inciso 1; DUDH artículos 3 y 11.

La libertad comprende la capacidad de decidir y actuar conforme a la voluntad del individuo, especialmente vinculada con actos que importen el desarrollo de un plan de vida, mediante la configuración de una identidad propia.

iii. Nivel o grado de intensidad de la intervención legislativa.

Habiendo establecido que la vulneración del derecho a la igualdad se alcanza con



cualquier manifestación de discriminación se ha satisfecho el criterio de “Cuando el motivo del trato diferente es por alguno de los proscritos en la Constitución (...)”.

De otro lado el derecho que se limita o restringe es el derecho a la igualdad y, a su vez, la identidad, libertad y el acceso al matrimonio. Por lo que corresponde otorgar un nivel de intensidad grave.

4.3.3.3. Determinación de la finalidad del tratamiento diferente.

i. Determinación del fin.

El fin constitucional que ampara al artículo 234 del CC vendría configurado por la protección de la familia, en tanto instituto fundamental sobre la que cimienta la sociedad y el Estado peruano.

El artículo 4 de la CPP ha consagrado esta finalidad o fin constitucional:

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

ii. Determinación del objetivo.

Como estado de cosas a alcanzar se propone dos cosas:

- Garantizar el fin de procreación: Ello porque para evitar la extinción de la sociedad peruana y garantizar la perpetuación de la especie humana.
- Garantizar una adecuada célula básica de la sociedad: Se entiende que el legislador del CC ha considerado que la unidad familiar conformada por un varón (padre) y una mujer (madre) es la más adecuada para conformar la célula básica de la sociedad.

En la compilación elaborada por Revoredo (1985) sobre la exposición de motivos del CC no se encuentra ninguna justificación para limitar el matrimonio a las parejas

heterosexuales.

4.3.3.4.Examen de idoneidad.

- i. Relación de idoneidad de la medida legislativa con el objetivo de la intervención.

Ahora se evaluará como el artículo 234 del CC guarda relación con los dos objetivos a los que se pretende llegar: **i)** Garantizar el fin de procreación; y **ii)** Garantizar una adecuada célula básica de la sociedad.

Está claro que una pareja heterosexual es idónea -por lo general- para la procreación, sin embargo, aun con la regulación del CC, según los pronósticos del Instituto Nacional de Estadística e Informática la tasa de natalidad viene disminuyendo.

Figura 1.

Estimaciones tasa de fecundidad

1995-2000	2000-2005	2005-2010	2010-2015	2015-2020
3,1	2,7	2,7	2,4	2,3

Nota: Figura elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática consultado en, Perú: Estimaciones y Proyecciones de la Población por departamento, 1995-2030, 2019b, p. 21.

Esta tasa de natalidad debe apreciarse según las estimaciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática (2022) del total de madres existentes en el Perú, el 71.1% tiene pareja, mientras que el 35.8% son mujeres casadas, es decir, un porcentaje reducido de las madres con pareja (p. 1).

El Instituto Nacional de Estadística e Informática (2019c) durante el censo del



2017 ha determinado que de 8 252 284 hogares de las cuales 2 669 775 son hogares nucleares con hijos.

Existe entonces un grado de realización entre la intervención legislativa y la procreación de la especie humana.

En relación al segundo objetivo, entre los meses de enero a mayo de 2019 se han registrado 117 mil denuncias por violencia familiar, de los cuales el 51.5% de personas son esposos o convivientes (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2019a, pp. 35–42).

Ahora se mostrarán diversas investigaciones que muestran un alto índice de hogares disfuncionales

Sobre los hogares o familias disfuncionales son contextos en los que se presentan conflictos y conductas negativas entre sus integrantes, en forma cotidiana (Vitate, 2018, p. 16).

Vitate (2018) quien realizó un estudio sobre la relación de las familias disfuncionales, en la Institución Educativa Nro. 086 Divino Niño Jesús de Huacho, ha determinado que la mitad de los padres encuestados no dialogan con sus hijos para tomar decisiones, el 10% de la muestra no comen junto a sus hijos, la mayoría no dedica un tiempo durante el día para sus hijos, no participan en actividades culturales con sus hijos (pp. 67–68).

De otro lado Camacho (2019) realizó, también, una investigación vinculada a las familias disfuncionales, en los estudiantes del tercero de secundaria del Colegio José Faustino Sánchez Carrión en Huancayo, ha establecido que los padres no expresan afecto, no empatizan los sentimientos del resto de miembros de su familia, tienen comportamientos que puede ser catalogados como ofensivos (p. 111).

Castañeda (2016), por su parte también realizó sus estudios, en su investigación



sobre la disfuncionalidad familiar, en los estudiantes del III y IV ciclo de la Institución Educativa Primaria N° 34216 en Chontabamba, ha determinado porcentajes al 60% de disfuncionalidad familiar (p. 51).

Si bien se han mostrado algunos porcentajes de violencia familiar, familias disfuncionales, características negativas se advierte que existe otros porcentajes de hogares sin violencia familiar, familias funcionales y con ausencia de características negativas.

En ese sentido, el legislador cumple, en modo alguno, con el objetivo propuesto.

ii. Relación de idoneidad del objetivo con el fin de la intervención.

El fin de la intervención constituido por la protección de la familia se erige como un fin constitucional por la trascendencia de la familia en el funcionamiento del Estado.

Tal es así que Valverde, citado por Varsi (2011a), señala que la unidad o célula primaria, y de la que deriva la sociedad humana es la familia (p. 97).

Para el investigador Varsi la familia viabiliza la organización social, y que de ella depende el bienestar de una nación (2011a, p.49).

Siendo la familia de una sociedad la que permite el mantenimiento de la misma sociedad y, a su vez, que permita el logro del bienestar de la sociedad. Ello es conseguido mediante los objetivos i) fin de procreación; ii) adecuada célula básica de la sociedad.

4.3.3.5.Examen de necesidad.

i. Determinación de los medios alternativos.

Para determinar los medios alternativos se utilizarán los diversos proyectos de Ley que se han realizado en el Perú para parejas del mismo sexo, siendo así:

Tabla 5.

Medidas alternativas

PROYECTOS DE LEY SOBRE LAS “UNIONES HOMOAFECTIVAS”		
Periodo	Proyecto de ley parlamentario	Propuesta
2006-2011	3814/2009-CR	Crear un contrato de patrimonio compartido, constituido por las rentas de los contratantes, los bienes adquiridos y rentas y productos que de estos generen; desde la fecha de inscripción en los Registros Públicos.
2006-2011	04176/2010-CR	
2011-2016	0108/2011-CR	
2011-2016	1393/2013-CR	
2011-2016	2801/2013-CR	Regular la “atención mutua”, por acuerdo de voluntades entre dos personas con la finalidad de establecer y reconocer derechos patrimoniales, sean estos de carácter pensionario o hereditario y otros. No se altera el estado civil
2011-2016	3273/2013-CR	Crear el régimen de sociedad solidaria, que es un acuerdo voluntario entre dos personas mayores de edad que hacen vida en común con el objeto de asistirse, apoyarse y que origina derechos patrimoniales y otros que esta ley señala. No se altera el estado civil ni la relación de parentesco de sus integrantes.
2011-2016	3594/2013-CR	Crear las asociaciones patrimoniales solidarias como entidades sin fines de lucro; son organizaciones estables de personas naturales a través de su manifestación de voluntad en una escritura pública. Se establecen los siguientes derechos: i) Establecer un régimen patrimonial solidario; ii) Representación mutua; iii) Compartir fondos de pensiones; y iv) Derechos hereditarios.
2011-2016	3649/2013-CR	Crear la institución de la “unión contractual” como un acuerdo voluntario entre dos personas mayores de edad para organizar su vida y su patrimonio, sin alterar el estado civil.
2011-2016	04495/2014-CR	Crear el “régimen de cooperación patrimonial entre personas”, este régimen propone que mediante

el acuerdo de voluntades se transmitan derechos patrimoniales, entre dos personas mayores de edad y que hacen vida en común. Se generan derechos sucesorios y pensionarios transcurridos dos años desde su inscripción en los Registros Públicos.

2011-2013	2647/2013-CR	Crear la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo. Esta es una unión voluntaria, conformada por dos personas del mismo sexo con la finalidad de establecer y garantizar derechos y deberes entre ambos. Los integrantes se llaman compañeros civiles. Se forma una sociedad de gananciales.
2016-2021	0718/2016-CR	Crear la “unión civil”. La unión civil es una relación de convivencia que conforman de manera voluntaria y estable dos personas del mismo sexo para compartir una vida de pareja que genera derechos y obligaciones, se le concede el estatus de familia y sus integrantes se llaman compañeros o compañeras civiles.
2021-2026	02803/2022-CR	Regular la unión civil, instituto que se forma por dos personas del mismo sexo o sexo opuesto para compartir un proyecto de vida. Se obligan mutuamente para su apoyo, mutuo y toma decisiones, se impone la obligación de habitar el mismo domicilio.
2021-2026	00525/2021-CR	Modificar el artículo 234 para que dos personas legalmente aptas puedan formalizar su matrimonio de conformidad con el CC, para hacer vida en común.



A continuación, se muestran diversos comentarios acerca de estos proyectos de Ley.

§ **Régimen del contrato de patrimonio compartido:** Este régimen, según su última versión, imita las disposiciones del CC en lo referido al régimen patrimonial del matrimonio, dejando de lado a las relaciones entre las personas que conforman la pareja; las relaciones familiares con motivo de un matrimonio; incluso la propia situación jurídica de los contratantes respecto a su estado civil.

Este régimen es tan patrimonial que incluso está previsto como mecanismo de resolución en la vía arbitral

§ **Régimen del acuerdo de atención mutua:** Este régimen únicamente genera efectos sucesorios, pensionarios y la potestad de decidir sobre tratamientos quirúrgicos de la otra parte.

Sobre los derechos sucesorios, estos se ejercitan siempre que no existan herederos legales, generando una gran precariedad en la otra parte. Similar regla se aplica a los derechos pensionarios.

Sobre el derecho a decidir, también depende de la inexistencia de familiares directos.

§ **Régimen de sociedad solidaria:** A diferencia de los anteriores regímenes este si prevé un derecho-obligación de asistencia mutua y sostenimiento del hogar, pero nuevamente no genera efectos sobre el estado civil o relaciones de parentesco. Tampoco se habla de la creación de una familia.

§ **Régimen de asociación patrimonial solidaria:** Este régimen otorga derechos sucesorios sobre el tercio de libre disposición, cuando existan otros herederos (situación similar al legatario), pero en caso de que no haya herederos, la parte



sobreviviente puede heredar toda la masa hereditaria, se otorgan derecho pensionarios y régimen patrimonial solidario.

- § **Régimen de unión contractual:** Este régimen tiene como finalidad la organización de la vida de las partes y la generación de un patrimonio común. Tanto el patrimonio como las pensiones son compartidas (copropiedad), ante la ausencia de un heredero la parte sobreviviente puede heredar toda la masa hereditaria, caso contrario hereda el tercio de libre disposición.
- § **Régimen de cooperación:** Este régimen se origina en un acuerdo de dos personas mayores de edad y que hacen vida en común. No existe precisión sobre los regímenes sucesorios o pensionarios.

Se extingue como algunos de los regímenes expuestos por, entre otras causas, la decisión unilateral.

- § **Régimen de unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo:** Este régimen se origina en la unión voluntaria de dos compañeros civiles, se permite un régimen de sociedad de gananciales y de separación de patrimonios. Incluso regula derechos específicos que tienen los compañeros civiles como si fuera un pariente de primer grado.
- § **Régimen de unión civil:** Este régimen se deriva de una relación de convivencia en el marco de una vida de pareja, esto entre personas del mismo sexo, se resalta que es diferente a la unión de hecho.

En lo relativo a derechos y deberes existe el deber de asistencia mutua, alimentos, derechos sobre pensiones, visitas íntimas, visitas en centros de salud, participar en el gobierno del hogar, en cuanto a derechos se aplica por remisión las normas del matrimonio y de la unión de hecho.

- § **Régimen de unión civil:** La propuesta más reciente, del 2022, regula la



unión de convivientes civiles, aplica el régimen patrimonial establecido por el CC.

Existen obligaciones como la asistencia mutua o la de obligar la cohabitación y en caso de su incumplimiento se puede disolver la unión civil. Nuevamente se equipará diversas disposiciones del régimen matrimonial del CC, pero con determinadas diferencias y cambios de etiquetas

§ **Régimen de matrimonio igualitario:** Este modelo a diferencia del resto no crea una nueva institución, sino modifica el actual régimen del matrimonio ampliándolo para cualquier persona libre de impedimento y legalmente apta, reconociendo expresamente que esta unión constituye una familia.

ii. Determinación de la idoneidad de los medios alternativos.

Podemos agrupar los medios alternativos en dos grupos, según equiparen la situación brinden un trato diferente o no respecto de la medida legislativa.

Los siguientes regímenes tienen por objetivo crear una institución nueva y diferente respecto del matrimonio: Régimen del contrato de patrimonio compartido; del acuerdo de atención mutua; de sociedad solidaria; de asociación patrimonial solidaria; de unión contractual; de cooperación; de unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo; y de unión civil (en sus dos proyectos de Ley).

Estos regímenes centran la mayor parte de su regulación en el ámbito económico, adicionalmente, además de que otorgan derechos como visitas íntimas, derecho a heredar, derecho a tomar decisiones médicas entre otras, pero lo relevante es que se genera un régimen similar al matrimonio para las parejas tanto del mismo sexo como de sexo diferente, aunque se infiere que los proyectos están orientados a parejas del mismo sexo.

Sobre la creación de regímenes similares al matrimonio la COIDH en su Opinión



Consultiva 24-2017 ha señalado:

Asimismo, a consideración del Tribunal, **crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio**, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una **denominación** que indique una diferencia sino **estigmatizante**, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, **existiría el matrimonio para** quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “**normales**” en tanto que otra institución de idénticos efectos, pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “**anormales**” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, **no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual**, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana (fundamento 224).

Sobre las propuestas de ley (medidas alternativas) que no generan una institución diferente y paralela al matrimonio solo tenemos al proyecto de Ley sobre el matrimonio igualitario, esta propuesta amplía el supuesto de hecho que permite que las personas acceder al matrimonio.

Porque la reforma al artículo 234 establece que solo las personas legalmente habilitadas las que pueden acceder al matrimonio, sin distinguir el sexo de sus integrantes o su orientación sexual.

Esta medida alternativa (matrimonio igualitario) debe cumplir además con los fines de adecuada célula básica de la sociedad y de procreación.

Como un argumento que rechaza que los homosexuales o las parejas



homosexuales puedan alcanzar dichos objetivos, Condori (2017) sostiene que la practica homosexual tiene como finalidad el placer individual de quien los practica, aspecto totalmente irrelevante para fines de regulación jurídica (p. 126).

Para Stange et al. (2017) desde un plano general ambos tipos de parejas, homosexuales y heterosexuales, comparten en gran medida las mismas experiencias de vida. Añaden los citados autores que es recomendable descartar el mito de que los homosexuales no desean acceder al matrimonio (p. 19). Siendo así las parejas homosexuales no solo buscan la satisfacción del placer individual.

Condori sostiene que la unión homosexual en relación al matrimonio solo puede cumplir con un fin asistencial, finalidad secundaria dentro del matrimonio (2017, p. 116).

Si bien para Cornejo (1999), ponente del libro de familia del CC, señalo en su momento que una condición natural para la celebración del matrimonio es la diferencia sexos (p. 126). Es posible evidenciar que al menos los objetivos bajo los que se formuló el artículo 234 del CC puede ser satisfechos también por las parejas o uniones homosexuales, más allá del fin asistencial.

Yepez y Vélez (2017) asumen el concepto de familia homoparental como una un grupo integrado por una pareja de personas homosexuales, que tienen bajo su cargo la formación y crianza de hijos (biológicos o adoptados) (p. 299).

Rosa, citado por Yepez y Vélez (2017), explica que los hijos de parejas homosexuales muestran un desarrollo, salud y ajuste similar a los hijos de parejas heterosexuales (p. 301).

La familia homoparental se caracteriza por ser participativa, con un adecuado despliegue de la responsabilidad que asume cada padre o madre dentro de la familia (Yepes & Vélez, 2017, p. 303).

Ello porque para Placeres et al. (2017) lo relevante para que un hogar sea bueno



para la educación de los hijos, es la presencia de valores, respeto y amor . Es decir, más que la presencia de determinados agentes la presencia de esos elementos permite la adecuada crianza de los hijos (p. 366).

Placeres et al.(2017) acerca de las familias homoparentales ha establecido que tienen la capacidad de hacerse cargo de sus hijos, ponen de relieve que no existen diferencias relevantes entre niños criados en familias homoparentales como en heteroparentales (p. 366).

Siendo así el objetivo de constituir una adecuada célula básica de la sociedad, ello porque como se ha establecido antes no existen diferencias significativas entre personas homosexuales y heterosexuales, ahora también se puede apreciar que las parejas homosexuales y heterosexuales cuentan con similares carencias y aptitudes para la educación y crianza de sus hijos.

Sobre el objetivo de procreación es preciso establecer la idoneidad entre parejas homoafectivas y heteroafectivas.

Para el caso de parejas lesbianas cuentan con técnicas de reproducción humana asistida como es el caso de la fecundación in vitro o incluso con una inseminación artificial (Saus-Ortega, 2018, p. 2).

Y en lo que respecta a las parejas gais estos pueden acceder a la maternidad subrogada (Camacho, 2009, p. 4).

Por tanto, se cumple ambos objetivos. De esta manera queda claro que gracias a los avances científicos aun en parejas homosexuales es posible satisfacer tanto el objetivo de la procreación como el de un adecuado modelo de familia.

Por lo que no existen forma de calificar a la medida alternativa (matrimonio igualitario) como atentatorio del principio o valor de defensa o protección de la familia.

Sin embargo, tanto del primer y segundo objetivo que se pretende alcanzar con el



matrimonio (como medida restrictiva) salta a la luz la importancia de los hijos de estas parejas.

Al respecto Condori sostiene que la exposición a los niños de una realidad homosexual puede generar una enculturación, que posteriormente deviene en una conducta homosexual (2017, p. 134).

Martínez et al. (2019) de la revisión de varios estudios sobre los efectos de la crianza por parte de homosexuales concluyen que la mayoría concuerda en que los niveles bienestar psicológico entre niños criados por homosexuales y los de padres heterosexuales son similares. Destacan también que existe un estudio comparativo entre familias homoparentales y heteroparentales que muestran una similar frecuencia respecto de hijos con una orientación sexual de corte homosexual (2019, p. 404).

iii. Determinación del nivel de afectación a los derechos por los medios alternativos.

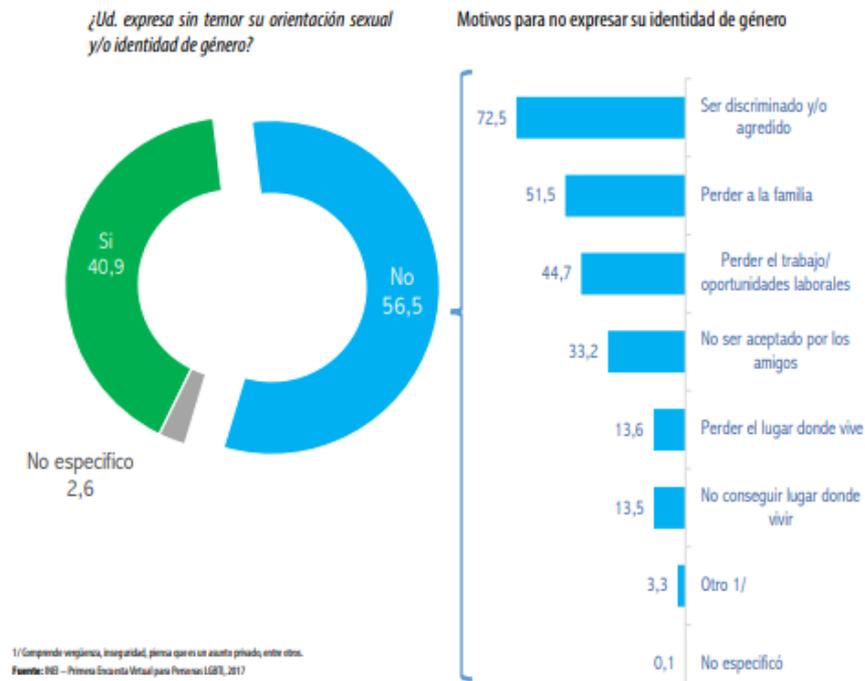
Según los reportes del Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020) desde 1981 al 2017 existe un incremento relativo del número de parejas casadas, pues se pasó de 4 285 091 parejas a 6 959 966, mientras existe un incremento disparado del número de personas que conviven, pues se pasó de 1 336 326 a 6 195 795 parejas (p. 11).

Este mismo Instituto realizó una encuesta en el 2017 a personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex.

En este estudio se determinó que el 56.5 de los encuestados tiene temor de expresar su orientación sexual, siendo la principal causa del temor ser objeto de discriminación o agresiones (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2018, p. 20).

Figura 2.

Motivos del ocultamiento de la orientación sexual



Nota: Figura elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, Primera Encuesta Virtual para Personas LGBTI, 2017, p. 20.

Esta data es importante que pueda ser analizada con los porcentajes de pareja, pues se advierte que solo el 22.9% de los encuestados (entre 18 a 29 años) que tienen pareja convive con su pareja, frente al 74.9% que no lo hace (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2018, p. 21).

Con todo ello se aprecia que existe una población en el Perú que merece ser visibilizada y atendida, en sus derechos a la igualdad, respeto de su identidad y acceso al matrimonio.

Si bien los gays y lesbianas no son las únicas identidades no heterosexuales, en el año 2019 determino que un 8% de los peruanos adultos no se identificaron con una



orientación heterosexual, esto se traduce como un 1 748 357 peruanos no heterosexuales (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos e IPSOS, 2020, p. 104).

La medida alternativa (matrimonio igualitario) es una adecuada garantía para el respeto a la identidad, igualdad y hacer posible el acceso al matrimonio a las parejas homoafectivas.

Ello porque Montes et al. (2016) quien realizó un estudio acerca de cómo se incrementó expresión y apertura de las personas y parejas homosexuales con la correspondiente aceptación por parte de la sociedad española tras la legalización de las uniones homosexuales (pp. 157–158).

Pues el factor de la legalidad tiene un papel importante en el reconocimiento de las parejas homosexuales, siendo así la medida alternativa afecta en menor grado los derechos restringidos por el artículo 234 del CC.

En este punto el artículo 234 del CC no es una medida necesaria, pues si bien tiene algún grado de realización de los objetivos con el fin constitucional, al mismo tiempo presenta restricciones permanentes y absolutas para las personas homosexuales que quieran contraer matrimonio, pues ni siquiera permitiría el reconocimiento de matrimonios homosexuales extranjeros. Así lo ha señalado el TC en los expedientes 01739-2018-PA/TC (caso Óscar Ugarteche Galarza), 02653-2021-PA/TC (Susel Ana María Paredes Piqué y Gracia María Francisca Aljovín de Losada) y 02743-2021-PA/TC (Andree Alonsso Martinot Serván).

Siendo así la evaluación con el test de proporcionalidad podría terminar aquí, pues existen medidas menos gravosas que cumplen con el fin constitucional. Sin embargo, se proseguirá con el último paso del test de proporcionalidad.

4.3.3.6. Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.



i. Grado de intensidad de la medida legislativa o intervención en el derecho fundamental

El nivel o intensidad que alcanza la restricción en el derecho fundamental a la igualdad es uno grave porque se establece un trato diferenciado inconstitucional (discriminación).

Discriminación que afecta también a los derechos a la identidad, libertad y acceso al matrimonio, se debe considerar que esta restricción al acceso al matrimonio es permanente y absoluta. Es decir, mientras el artículo 234 del CC siga vigente las parejas homoafectivas no podrán contraer matrimonio, y tampoco se permite el reconocimiento de matrimonio celebrados en el extranjero.

Ello además perpetua el grado de discriminación, postergación e invisibilidad que vive este sector de la población, la misma que puede ser catalogada dentro de las categorías sospechosas

Al respecto Valdivia (2020) expresa que las categorías sospechosas estas definidos por una serie de criterios que impiden generar supuestos de trato diferenciado porque se presume su inconstitucionalidad por ser discriminatoria (2020, p. 11). Adicionalmente tanto el TC como la COIDH mediante su jurisprudencia señalan como un criterio para establecer una categoría sospechosa a su grado de vulnerabilidad (Trilce, 2020, p. 23).

La vulnerabilidad se deriva de la constante e histórica discriminación contra las personas y parejas homosexuales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) reconoce que la violencia contra este grupo de personas se denomina como violencia por prejuicio, cuando el agraviado no cumple con el estereotipo o visión generalizada de los roles que debe ejercer, ello muchas veces genera los denominados crímenes de odio por el



desprecio que genera esa incompatibilidad (pp. 46–47).

Asimismo, se debe tener en consideración como fundamento para otorgarle mayor peso a la intervención el hecho de que la identidad, libertad e igualdad son instituciones vinculadas a la dignidad humana.

ii. Grado de realización del fin constitucional

Es claro que el artículo 234 del CC cumple, en alguna medida, el fin constitucional de protección de la familia, mediante el logro de los dos objetivos propuestos.

Sin embargo, lo hace solo respecto de parejas heterosexuales, es decir, su alcance es limitado, en ese sentido cumple el fin constitucional de manera deficiente o no al máximo grado de realización posible. Todo ello por excluir a las parejas homosexuales.

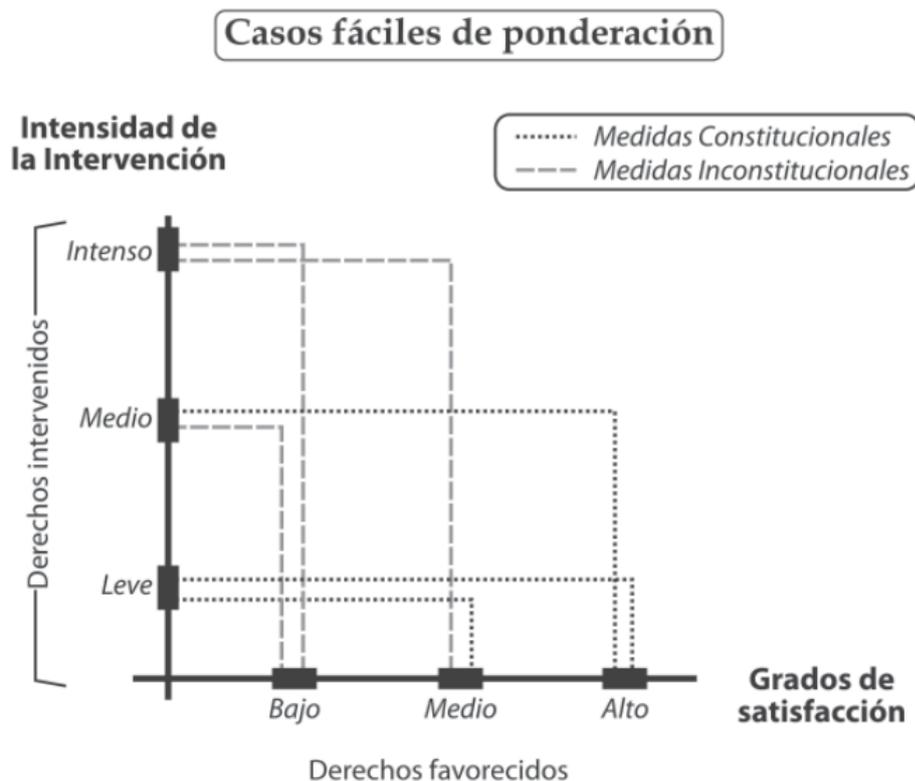
Ahora bien, respecto a la forma en la que se cumple, esto es, el fin de procreación no limita a las parejas homosexuales porque cuentan con técnicas de reproducción humana asistida, y aun si la aplicación de dichas técnicas cuenta con alguna objeción es importante tener en cuenta lo señalado por Varsi (2011b) acerca de que la finalidad de procreación no ocupa sino un segundo plano, por detrás de la vida en común o comunidad de vida (2011b, p. 413).

Apreciación que rescata al menos la finalidad de procreación, pues la COIDH en su Opinión Consultiva 24-2017 en su fundamento 221 señala que la capacidad generandi o el interés de procrear no son una característica de las relaciones matrimoniales.

Sobre los grados de realización o satisfacción Grández (2013) señala que se pueden dividir en tres bajo, medio y alto (p. 362). En atención a los tres niveles de intensidad, tal como se aprecia en la siguiente figura.

Figura 3.

La ponderación según Grández



Nota: Figura elaborada por Grández, 2013, p. 362.

- iii.** Comparación entre los niveles de restricción o intervención con el grado de realización

En base a la determinación de niveles antes descrito se procede a comparar los niveles de restricción y satisfacción.

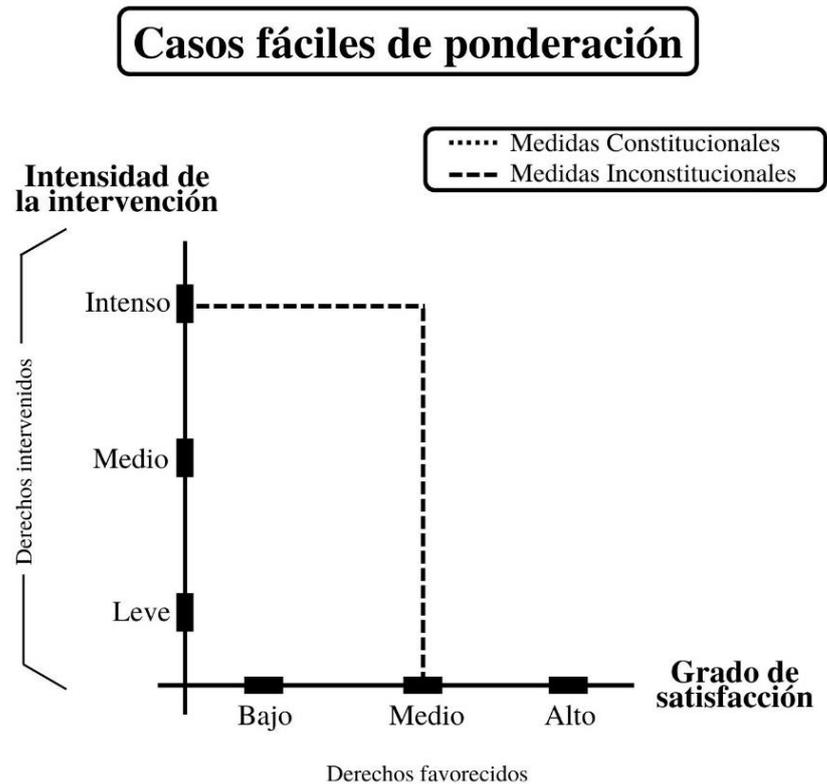
Se tiene un alto nivel de restricción por los derechos afectados (igualdad, identidad, libertad y acceso al matrimonio), el mismo que es sobre un grupo perteneciente a los grupos sospechosos y de una duración indeterminada (permanente). Mientras que la eficacia de la finalidad esta recortada o disminuida respecto de las parejas homosexuales que pueden satisfacer los objetivos propuestos (procreación y adecuada célula básica de

la sociedad).

Por lo que se arriba al siguiente resultado:

Figura 4.

Ponderación sobre el artículo 234 del CC



Nota: Elaboración propia, sobre el esquema realizado por Grández, 2013, p. 362.

El resultado obtenido es que la medida restrictiva es inconstitucional, porque se obtiene una realización del fin media, pero con una restricción grave para los derechos fundamentales.

Si bien se ha establecido previamente que la medida no es necesaria, lo que conlleva también a su inconstitucionalidad, este resultado se reafirma con este último paso (ponderación), pues no se obtiene al menos un resultado equitativo (alto grado de satisfacción) que pueda justificar la vigencia del artículo 234, ello hace necesario una



reforma de dicha disposición.

4.4. CUARTO EJE TEMÁTICO: FORMULAR UNA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL QUE PERMITA EL MATRIMONIO HOMOAFFECTIVO

Conforme a los fundamentos expuestos previamente queda claro que el matrimonio necesita ampliarse para permitir que sea celebrado por personas del mismo sexo (homosexuales).

Para realizar tal modificación se debe partir con una reforma constitucional del artículo 4 para que reconozca que el matrimonio se realiza entre dos personas.

Sin embargo, es necesario, a fin de evitar interpretaciones contradictorias, que se realice, también, la reforma constitucional del artículo 5 sobre el concubinato en similar sentido al artículo 4.

Finalmente, se debe realizar una modificación del artículo 234 del CC para que dos personas, legalmente aptas, independientemente de su sexo u orientación sexual para hacer vida en común puedan acceder al matrimonio.

La forma en la que se puede realizar estas reformas se detalla en el anexo 1 de la presente investigación.



V. CONCLUSIONES

1. Los derechos a la igualdad, identidad, libertad y el matrimonio cuentan con un contenido con el rango de derechos humanos o fundamentales. El derecho a la igualdad consiste en una prohibición de la discriminación y una obligación estatal de eliminar las situaciones de desigualdad. El derecho a la identidad consiste en la protección de los rasgos o elementos de la personalidad humana. El derecho a la libertad consiste en la condición o facultad del ser humano para dirigir el desarrollo de su existencia. Finalmente, el matrimonio es la unión regulada por el derecho y que permite el nacimiento, formal, de la familia.
2. No existe una diferencia jurídicamente relevante entre la condición de homosexuales y la condición de heterosexuales en el contexto de acceso al matrimonio. Más allá del requisito de diversidad sexual (varón y mujer) no hay otras diferencias aparte de la orientación sexual que impidan cumplir con los requisitos de la celebración del matrimonio.
3. El artículo 234 del Código Civil es incompatible con los derechos a la identidad y libertad de las parejas homoafectivas. Porque la medida restrictiva, para las parejas homoafectivas, no es necesaria ni proporcional (en sentido estricto) porque existe una medida alternativa (matrimonio igualitario) que cumple también con el fin de protección de la familia.
4. El matrimonio homoafectivo en el Perú debería estar regulado como una forma del matrimonio civil, por lo que es necesario una reforma constitucional del artículo 4 y 5 de Constitución Política y el artículo 234 del Código Civil.



VI. RECOMENDACIONES

1. Reforma constitucional del artículo 4 y 5 de la Constitución Política del Perú para que permita el matrimonio “entre dos personas” y la modificación del artículo 234 del Código Civil en la parte que menciona “un varón y una mujer” por “dos personas”.



VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Añón, M. J. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, 39, 127–157.
<https://doi.org/10.5347/39.2013.109>
- Araguez, M. D. (2012). *Parejas homosexuales y heterosexuales en concubinato: Bienestar psicologico y orientación de rol sexual*. [Universidad Abierta Interamericana]. <https://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC109678.pdf>
- Aristóteles. (1988). Política. En *Politica* (Versión de, Vol. 28, Issue 1). Gredos.
<https://doi.org/10.7146/politica.v28i1.68015>
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/03/Las-razones-del-derecho-Manuel-Atienza-Legis.pe_.pdf
- Bardi, L. A., Leyton, C., Martínez, V., & Gonzáles, E. (2005). Identidad Sexual : proceso de definición en la adolescencia. *Reflexiones Pedagógicas*, 26, 43–51.
<https://www.academia.edu/download/35801619/20100731202502.pdf>
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Cuarta). Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Paidós ICE. UBA.
<https://socialesenpdf.files.wordpress.com/2013/09/65206640-bobbio-igualdad-y-libertad.pdf>
- Calero, E., Rodríguez, S., & Trumbull, A. (2015). Abordaje de la sexualidad en la adolescencia. *Humanidades Médicas*, 17(3).



- <https://doi.org/10.4324/9781315661629>
- Calsín, R. R. (2014). *Regulación de la unión de homosexuales en el Perú* [Universidad Nacional del Altiplano].
http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14082/8458/Rene_Rosario_Calsin_Chirinos.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Camacho, J. M. (2009). Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. *Boiethics*, 1–18. <https://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
- Camacho, Y. M. (2019). *Disfunción familiar y rendimiento académico en estudiantes del tercero de secundaria -Colegio José Faustino Sánchez Carrión EL Tambo - Huancayo* [Universidad Nacional del Centro del Perú].
<http://hdl.handle.net/20.500.12894/5281>
- Castañeda, C. G. (2016). *Disfuncionalidad familiar y rendimiento académico de estudiantes de III y IV ciclo de la Institución Educativa Primaria N° 34216, Chontabamba, Oxapampa, Pasco-2016* [Universidad César Vallejo].
http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/34021/castañeda_vc.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Castillo, L. (2005). Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde terminológico. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 50, 3–32.
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1925/Derechos_persona_ordenamiento_constitucional_peruano_deslinde_terminologico.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Castillo, L. (2012). La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. *Anuario Da Facultade de Dereito Da Universidade Da Coruña*, 16, 805–838.
https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12026/AD_16_2012_art_34.pdf?s



equence=1&isAllowed=y

Castillo, L. (2019). *Cuestiones teóricas y prácticas en torno al hábeas corpus*. Gaceta Jurídica.

Castillo, M. (2019). *Derecho civil*. Cromeo.

Castro, C. L. (2017). *El matrimonio igualitario: Marcando un hito en la lucha contra la discriminación. El derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual aplicado al acceso al matrimonio en el Perú* [Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9738>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Garantía de derechos. Niñas, niños y adolescentes. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. En *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

Condori, D. F. (2017). *Unión homosexual a la luz de la antropología jurídica del matrimonio* [Universidad Católica Santa María]. <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/7158/62.1194.D.pdf?s>
equence=1&isAllowed=y

Córdova, L. (2019). El derecho constitucional sobre derechos humanos. *Derecho & Sociedad*, 51, 33–42. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20856/20569>

Cornejo, H. (1999). *Derecho familiar peruano* (10ª ed.). Gaceta Jurídica.



- Cornejo, M. T. (2014). La unión civil: ¿necesidad de legislar en pro de minorías? *Alétheia*, 2(1), 138–144. <https://doi.org/10.33539/aletheia.2014.n2.1100>
- De los Reyes, A. O. (2007). Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana. *Pensamiento Constitucional*, 12(12), 327–374. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/2428/2380>
- Del Moral Ferrer, A. (2013). El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Cuestiones Jurídicas*, 6(2), 63–96. <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127526266005.pdf>
- Delgado, M. del C. (2016). *El derecho a la identidad: una visión dinámica* [Pontificia Universidad Católica del Perú]. [https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/7350/DELGA DO_MENENDEZ_MARIA_DERECHO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/7350/DELGA_DO_MENENDEZ_MARIA_DERECHO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Deverda y Beamonte, J. R. (2014). La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 17, 10–30. <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n17/n17a02.pdf>
- Eguiguren Praeli, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius Et Veritas*, 15, 63–72. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15730/16166>
- Espinoza, J. (2016). *Derecho de las personas* (6ª ed.). Grijley & Iustitia.
- Esquivel, J. C., García, D. J., Geldres, R. A., Navarrete, J., Pasco, A., Roca, O. G., Tomaylla, M. M., & Torres, M. A. (2013). *Diccionario civil*. Gaceta Jurídica.
- Fernández, C. (2015). *Derecho a la identidad personal* (2a ed.). Instituto Pacífico.
- Fernández, C. (2016). *Derecho de las personas* (13ª ed.). Instituto Pacífico.



- Fernández, C. (2017). *El derecho como libertad. La teoría tridimensional del derecho* (4 ed.). Motivensa.
- Fernández, M. S. (2014). *La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú* [Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/1210>
- García, F. (2017). *El matrimonio civil de los/as homosexuales la vulneración del respeto pleno de los derechos humanos en el Perú, año 2016* [Universidad Privada de Tacna]. <https://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12969/382/García-Rivera-Francisco.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- García, F. E., García, C., Hein, H., Hernández, Á., Torres, P., Valdebenito, R., & Vera, C. (2017). Relaciones de pareja homosexual y heterosexual: un estudio comparativo. *Actualidades En Psicología*, 31(122), 31–43. <https://doi.org/10.15517/ap.v31i122.23346>
- Grández, P. P. (2013). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Cuadernos Sobre Jurisprudencia Constitucional*, 8, 337–376. <https://doi.org/10.4067/s0718-52002012000100003>
- Granero, M. (1984a). Diferencias entre homosexuales y heterosexuales (varones y mujeres) en temores. Asertividad y autosuficiencia. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 16(1), 39–52. <https://www.redalyc.org/pdf/805/80516104.pdf>
- Granero, M. (1984b). Diferencias entre homosexuales y heterosexuales en comportamiento y personalidad. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 16(3), 401–420. <https://www.redalyc.org/pdf/805/80516304.pdf>
- Guerra, L. (2009). Familia y heteronormatividad. *Revista Argentina de Estudios de Juventud*, 1(1), 1–17. <http://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/revistadejuventud/article/viewArticle/1477>



- Herrera, J. F. (2016). *Discriminación del reconocimiento de los derechos patrimoniales de las parejas homosexuales* [Universidad Católica de Santa María]. <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/2089/62.1151.D.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Herrera, M., Chaves, M., & Varsi, E. (2012). Apuntes relacionados a la regulación del matrimonio igualitario en el Perú. *Advocatus*, 26, 417–425. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/download/4140/4088>
- Huerta, L. (2006). El derecho a la igualdad: su desarrollo en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. En *El derecho fundamental de igualdad* (pp. 59–126). Palestra Editores.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2018). *Primera Encuesta Virtual para Personas LGBTI, 2017*. Instituto Nacional de Estadística e Informática. <https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/lgbti.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2019a). *Indicadores de Violencia familiar y sexual 2012-2019*. Instituto Nacional de Estadística e Informática. https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1686/libro.pdf
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2019b). *Perú: Estimaciones y Proyecciones de la Población por departamento, 1995-2030*. Instituto Nacional de Estadística e Informática. https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1702/libro.pdf
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2019c). *Perú: tipos y ciclos de vida de los hogares*. Instituto Nacional de Estadística e Informática. https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib171



1/

- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2020). *Perú: Cambios en el estado civil o conyugal 1981 - 2017 (Departamento, Provincia y Distrito)*. Instituto Nacional de Estadística e Informática.
https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1742/Libro.pdf
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2022). *Nota de prensa 073*.
<http://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-no-073-2022-inei.pdf>
- Jorge, A. (2017). ¿Qué es el matrimonio? Su naturaleza ética y jurídica. En *Syria Studies* (Vol. 7, Issue 1). <http://132.248.65.91/xmlui/handle/123456789/13485>
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Landa, C. (2021). *Derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e identidad personal*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- León, J. (2021). *Derechos a la igualdad y no discriminación*. Palestra Editores.
- Llerena, M. A. J. (2018). *Ausencia de legislación del matrimonio igualitario y la vulneración del derecho a la igualdad de la Comunidad LGTBI, Lima, 2018*. Universida CésarVallejo.
- López, M. L., & Kala, J. C. (2018). Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad. *Ciencia Jurídica*, 7(14), 65–76.
<https://doi.org/10.15174/cj.v7i14.284>
- Martinez, J. P., Sáenz, M. L., & Echeverry, J. (2019). Efectos de adopción y crianza homoparental. *Archivos de Medicina (Manizales)*, 19(2), 396–406.
<https://doi.org/https://doi.org/10.30554/archmed.19.2.3321.2019>



- Medina, G. (2001). *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Rubinzal-Culzoni.
- Meza, C. (2020). La identidad: su estudio integral. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 5(5), 285–298. <https://doi.org/10.35292/ropj.v5i5.223>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos e IPSOS. (2020). *II Encuesta Nacional de Derechos humanos: Población LGTB*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos e IPSOS. http://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-06/presentacion_ii_encuesta_nacional_ddhh.pdf
- Mizrahi, M. L. (2016). *Homosexualidad y transexualismo*. Astrea & Universidad del Rosario.
- Montes, A., González, M. M., López-Gaviño, F., & Angulo, A. (2016). Familias homoparentales, más visibles y mejor aceptadas: efectos del matrimonio en España. *Apuntes de Psicología*, 34(2–3), 151–160. <http://apuntesdepsicologia.es/index.php/revista/article/view/606>
- Mosquera, S. (2006). El derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de religión. En *El derecho fundamental de igualdad* (pp. 11–57). Palestra Editores.
- Ñavincopa, F. (2015). *La inconstitucionalidad del matrimonio exclusivamente heterosexual previsto en el artículo 234° del Código Civil en la Corte Superior de Justicia de Huancavelica* [Universidad Nacional de Huancavelica]. <https://repositorio.unh.edu.pe/bitstreams/81d4ba1c-0b7b-4a54-810b-4aba1bf9f6e5/download>
- Nizama, M., & Nizama, L. M. (2020). El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis. *Vox Juris*, 38(2), 69–90. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7628480>
- Nogueira, H. (1997). El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. *Revista*



- de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 18, 167–184.
<http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/364/339>
- Parent, J. M. (2000). La Libertad: Condición de los Derechos Humanos. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, 22, 143–158.
<https://convergencia.uaemex.mx/article/view/1837/1395>
- Pazo, O. A. (2014). *Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- Pineda, J. A. (2017). *El proyecto de tesis en derecho. La forma más fácil de hacerlo*. Altiplano.
- Placeres, J. F., Olver, D. H., Rosero, G. M., Urgilés, R. J., & Abdala-Jalil, S. (2017). La familia homoparental en la realidad y la diversidad familiar actual. *Revista Médica Electrónica*, 39(2), 361–369. http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S1684-18242017000200022&script=sci_arttext&tlng=pt
- Plácido, A. (2014). El modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado por el principio de promoción: El matrimonio igualitario y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse. *THEMIS-Revista de Derecho*, 66, 107–132. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12690/13243>
- Quinche, M. F., & Armenta, A. (2012). Igualdad, razonabilidad y género en los procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 14(2), 37–70.
<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2070/1946>
- Real Academia Española. (2022). *Diccionario de la lengua española, 23ª ed., [versión 23.5 en línea]*. <https://dle.rae.es/identidad>



- Relat, M. (2010). Introducción a la investigación básica. *Centro de Investigación Biométrica*, 33(3), 221–227.
https://www.researchgate.net/publication/341343398_Introduccion_a_la_Investigacion_basica
- Resurrección, L. S. (2017). Discriminación estructural. Aproximación al concepto y estándares en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernos Sobre Jurisprudencia Constitucional*, 12, 147–174.
<http://revistas.palestraeditores.com/index.php/2519-7630/article/view/38/33>
- Revoredo, D. (Compiladora). (1985). *Código Civil exposición de motivos*.
- Ríos, J. M. (2020). *Las familias homoparentales, el matrimonio igualitario y su falta de regulación en el ordenamiento jurídico peruano*. Universidad San Martín de Porres.
- Rocha, M. (2014). La persona y el libre desarrollo de su personalidad. Algunos aspectos constitucionales y civiles. *Anuario Jurídico de Villanueva*, 8, 249–268.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4944409&orden=0&info=link>
- Rodríguez, C. A. (2017). *La diferencia entre el derecho fundamental a contraer matrimonio, y la institución legal del matrimonio y su influencia en la imposibilidad jurídica del matrimonio entre persona del mismo sexo y la posibilidad jurídica de la unión civil no matrimonial*, Pe [Universidad Católica de Santa María].
<http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/6555/A7.1502.MG.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rubio, M. A. (2011). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salazar, O. (2021). ¿Existe un derecho a la identidad sexual? *Anuario de La Facultad de Derecho*, 14, 71–102. <https://doi.org/10.14679/1300>



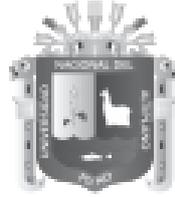
- Saldaña, M. (2019). La violencia ejercida hacia la población LGBTI: el necesario abordaje a la desigualdad estructural. *Acceso a La Justicia: Discriminación y Violencia Por Motivos de Género*, 149–178.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f8e04a004cef7018bd0effe93f7fa794/ACCESO+A+LA+JUSTICIA+Y+GÉNERO+WEB.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f8e04a004cef7018bd0effe93f7fa794>
- Saus-Ortega, C. (2018). La maternidad biológica compartida en parejas lesbianas. La técnica de fertilización «in vitro» con el método de recepción de ovocitos de la pareja (ROPA): una revisión de la literatura. *Matronas Profesión*, 19(2), 3–5.
<https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/66764/126301.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Soto, M. V. (2019). *Los derechos fundamentales y la diversidad sexual* [Pontificia Universidad Católica del Perú].
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/15757/SOTO_FARFAN_MARIA_VICTORIA.pdf?sequence=5&isAllowed=y
- Stange, I., Ortega, A., Moreno, A., & Gamboa, C. (2017). Aproximación al concepto de pareja. *Revista Psicología Para América Latina*, 29, 7–22.
<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psilat/n29/a02n29.pdf>
- Suárez, L. (2020). La identidad y el género del Derecho rente al derecho a la identidad de género. *Anales de La Catedra de Francisco Suárez*, 54, 175–202.
<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/9498/10123>
- Tantaleán, R. (2016). Tipología de la investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 13(43), 37. <file:///C:/Users/Hp/Downloads/Dialnet-TipologiaDeLasInvestigacionesJuridicas-5456267.pdf>
- Torres, M. A. (2021). *Los 100 temas actuales de derecho de familia*. Gaceta Jurídica.



- Trilce, V. (2020). ¿Sospechar para igualar? Un análisis «estricto» de la doctrina de las categorías sospechosas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho PUCP*, 84, 9–45. <https://doi.org/10.18800/DERECHOPUCP.202001.001>
- Varsi, E. (2011a). Tratado de Derecho de Familia: La nueva teoría institucional y jurídica de la familia. In *Tratado de Derecho de Familia: Vol. I*. Gaceta Jurídica.
- Varsi, E. (2011b). Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables. En *Tratado de Derecho de Familia -TOMO II*. Gaceta Jurídica.
- Varsi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Gaceta Jurídica & Universidad de Lima.
- Villalobos, K. J. (2012). *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad* [Universidad de Costa Rica]. <https://docplayer.es/9499628-Universidad-de-costarica-facultad-de-derecho-sede-de-occidente-el-derecho-humano-al-libre-desarrollo-de-la-personalidad.html>
- Vitate, L. E. (2018). *Familias disfuncionales en el aprendizaje de los niños de la I.E.I. N° 086 “Divino Niño Jesús”-Huacho, durante el año escolar 2017* [Universidad Nacional José Sánchez Carrión]. <https://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/UNJFSC/2209>
- Wences-Acevedo. (2016). Heteronormatividad y matrimonio entre personas del mismo sexo. En *Posibilidades y retos para la armonización de la vida laboral y familiar* (pp. 194–203). Ecorfan. [https://www.ecorfan.org/handbooks/Ciencias Estudios de Genero T-II/22.pdf](https://www.ecorfan.org/handbooks/Ciencias%20Estudios%20de%20Genero%20T-II/22.pdf)
- Yepes, S., & Vélez, R. D. (2017). La homoparentalidad femenina y masculina y la intervención en terapia familiar sistémica. *Revista Universidad Católica Luis Amigó*, 1, 293–306. <https://doi.org/10.21501/25907565.2661>



ANEXOS



Universidad Nacional del Altiplano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 1

PROYECTO DE LEY

Ley de reforma constitucional que modifica el artículo 4 y 5 de la Constitución

Política del Perú y el artículo 234 para permitir el matrimonio igualitario.

LEY QUE CREA EL MATRIMONIO IGUALITARIO

Artículo 1° . - Objeto de la Ley.

La presente ley de reforma constitucional tiene como objeto reconocer el derecho de las personas para acceder al matrimonio con una persona de su mismo sexo o diferente.

Artículo 2° . – Modificación del artículo 4 y 5 de la Constitución.

Modifíquese el artículo 4 y 5 de la Constitución Política del Perú, el mismo que quedará redactado en los siguientes términos:

“Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia, reconocen el derecho a contraer matrimonio entre dos personas, promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

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



“Artículo 5.- Concubinato

La unión estable de dos personas, 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.”

Artículo 3º. – Modificación del artículo 234 del Código Civil.

Modifíquese el artículo 234 del Código Civil, el mismo que quedará redactado en los siguientes términos:

“Artículo 234.- Noción de matrimonio

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

Artículo 4º. – Vigencia de la Ley.

La presente Ley entrara en vigencia al día siguiente de su publicación.

Artículo 4º. – Cumplimiento de la medida.

El Registro Nacional de Estado Civil (RENIEC) y los Municipios deben adaptar su funcionamiento y normas para cumplir con lo dispuesto en la presente Ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Fundamentos

La presente iniciativa se funda en el respeto y reconocimiento pleno de otras formas de identidad, para que las personas puedan manifestar de modo pleno su sexualidad y acceder al matrimonio si así lo desean.

Para tal efecto es necesario eliminar toda barrera legal que restrinja el derecho de las personas al matrimonio, en la forma y para los fines que señale el Código Civil.

1. Determinación del problema a resolver



A día de hoy existe números peruanos y peruanas que como parte de su identidad personal tiene una orientación sexual orientada a personas de su mismo sexo (homosexualidad).

Esta población constituye un grupo históricamente postergado y discriminado. Esta discriminación se aprecia también en que sus relaciones amorosas, íntimas o de parejas no pueden alcanzar el status de matrimonio.

Esto limita su libertad sobre su proyecto de vida y desarrollo de la personal, impidiendo acceder formalmente a la categoría de familia.

2. Fundamento de la propuesta

Nuestra Constitución desde su configuración ha expresado su rechazo a cualquier forma de discriminación. En ese sentido la posibilidad de acceder al matrimonio, y con ello formalmente a constituir una familia, se ve limitada por la orientación sexual de la persona. De esta manera solo las personas heterosexuales pueden acceder a ella, negado dicha posibilidad a las homosexuales.

Esta limitación implica una negación del Estado a toda persona que no cuenta con una orientación sexual deseada (heterosexual), es decir, se niega esa identidad.

Siendo el matrimonio un acto eminentemente voluntario y que forma parte de un plan de vida, se afecta seriamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

3. Efecto de la vigencia de la norma

Esta iniciativa no genera afectaciones a otros derechos constitucionales o legales, siendo respetuosa incluso del derecho internacional al seguir los lineamientos de la Opinión Consultiva 25-2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. Análisis costo beneficio

COSTO	<ul style="list-style-type: none">• La presente iniciativa no generar mayores gastos para el erario nacional. Al ser una ley que reconoce derechos fundamentales a ciertos grupos de la población.
BENEFICIOS	<ul style="list-style-type: none">• Permite el ejercicio pleno de derechos fundamentales.• Fomenta la aceptación de poblaciones vulnerables como la comunidad gay y lesbiana.• Según el último censo realizado por el INEI¹ la población beneficiada, en potencia, es de 1 748 357 peruanos adultos, es decir, el 8% de la población.

III. Relación del proyecto de reforma constitucional con las políticas de estado del Acuerdo Nacional

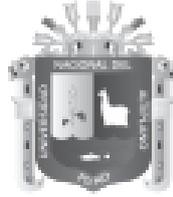
Las Políticas del Estado² son los lineamientos generales que orientan las acciones del Estado, las políticas de Estado han sido formuladas en el año 2002 mediante el Acuerdo Nacional. En dicho documento se han establecido 35 políticas de Estado.

La presente iniciativa se vincula a la política 11, la misma que consagra la lucha toda forma de discriminación, promoviendo la igualdad de oportunidades.

También se vincula a la política 28 que señala que el Estado adoptará medidas legales y administrativas para garantizar la vigencia y difusión de la Constitución, afianzará el respeto irrestricto de los derechos humanos.

¹ Recuperado de: <https://cutt.ly/jMgzQOD>

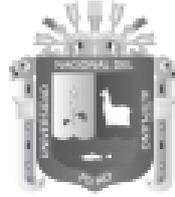
² Recuperado de: <https://cutt.ly/hMgzTRP>



Universidad Nacional del Altiplano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 2

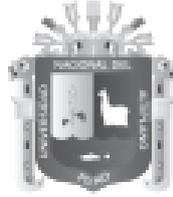
FICHA BIBLIOGRAFICA					
AUTOR		José Luis, Abreu.			
FECHA DE PUBLICACIÓN		2014			
TEMA:		Metodología de la investigación.			
TÍTULO:		El método de la investigación.			
SITIO:		http://www.spentamexico.org/v9-n3/A17.9(3)195-204.pdf .			
TÍTULO DE LA REVISTA O EDITORIAL:		Daena: International Journal of Good Conscience.			
VOL:	09	NÚM.:	03	Págs.:	198-199
DOI:					
PALABRAS CLAVE:		Método descriptivo			



Universidad Nacional del Altiplano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 3

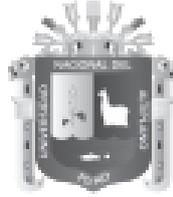
FICHA BIBLIOGRAFICA			
AUTOR		Judith, Butler	
FECHA DE PUBLICACIÓN:	2007		
TEMA:	Sobre el género e identidad sexual.		
TÍTULO	El género en disputa (libro)		
SITIO	http://www.lauragonzalez.com/TC/El genero en disputa Butler.pdf .		
TÍTULO DE LA REVISTA o EDITORIAL:	Paidós		
VOL	-	Págs.	01-85
DOI			
PALABRAS CLAVE	Género, sexo.		



Universidad Nacional del Altiplano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 4

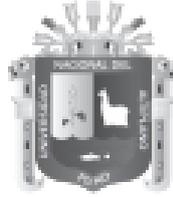
FICHA BIBLIOGRAFICA			
AUTOR		Jorge, Adame Goddard	
FECHA DE PUBLICACIÓN		2017	
TEMA:		Matrimonio.	
TÍTULO		¿Qué es el matrimonio? Su naturaleza ética y jurídica	
SITIO		http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/13485/que-es-el-matrimonioij-su-naturaleza-etica-y-juridica.pdf?sequence=2&isAllowed=y	
TÍTULO DE LA REVISTA		Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM	
VOL		Págs.	07-77
DOI			
PALABRAS CLAVE		Matrimonio, naturaleza jurídica.	



Universidad Nacional del Altiplano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 5

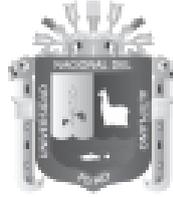
FICHA HEMEROGRÁFICA	
AUTOR	Anabella, Ferrer Del Moral.
FECHA DE PUBLICACIÓN	2012
TEMA:	Libre desarrollo de la personalidad.
TÍTULO	El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana
SITIO	https://www.redalyc.org/pdf/1275/127526266005.pdf
TÍTULO DE LA REVISTA	Cuestiones jurídicas.
VOL	Págs. 66-79
DOI	
PALABRAS CLAVE	Libre desarrollo de la personalidad, libertad de opción y límites.



Universidad Nacional del Altiplano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 6

FICHA DE TRIANGULACIÓN	
Distinción entre trato diferenciado y discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano	
Sentencia recaída en el exp.:	0048-2004-AI/TC; 00034-2004-PI/TC
Trato diferenciado	Discriminación
<ul style="list-style-type: none">• Justificado objetivamente.• Razonable.• Constitucionalmente admitida.• Proporcional.• No afecta al derecho a la igualdad.• Puede ser promovida por el Estado.	<ul style="list-style-type: none">• Carece de justificación objetiva.• Irrazonable.• Prohibida por la Constitución.• Desproporcionado.• Vulnera al derecho a la igualdad.• El Estado busca su eliminación.



Universidad Nacional del Altiplano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 7

FICHA TRIANGULACIÓN			
PROYECTOS DE LEY SOBRE EL “MATRIMONIO HOMOAFECTIVO”			
Periodo parlamentario	Proyecto de ley	PROPUESTA	ENLACE
2006-2011	3814/2009-CR	Crear un contrato de patrimonio compartido,	https://cutt.ly/fn7IVUI
2006-2011	04176/2010-CR	constituido por las rentas de los contratantes, los	https://cutt.ly/pn7IGU5
2011-2016	0108/2011-CR	bienes adquiridos y rentas y productos que de estos	https://cutt.ly/8n7IUgQ
2011-2016	1393/2013-CR	generen; desde la fecha de inscripción en los Registros Públicos	https://cutt.ly/tn7II0s
2011-2016	2801/2013-CR	Regular la “atención mutua”, por acuerdo de voluntades entre dos	https://cutt.ly/9n7IRKs



		personas con la finalidad de establecer y reconocer derechos patrimoniales, sean estos de carácter pensionario o hereditario y otros. No se altera el estado civil	
2011-2016	3273/2013- CR	Crear el régimen de sociedad solidaria, que es un acuerdo voluntario entre dos personas mayores de edad que hacen vida en común con el objeto de asistirse, apoyarse y que origina derechos patrimoniales y otros que esta ley señala. No se altera el estado civil ni la relación de parentesco de sus integrantes.	https://cutt.ly/xn7chqb
2011-2016	3594/2013- CR	Crear las asociaciones patrimoniales solidarias como entidades sin fines	https://cutt.ly/hn7vwzg



		de lucro; son organizaciones estables de personas naturales a través de su manifestación de voluntad en una escritura pública. Se establecen los siguientes derechos: i) Establecer un régimen patrimonial solidario; ii) Representación mutua; iii) Compartir fondos de pensiones; y iv) Derechos hereditarios.	
2011-2016	3649/2013- CR	Crear la institución de la “unión contractual” como un acuerdo voluntario entre dos personas mayores de edad para organizar su vida y su patrimonio, sin alterar el estado civil.	https://cutt.ly/8n7vumm
2011-2016	04495/2014- CR	Crear el “régimen de cooperación patrimonial	https://cutt.ly/Zn7vZ5W



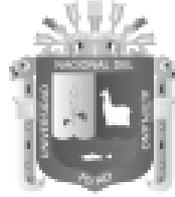
		entre personas”, este régimen propone que mediante el acuerdo de voluntades se transmitan derechos patrimoniales, entre dos personas mayores de edad y que hacen vida en común. Se generan derechos sucesorios y pensionarios transcurridos dos años desde su inscripción en los Registros Públicos.	
2011-2013	2647/2013- CR	Crear la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo. Esta es una unión voluntaria, conformada por dos personas del mismo sexo con la finalidad de establecer y garantizar derechos y deberes entre ambos. Los integrantes se llaman	https://cutt.ly/on7bfYV



		compañeros civiles. Se forma una sociedad de gananciales.	
2016-2021	0718/2016- CR	Crear la “unión civil”. La unión civil es una relación de convivencia que conforman de manera voluntaria y estable dos personas del mismo sexo para compartir una vida de pareja que genera derechos y obligaciones, se le concede el estatus de familia y sus integrantes se llaman compañeros o compañeras civiles.	https://cutt.ly/Hn7bnqr
2021-2026	02803/2022- CR	Regular los efectos jurídicos de la unión civil constituida por dos personas del mismo sexo o del sexo opuesto, unidas con el fin de compartir un proyecto de vida y que deciden obligarse frente al	https://cutt.ly/YMoVSiI



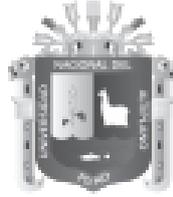
		otro para su cuidado, apoyo mutuo y participación en decisiones relevantes	
2021-2026	00525/2021- CR	Modificación del artículo 234 del Código Civil para que dos personas legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.	https://cutt.ly/IMoVMni



Universidad Nacional del Altiplano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 8

FICHA DE COMENTARIOS	
AUTOR: Landa Arroyo, Cesar	MATERIAL BIBLIOGRAFICO: Los derechos fundamentales.
TEMA:	La dignidad humana (pp. 17-22).
<p>El autor propone la siguiente definición e importancia de la dignidad humana:</p> <ul style="list-style-type: none">• Sobre el concepto indica que la dignidad es un máximo valor reconocido por la constitución, que reconoce a la persona y limita los fines que el Estado debe cumplir.• La importancia de la dignidad se verifica en dos ámbitos, el primero reconoce a la persona como sujeto de derecho, estableciendo así una nítida e irreversible diferencias con las cosas y animales; el segundo-quizá el más relevante modernamente- es que la dignidad sirve de soporte o base para el sistema de derechos fundamentales de la persona. <p>COMENTARIOS: La dignidad es entonces una herramienta que busca la protección de la persona frente al Estado, siendo así el Estado no debe violar la dignidad humana, sino que por el contrario la protege como finalidad esencial.</p>	



Universidad Nacional del Altiplano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 9

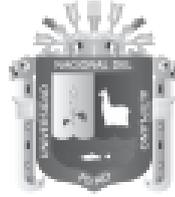
FICHA DE TRIANGULACIÓN	
El Tribunal Constitucional y el derecho al libre desarrollo de la personalidad	
Sentencias del Tribunal Constitucional peruano.	<ul style="list-style-type: none">• Sentencia recaída en el exp. 007-2006-PI/TC.• Sentencia recaída en el exp. 00032-2010-PI/TC.• Sentencia recaída en el exp. 2868-2004-AA/TC.
TEMA:	El libre desarrollo de la personalidad
<p>Los magistrados del Tribunal Constitucional han determinado que:</p> <ul style="list-style-type: none">• Sentencia recaída en el exp. 007-2006-PI/TC: El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no se halla enunciado en la Constitución, así constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva del principio de dignidad.• Sentencia recaída en el exp. 00032-2010-PI/TC: Señalar que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho innominado genera que sea un derecho	



indeterminado; ahora bien, desde la sentencia recaída en el exp. 2868-2004-AA/TC se ha asumido ya su ubicación en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución cuando señala “libre desarrollo”.

- Sentencia recaída en el exp. 2868-2004-AA/TC: Un derecho que garantiza la libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera del desarrollo de su personalidad. Plasmado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución.

COMENTARIOS: Actualmente no se duda sobre el carácter de derecho constitucional o fundamental del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sea en vía de derecho innominado o nominado, su ámbito de protección asimismo se encuentra limitado por el desarrollo mismo de la persona humana.



Universidad Nacional del Altiplano

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 10

FICHA DE ANOTACIÓN-RESUMEN	
AUTOR: Susana Mosquera Monelos	MATERIAL BIBLIOGRAFICO: El derecho a la igualdad y no discriminación EN: El derecho fundamental a la igualdad.
TEMA:	La igualdad formal (pp. 20-32).
<p>§ Igualdad formal: La igualdad nacida dentro de las revoluciones de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX tuvo la función de terminar con las ventajas y privilegios de las clases sociales altas. Su mayor limitación fue respecto al concepto de ciudadano, pues las mujeres o discapacitados no tenían dicha calidad.</p> <p>Esta concepción eminentemente formal no tardó en generar nuevas desigualdades, pues se trataba de un puro igualitarismo. Ello consiste en equiparar a todos los hombres sin ninguna distinción.</p> <p>§ Igualdad en la Ley: Consiste en un límite al poder legislativo, ello para que no sea la propia norma la que genere supuestos de desigualdad, y de hacerlo el legislador debe demostrar que existe un fin válido que permita establecer esta distinción. Por tanto, al legislador le está</p>	

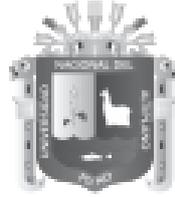


permitido diferenciar, pero le está prohibido discriminar. La diferencia entre una u otra situación depende de la razonabilidad de la medida.

En dicho juicio de razonabilidad como elemento a analizar se debe tener en cuenta su naturaleza de relacional.

§ Igualdad en la aplicación de la Ley: Dirigida al operador jurídico, a fin de que valore si una situación concreta esta ajustada a la prohibición de discriminación, mediante un juicio de razonabilidad

Los elementos esenciales para llevar a cabo este juicio son: i) que se trate de situaciones iguales, ii) que exista un término de comparación; y iii) que la decisión supere la razonabilidad en estricto.



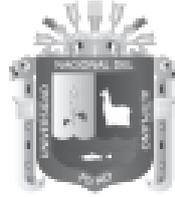
Universidad Nacional del Altiplano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 11

FICHA DE ANOTACIÓN PARÁFRASIS	
AUTOR: Mirta Granero.	MATERIAL BIBLIOGRAFICO: Diferencias entre homosexuales y heterosexuales en comportamiento y personalidad. En la Revista Latinoamericana de Psicología, 1984.
TEMA:	Comparativa entre homosexuales y heterosexuales (pp. 17-22).
TEXTO ORIGINAL	PARÁFRASIS
Hemos encontrado entre los homosexuales y los heterosexuales algunas diferencias significativas en comportamiento y en rasgos de personalidad. Pensamos que muchos resultados como ansiedad, psicoticismo, fidelidad, culpa, temores, etc., pueden estar aumentados	Si bien existen diferencias significativas en comportamiento los niveles de ansiedad, psicoticismo y temores se encuentran incrementados debido, probablemente, a la discriminación que padecen los homosexuales.



en los homosexuales como consecuencia de las presiones y las represiones de la sociedad en que viven. Futuras investigaciones arrojarán más luz sobre este tema.



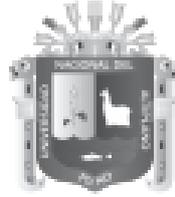
Universidad Nacional del Altiplano

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 12

FICHA DE TRANSCRIPCIÓN	
AUTOR: Jorge Adame Godard	MATERIAL BIBLIOGRAFICO: ¿Qué es el matrimonio? Su naturaleza ética y jurídica
TEMA:	Matrimonio p. 75
<p>§ El matrimonio no es una creación jurídica, sino obra de la libre voluntad, por lo que el conjunto de deberes y derechos que genera depende de lo que los contrayentes han querido y del fin que pretenden con su unión. Los legisladores y jueces pueden sancionar algunos deberes que genera el convenio de las partes, pero ni pueden sancionar todos, lo cual es imposible, ni tampoco puede, como agentes del poder público crear el vínculo matrimonial.</p> <p>§ A la pregunta ¿Qué es el matrimonio?, con base en lo expuesto puede responderse: es la amistad honesta entre un varón y una mujer, sellada por un convenio público, del que resulta la unión personal plena entre ellos, abierta a la procreación de los hijos y por toda la vida.</p>	



Universidad Nacional del Altiplano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 13

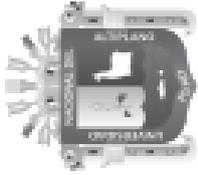
TABLA DE TEST DE IGUALDAD		
Test de igualdad		
1	Determinación del tratamiento legislativo diferente.	<ul style="list-style-type: none">• Determinar la norma general.• Determinar la norma especie que genere la restricción o limitación del derecho.
2	Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad.	<ul style="list-style-type: none">• Existen dos grados o intensidades:<ul style="list-style-type: none">§ Grave: Cuando el motivo del trato diferente es por alguno de los proscritos en la Constitución o un derecho fundamental; y además como consecuencia se impide el ejercicio o goce de un derecho constitucional.§ Media: Cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho



		<p>de rango meramente legal o el de un interés legítimo</p> <p>§ Leve: Cuando el motivo del trato diferente es distinto a los proscritos en la Constitución; e impide el ejercicio o goce de un derecho legal.</p>
3	Determinación de la finalidad del tratamiento diferente.	<ul style="list-style-type: none">• La finalidad se disgrega en:<ul style="list-style-type: none">§ Objetivo: El estado de cosas que se pretende lograr.§ Fin: Es el derecho, principio, bien o valor jurídico que justifica el objetivo.
4	Examen de idoneidad.	<ul style="list-style-type: none">• Está compuesto por dos etapas:<ul style="list-style-type: none">§ Relación la intervención legislativa (medio) y el objetivo (fin inmediato); y§ Relación entre el objetivo (fin inmediato) y la finalidad de la intervención (fin mediato).
5	Examen de necesidad.	<ul style="list-style-type: none">• Está compuesto por dos etapas:<ul style="list-style-type: none">§ Determinación de la idoneidad de los medios alternativos.§ Determinación de si tales medios afectan a la igualdad o la afectan con menor intensidad.



6	Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.	<ul style="list-style-type: none">• Es la comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención.• Es la ponderación entre el derecho o principio a la igualdad y el fin constitución que justifica la intervención (trato diferente).
---	---	---



Universidad Nacional del Altiplano

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho

ANEXO 14

Título: La vulneración de los derechos a la igualdad, identidad y libertad frente a la restricción del matrimonio homoafectivo por el Código Civil peruano.

Formulación del problema	Objetivos	Métodos, técnicas e instrumentos	Diseño metodológico
Formulación del problema general	Objetivo general	Unidades de estudio	Métodos de Enfoque

<p>¿ El artículo 234 del Código Civil vulnera los derechos de igualdad, identidad y libertad de las parejas homoafectivas al limitarles el acceso al matrimonio?</p>	<p>Analizar si los derechos a la igualdad, identidad y libertad de las parejas homoafectivas son vulnerados por el artículo 234 del Código Civil del Perú al limitarles el acceso al matrimonio</p>	<p>1. Derecho a la igualdad. 2. Derecho a la identidad. 3. Derecho a la libertad. 4. Restricción del matrimonio homoafectivo.</p>	<p>1. Descriptivo 2. Dogmático 3. Argumentación jurídica</p>	<p>Cualitativo</p>
<p>Formulación de problemas específicos</p> <p>1. ¿Cuál es el contenido normativo, doctrinario y jurisprudencial de los derechos a la igualdad, identidad, libertad y el matrimonio? 2. ¿Existe una diferencia jurídicamente</p>	<p>Objetivos específicos:</p> <p>1. Describir el contenido normativo, doctrinario y jurisprudencial de los derechos a la igualdad, identidad, libertad y el matrimonio. 2. Determinar la existencia de una diferencia</p>	<p>Técnicas</p> <p>1. Observación documental. 2. Análisis documental. 3. Test de igualdad</p>	<p>Diseño</p> <p>Jurídico dogmático</p>	
<p>2. ¿Existe una diferencia jurídicamente</p>		<p>Instrumentos/fichas</p>	<p>Tipo</p> <p>Básico</p>	

<p>relevante entre homosexuales y heterosexuales en el contexto del acceso al matrimonio?</p> <p>3. ¿El artículo 234 del Código Civil peruano es compatible con los derechos a la identidad y libertad de las parejas homoafectivas en cuanto al acceso al matrimonio?</p> <p>4. ¿Cómo debería estar regulado el matrimonio homoafectivo en el Perú?</p>	<p>jurídicamente relevante entre homosexuales y heterosexuales en el contexto de acceso al matrimonio.</p> <p>3. Evaluar si el artículo 234 del Código Civil peruano es compatible con los derechos a la identidad y libertad de las parejas homoafectivas en cuanto al acceso al matrimonio.</p> <p>4. Formular una propuesta de reforma constitucional y legal que permita el matrimonio homoafectivo.</p>	<p>1. Bibliográfica. 2. Hemerográfica. 3. De anotación-resumen. 4. De anotación-paráfrasis. 5. De transcripción. 6. De triangulación. 7. De comentarios. 8. Test de igualdad.</p>	<p>Ámbito de estudio</p> <p>La investigación se desarrollará la ciudad de Puno, departamento de Puno y en la República del Perú. Asimismo, la investigación se lleva a cabo en el año 2022.</p>
--	--	---	--