



Proyecto de Ley N° 961/2016-CR

Las y los Congresistas de la República que suscriben, en ejercicio del derecho a iniciativa en la formulación de leyes que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y los artículos 22.c, 74 y 75 del Reglamento del Congreso de la República, ponen a consideración del Congreso de la República el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

LEY DE MATRIMONIO CIVIL IGUALITARIO

Artículo 1. Modificación del artículo 234 del Código Civil

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

Noción del matrimonio

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

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

Artículo 2. Aplicación de la ley

Todas las referencias a la institución del matrimonio civil que contiene el ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo y al constituido por personas de distinto sexo.

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

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

Artículo 3. Reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero

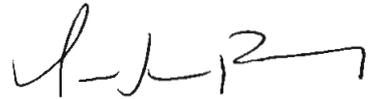
Todo matrimonio regularmente celebrado al amparo de un ordenamiento extranjero tiene la misma eficacia en el Perú, conforme a las reglas del Derecho Internacional Privado. No podrá alegarse en ningún caso que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo es en sí mismo incompatible con el orden público internacional.

Artículo 4. Vigencia de la ley

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

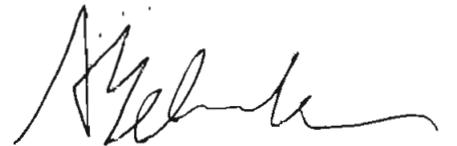
Lima, 14 de febrero de 2017

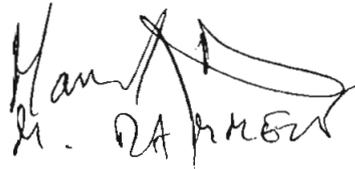

INDIRA ISABEL HUILCA FLORES
Congresista de la República

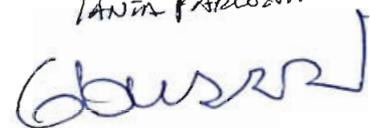


MARIISA GLAVE REMY




Alberto de Belandere

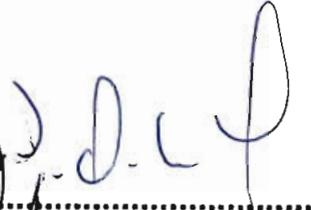

M. DARRIENT


TANIA PARIONA






MARCO ANTONIO ARANA ZEGARRA
Directivo Portavoz Grupo Parlamentario
El Frente Amplio por Justicia, Vida y
Libertad



EDGAR A. OCHOA PEZO
Congresista de la República

2

Carlos Bruce

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 16 de FEBRERO del 2017.

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 961 para su estudio y dictamen, a la(s) Comisión (es) de JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS.

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto de ley pretende modificar el Código Civil en el artículo que regula el matrimonio civil para que se elimine la barrera legal que impide que las parejas del mismo sexo puedan acceder al mismo, fundamentado en los estándares del Derecho Constitucional nacional y comparado, Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como señala el artículo 360 del Código Civil vigente, la disposiciones que se regulan en éste cuerpo normativo son relativas al matrimonio civil y dejan íntegros los deberes que las religiones imponen. En la misma línea este proyecto de ley se refiere al matrimonio civil entre personas.

La iniciativa ha sido elaborada sobre la base de la propuesta alcanzada por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – Promsex, y cuenta con los aportes de diversos colectivos LTGBI y activistas por la diversidad sexual.

I. FUNDAMENTACIÓN

1.1 Marco constitucional y legal de la familia y el matrimonio

Las disposiciones constitucionales que tratan sobre la familia y las relaciones de pareja son los artículos 4¹ y 5²; sin embargo, de las citadas disposiciones se desprende que la Constitución no define a la familia como tampoco la identifica de manera exclusiva con un modelo único. El propio Tribunal Constitucional ha sostenido una concepción dinámica e histórica de la familia, al expresar que:

[...] 6. La aceptación común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así desde una perspectiva jurídica tradicional la familia "está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en parentesco.

7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear; conformada alrededor de la figura del pater familias³.

Así pues, "si bien el modelo de familia nuclear, hegemónico en el siglo XIX, impregnó la legislación peruana, hoy afirmar la exclusividad de tal modelo resulta incompatible con los principios de dignidad, igualdad y autonomía individual. En consecuencia, el

¹ Artículo 4. 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

² Artículo 5. La unión estable de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable.

³ STC Exp N.º 09332-2006-PA/TC, fundamentos 6 y 7.

mandato de protección a la familia que ordena el anteriormente citado artículo 4 de la Constitución no se dirige solo a la familia nuclear, tiene por el contrario un mayor alcance, abarcando a todas aquellas formas familiares que no sean incompatibles con la Constitución"⁴.

A lo anterior se suma la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Atala Riffo y niñas contra Chile que dejó establecido que el concepto de familia contenido en la Convención Americana es diverso:

La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma⁵.

En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una "familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social", y no en una "familia excepcional", refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la "familia tradicional")⁶.

En ese sentido, la Constitución de 1993 contiene un concepto abierto de familia, así lo ha establecido también el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, por lo que el mandato de protegerla no puede entenderse sino dirigido a la diversidad de formas o estructuras familiares que puedan presentarse, protección que se materializa, bajo un Estado constitucional, principalmente en la garantía de los derechos individuales de sus miembros y siempre en armonía con los principios constitucionales, como el de igualdad y no discriminación.

Una lectura literal restringida de los artículos constitucionales entraría en contradicción con el principio de igualdad, el mandato de no discriminación y la autonomía individual; pues la diversidad de orientaciones sexuales en relación con los planes de vida familiares encuentran amparo constitucional en los principios que subyacen al texto de la Constitución y que han ido siendo desarrollados en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

La Constitución Política del Perú establece que: "*La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad*"⁷ y señala que, las formas del matrimonio, las causas de separación y de disolución serán reguladas por Ley. Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido el matrimonio como una *institución jurídica constitucionalmente garantizada⁸ y natural.*

Dichas referencias, conforme a lo señalado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se refieren a que "el hecho social que permite establecer jurídicamente [la] institucionalización [del matrimonio] precede a la formación del Estado y a su

⁴ Fernández Revoredo, María Soledad. La Igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú. 2014, pág. 20.

⁵ Corte IDH. Caso de Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 142.

⁶ Ibid. pág. 143.

⁷ Artículo 4 de la Constitución Política del Perú

⁸ Ver: Expediente N.º 2868-2004-AA/TC, fundamento 13 y EXP. N.º 03605-2005-AA/TC, fundamento 3.

reconocimiento constitucional⁹; ello no implica que se haya establecido de manera definitiva cómo y por quiénes se constituyen las uniones matrimoniales, más aún cuando el propio artículo 2.2 de la Constitución prohíbe toda forma de discriminación.

Así pues, la institución constitucionalmente protegida del matrimonio no hace mención a la orientación sexual de las personas como un requisito para contraerlo por lo que el texto constitucional no presenta barreras para regular el matrimonio de dos personas del mismo sexo y el Poder Legislativo puede configurar de manera razonable las formas y condiciones de su celebración, evitando vulnerar derechos de las personas. Esto último, en atención a que existe un marco de constitucionalidad, que es límite para la actividad legislativa, que se encuentra conformado por la Constitución, los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado peruano es parte y la interpretación sobre los derechos que los órganos y cortes supranacionales han realizado.

De esta manera, si bien la Constitución prevé que el Poder Legislativo puede establecer la forma de constitución del matrimonio, así como las causas de separación y de disolución, debe tenerse en cuenta que la facultad del Estado para regular lo referente a las relaciones de pareja y familiares debe guardar absoluta armonía con el marco constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como lo reconoce el propio Código Civil al señalar que "la regulación jurídica de la familia debe realizarse en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú"¹⁰. En ese sentido, el Poder Legislativo no puede dejar de garantizar protección jurídica a las parejas conformadas por personas del mismo sexo ya que esto supondría una forma de discriminación la misma que se encuentra proscrita por el artículo 2.2 del texto constitucional y las normas relativas a los derechos humanos. Asimismo, esta protección debe garantizarse bajo los parámetros establecidos para las personas de sexo distinto.

Así también, debe recordarse que el Estado en su ordenamiento interno y por actos de cualquiera de sus poderes no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación en perjuicio de un determinado grupo de personas¹¹, como es el caso de las personas LGTB, en el entendido de que "la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, que constituyen un límite infranqueable a la regla de mayorías en instancias democráticas"¹².

En ese sentido, debe considerarse que la Corte IDH ha señalado en su jurisprudencia que "la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido [en ningún ámbito] para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que

⁹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2014). Informe N°-2014-JUS/DGDH. Opinión sobre el Proyecto de Ley 2647/2013-CR que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo, pág. 18. Disponible en: <http://3.elcomercio.e3.pe/doc/0/0/8/5/1/851029.pdf>

¹⁰ Código Civil peruano:

Artículo 233.- La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

¹¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrafo 100.

¹² Corte IDH. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones) en el caso *Gelman vs. Uruguay*, párr. 139.

estas minorías han sufrido¹³, máxime cuando el Estado peruano está internacionalmente obligado a adoptar las medidas que fueren necesarias "para hacer efectivos" los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, tal como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento, "con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición"¹⁴.

1.2 Reconocimiento de las relaciones de pareja y familiares para personas del mismo sexo en el marco del Derecho Comparado

A julio de 2016, veintiún Estados han reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo: Países Bajos, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Suecia, Noruega, Argentina, Portugal, Islandia, Dinamarca, Brasil, Francia, Nueva Zelanda, Uruguay, Reino Unido –con la excepción de Irlanda del Norte–, Irlanda, Luxemburgo, Estados Unidos, México y Colombia¹⁵.

En reconocimiento del matrimonio igualitario en algunos casos se ha dado por vía legislativa, mientras que en otros países se ha dado con intervención de la esfera judicial¹⁶.

1.2.1 Sentencias de la Corte Constitucional colombiana

En nuestro continente, el matrimonio igualitario ha sido objeto de análisis y decisiones importantes por parte de la Corte Constitucional de Colombia. Dicha corporación - a pesar que el artículo 42 de su Constitución Política de 1991 refiere expresamente que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer- ha señalado que el matrimonio acorde con la orientación sexual es expresión de los principios constitucionales de dignidad humana, libertad individual e igualdad¹⁷, libre desarrollo de personalidad y a la autodeterminación¹⁸. Ha sostenido dicha corte que matrimonio es una manifestación de la autonomía del ser humano¹⁹ y debe celebrarse "sin distinciones sociales, étnicas, raciales, nacionales o por su identidad sexual"²⁰.

El matrimonio es también una expresión de la libertad de ser humano, en ese sentido:

[...] unirse a otro ser humano, sea mediante un vínculo jurídico natural o solemne por medio de la celebración de un matrimonio es un derecho que deviene del raciocinio de los seres humanos, en cuya naturaleza y resolución converge algo tan esencial como la necesidad de relacionarse con otra persona para compartir la existencia y desarrollar un proyecto de vida común. El vínculo permanente de esta opción libre, está basado en los lazos o sentimientos más vitales y elementales de la condición humana. Tanto es así, que en muchos casos sus efectos trascienden la vida en sí misma, pues aún después de la muerte, las personas continúan caracterizándose y determinándose sobre la base del

¹³ Corte IDH. Caso de Karen Atala Rifo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 92.

¹⁴ Ibid. párrafo 119

¹⁵ ZELADA, Carlos J. y Alonso GURMENDI DUNKELBERG. "Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos". *Themis*, 69, 2016, p. 266.

¹⁶ RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz. "Reflexiones a propósito del reconocimiento en argentina del matrimonio igualitario y el rol que le corresponde a la esfera judicial". *Gaceta Constitucional*, Tomo 32, agosto 2010, pp. 383-390.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-577/11

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-577/11 y C- SU214/16

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

vínculo que sostuvieron en esta unión esencial denominada por las diversas culturas matrimoniales²¹.

Otra de las libertades que se ven afectadas por la prohibición de este matrimonio es el libre desarrollo de personalidad, puesto que: "La expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales es [una] conclusión que surge de [sus] exigencia²².

Otro de los principios sobre los cuales se sustenta el matrimonio tanto de las parejas heterosexuales y del mismo sexo es la igualdad de trato. Al respecto, la Corte de Colombia ha señalado que: i) "[...] Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, en el sentido de que mientras las primeras pueden conformar una familia, sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil, en tanto que las segundas pueden hacerlo únicamente por medio de la primera opción, configura una categoría sospechosa (fundada en la orientación sexual), que no logra superar un test estricto de igualdad, como quiera que no persigue ninguna finalidad constitucionalmente admisible"²³; ii) "Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales"²⁴; iii) "Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste"²⁵; iv) "el principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría"²⁶.

Asimismo, se ha resaltado que el derecho de las minorías: i) "no admite la existencia de dos clases de matrimonio, enviando un mensaje de inferioridad a algunas personas, pues ello comporta un trato diferenciado y desproporcionado fundado en la orientación sexual que quebranta los derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad"²⁷; ii) "El derecho fundamental a la libre opción sexual impide imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria ya que el campo sobre el cual recaen las decisiones políticas del Estado no puede ser aquel en el que los miembros de la comunidad no están obligados a coincidir como ocurre con la materia sexual, salvo que se quiera edificar la razón mayoritaria sobre el injustificado e ilegítimo recorte de la personalidad, libertad, autonomía e intimidad de algunos de sus miembros"²⁸. "En esta dirección se ha concluido que el principio democrático no puede avalar "un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría" y que el principio de igualdad se opone, de manera radical, a que, a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría"²⁹.

Las limitaciones que sí son admisibles constitucionalmente en la celebración del matrimonio son las de tipo consanguíneo, por razones de edad, cuando no hay

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

²² Sentencia C-577/11

²³ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-577/11

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

²⁸ Sentencia C-577/11

²⁹ Sentencia C-577/11

consentimiento libre o cuando hay otro vínculo matrimonial³⁰; fuera de esos supuestos, no es constitucionalmente admisible imponer otras limitaciones, como las de tipo sexual.

El Tribunal colombiano ha considerado también que la autodeterminación sexual, que comprende "el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad", constituye "[el] núcleo esencial de los derechos a la personalidad y a su libre desarrollo"³¹, "como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, "que no causa daño a terceros" y que está amparado por el respeto y la protección que [...] deben asegurar las autoridades a todas las personas residentes en [un determinado país]"³².

1.2.2 Corte Suprema de Estados Unidos

El 26 de junio de 2015, en el caso *Obergefell v. Hodges*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en una decisión de cinco votos contra cuatro, decidió que las parejas del mismo sexo tienen el derecho fundamental a contraer matrimonio en todos los Estados.

La Corte se fundamentó en que: (i) este derecho forma parte de la autonomía personal de cada individuo; (ii) los precedentes de la Corte Suprema han reconocido que el derecho al matrimonio es fundamental; (iii) el matrimonio da eficacia a otros derechos conexos como lo son la crianza, procreación y educación de los niños, de manera que los menores que hacen parte de estas familias sufren el trato diferenciado de ser criados por padres que no están casados; (iv) el matrimonio es un pilar fundamental de la nación y los estados parte de la unión han aprobado muchos beneficios a quienes contraen dicho vínculo, por lo que las parejas homosexuales se ven injustificadamente excluidas de los mismos, y (v) el derecho a contraer matrimonio aplica a los estados de la unión en virtud de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal.

Con respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que se trata de una tradición de la gran mayoría de culturas, indefectiblemente ligada a la dignidad humana: "La naturaleza del matrimonio es tal que, a través de su vínculo permanente, dos personas pueden encontrar juntas otras libertades, como la expresión, la intimidad y la espiritualidad. Esto es cierto para todas las personas, independientemente de su orientación sexual. Hay dignidad tanto en la unión entre dos hombres o dos mujeres que buscan casarse como en su autonomía para tomar decisiones tan profundas"³³.

En complemento de lo anterior, la Corte desligó la decisión de posturas de orden ideológico, político, filosófico o religioso: "El derecho a contraer matrimonio es fundamental como una cuestión de historia y tradición, pero los derechos no provienen de fuentes antiguas solamente. Surgen, también, de un entendimiento mejor informado sobre cómo los imperativos constitucionales definen una libertad que sigue siendo urgente en nuestra propia época. Muchos de los que consideran equivocado el matrimonio entre personas del mismo sexo llegan a esa conclusión basándose en

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

³¹ Sentencia C-577/11

³² Sentencia C-577/11

³³ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso *Obergefell v. Hodges*



premisas religiosas o filosóficas decentes y honrosas, y ni ellos ni sus creencias están siendo menospreciados aquí. Pero cuando esa sincera oposición personal se convierte en ley y en política pública, la consecuencia lógica es que el propio Estado da cierto imprimatur a una exclusión que pronto degrada o estigmatiza a aquellos cuya libertad es denegada. Según la Constitución, las parejas del mismo sexo buscan en el matrimonio el mismo trato jurídico que las parejas de sexos opuestos, y negarles este derecho menospreciaría sus decisiones y los denigraría como personas.³⁴

Otro derecho fundamental que se garantiza con la adopción de este tipo de matrimonio es la igual protección de las leyes: "El derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio que forma parte de la libertad prometida por la Decimocuarta Enmienda se deriva, también, de la garantía de que la enmienda de la igual protección de las leyes. Debido Proceso Claus y la cláusula de igual protección están conectados. Así, a pesar de que los contienen los principios independientes. Derecho implícito en la libertad y los derechos garantizados por la igualdad de protección puede descansar en diferentes preceptos y no siempre son la misma extensión. Sin embargo, en algunos casos cada uno puede ser instructivo en cuanto al significado y alcance de la otra"³⁵. "[A] las parejas del mismo sexo se les niega todos los beneficios que ofrece a las parejas de distinto sexo y se les impide ejercer un derecho fundamental. Especialmente contra un largo historial de desaprobación de sus relaciones, esta negación a las parejas del mismo sexo del derecho a casarse es un grave daño continuo. [...] la cláusula de igual protección, al igual que el Debido Proceso Cláusula, prohíbe esta infracción injustificada del derecho fundamental a contraer matrimonio"³⁶

Además, el tribunal supremo estadounidense consideró que impedir el matrimonio entre parejas del mismo sexo afecta los derechos fundamentales de los hijos y las hijas: "Excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio, por lo tanto, entra en conflicto con una premisa central del derecho a contraer matrimonio. Sin el reconocimiento, estabilidad y predictibilidad que el matrimonio ofrece, sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera inferiores. También sufren los costos materiales significativos de ser criados por padres solteros, relegados por causas ajenas a su voluntad a una vida familiar más difícil e incierta. De esta manera, las leyes sobre el matrimonio en cuestión causan daño y humillan a los hijos de parejas del mismo sexo"³⁷.

Sobre la competencia del Poder Legislativo para determinar el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la Corte Suprema sostuvo que los derechos fundamentales son principios que prevalecen en defensa de las minorías, las cuales no pueden estar sometidas a la espera de la función legislativa: "La dinámica de nuestro sistema constitucional es que los individuos no tienen por qué esperar acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental. Las cortes nacionales están abiertas para individuos afectados quienes llegan a ellas para vindicar sus intereses personales y directos contenidos en nuestra carta más básica"³⁸.

³⁴ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso Obergefell v. Hodges

³⁵ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso Obergefell v. Hodges

³⁶ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso Obergefell v. Hodges

³⁷ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso Obergefell v. Hodges

³⁸ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso Obergefell v. Hodges

1.2.3 Tribunal Constitucional Español

El matrimonio entre personas del mismo sexo es legal en España a partir del 3 de julio de 2005, con la aprobación por parte del Congreso de Diputados de la Ley 13/2005 "por la cual se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio". A través de esta norma se realizaron cambios en el Código Civil para eliminar las limitaciones existentes y permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, incluyendo el derecho a adoptar. El Poder Legislativo sustituyó la expresión "marido y mujer" por "cónyuges" y añadió un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil que dispone: "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo."

Tras su entrada en vigor el 30 de noviembre de 2005, el Partido Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la ley ante el Tribunal Constitucional, el cual fue resuelto mediante Sentencia 198 del 6 de noviembre de 2012, (esto es siete años después de su tramitación), con 8 votos a favor de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y 3 en contra. Previamente, en providencia judicial de mayo de 2009, el Tribunal Supremo había negado a los jueces la posibilidad de oponerse a casar parejas del mismo sexo, en razón de sus creencias religiosas, por considera que estos están sometidos al principio de legalidad.

En la sentencia del año 2012, el Tribunal Constitucional español indica que la medida adoptada: "No es ajena a una explicación racional sobre la medida adoptada, conteniéndose la misma en la exposición de motivos de la norma. Tal justificación se basa en la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución)"³⁹.

Otro de los argumentos para rechazar la demanda presentada es la evolución del derecho en cuanto a la aceptación del matrimonio: "La institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los derechos humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva "imagen" del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural"⁴⁰

Para este Tribunal con el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio por parte de personas del mismo sexo se respeta su orientación sexual y ello no afecta el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio:

El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer

³⁹ Sentencia 198/2012

⁴⁰ Sentencia 198/2012

matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código civil. Sin embargo, las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual⁴¹.

1.3 Cumplimiento de las obligaciones internacionales del estado en materia de derechos humanos de las personas TLGB mediante la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito legislativo

1.3.1 Fundamentos del *Control de Convencionalidad* en la función legislativa

Cuando un Estado es parte de tratados sobre derechos humanos es "función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial"⁴² la realización del control de convencionalidad en el ejercicio de sus funciones.

El *control de convencionalidad*, es concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional⁴³ y aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile del año 2006*, en cuya sentencia se abordaron, primigeniamente, los elementos y alcances del concepto.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. *Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces [y cualquier autoridad], como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En esta tarea, [...] debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*⁴⁴

En ese sentido, en el marco del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, la Corte IDH ha ido precisando progresivamente el alcance de dicho control, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos (o características):

⁴¹ Sentencia 198/2012

⁴² Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Párr. 239.

⁴³ *Ibíd.* párr. 65

⁴⁴ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 (sobre Control de Convencionalidad), pág. 04

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.

b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública, es decir, de todas las autoridades y órganos de un Estado parte de la CADH, incluyendo los órganos legislativos como el Congreso de la República, en el ámbito de sus competencias.

c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia (dictada en atención a su competencia contenciosa o consultiva⁴⁵) de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte⁴⁶; con el objetivo de que no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones (del ámbito interno de los Estados) contrarias a su objeto y fin.

d) Es un control que debe ser realizado ex officio, es decir debe ser realizado aun cuando no haya un pedido por parte de terceros de que dicho control se realice, pues es obligación de todo órgano del Estado inherente al cumplimiento de sus funciones.

e) Su ejecución puede implicar la *supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH*, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. Ello en atención a que el artículo 2⁴⁷ de la CADH impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención⁴⁸; en ese sentido los Estados tienen la obligación de adecuar su legislación interna cuando esta no se ajuste a los parámetros internacionales⁴⁹.

De manera específica, sobre el elemento c) debe considerarse que, la Corte IDH precisó que aun cuando un Estado no haya sido parte en un proceso internacional en que fue establecido un determinado estándar en materia de derecho humanos, por el solo hecho de ser Estado parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, "están obligados por el tratado a realizar un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana"⁵⁰.

⁴⁵ Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014, párr. 31.

⁴⁶ Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012, párr. 330.

⁴⁷ Artículo 2: "Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

⁴⁸ Lo cual fue señalado por la Corte en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (párr.121. El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley N° 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. *Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso*)

⁴⁹ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 (Sobre Control de Convencionalidad), pág. 06

⁵⁰ Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. párr. 69

Asimismo, la Corte enfatizó que sus sentencias "no se limitan en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*"⁵¹. Lo cual también ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional del Perú:

En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos⁵².

Así pues, es necesario que, "la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención Americana"⁵³. En términos prácticos, ello significa que, al abordar la discusión sobre la aprobación del presente proyecto, la interpretación de los artículos del Código Civil y de la Constitución Política peruana sea coherente con los principios convencionales contenidos en la Convención Americana, otros tratados interamericanos y la jurisprudencia pertinente de la Corte IDH, para evitar que el Estado peruano incurra en responsabilidad internacional, considerando que los legisladores son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos.

Por tanto, debe recordarse que en el análisis sobre la constitucionalidad y convencionalidad del presente proyecto de ley se deberá considerar que el "contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el [Código Procesal Constitucional] 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"⁵⁴ y lo señalado por el Tribunal Constitucional:

[...] los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).⁵⁵

En ese sentido, de acuerdo a lo expuesto, el Poder Legislativo debe considerar en sus decisiones que la orientación sexual e identidad de género son categorías reconocidas y protegidas por la Constitución y la Convención Americana; y que las familias conformadas por parejas del mismo sexo también son familias protegidas y tienen el

⁵¹ Idem. párr. 102

⁵² Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

⁵³ Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. párr. 338

⁵⁴ Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales del Código Procesal Constitucional

⁵⁵ Exp. N.º 05854-2005-AA/TC Fundamento 23.

derecho al mismo trato y beneficios que el Estado les otorga a las parejas heterosexuales.

1.3.2 El principio de igualdad y no discriminación como fundamento de los derechos humanos

En el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos encontramos que el artículo 1 de la Convención Americana establece 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 esté 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 social⁵⁶.

El artículo 2 de la Convención Americana establece:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El artículo 24 de la Convención Americana establece:

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

En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado las distintas concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación⁵⁷. Explicando, de ese modo, que una concepción se encuentra relacionada con la "prohibición de diferencia de trato arbitraria (entendiendo por diferencia de trato distinción, exclusión, restricción o preferencia)"⁵⁸ y otra es la "obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados"⁵⁹. Aún más, la Corte IDH también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*⁶⁰, es decir, dicho principio puede considerarse como imperativo del derecho internacional general, lo que implica que, el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su

⁵⁶ Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁵⁷ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

⁵⁸ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, *No discriminación*, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 92

⁵⁹ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Atala Ruffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 79; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.

tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación⁶¹.

Por ello, la violación del principio de igualdad y no discriminación por parte de los Estados, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, le genera responsabilidad internacional, pues "dicho principio, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares"⁶².

En ese sentido, respecto a las obligaciones del Estado de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la CADH, debe entenderse que, "todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, pues [...] el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos"⁶³, máxime cuando la Corte 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 iure* o *de facto*"⁶⁴.

1.3.3 La orientación sexual como categoría protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos y su impacto en la interpretación de la Constitución Política del Perú

Según el artículo 2.2 de la Constitución, se reconoce el principio/derecho de igualdad en los siguientes términos: "Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ya ha emitido sendos pronunciamientos sobre el derecho/principio a la igualdad y no discriminación con relación a la categoría de orientación sexual, señalando lo siguiente:

(...) El respeto por la persona se convierte en el *leit motiv* que debe informar toda actuación estatal. Para tales efectos, la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona.⁶⁵

La permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad [...] en estos casos la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución Penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales.⁶⁶

Por su parte, la Corte IDH ha establecido que "la orientación sexual se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de auto-determinarse y

⁶¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 100

⁶² *Idem* pág. 134

⁶³ Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 100.

⁶⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 103; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 271.

⁶⁵ STC N° 2868-2004 AI/TC, pág. 23

⁶⁶ STC N° 01575-2007-PHC/TC, pág. 28

escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones⁶⁷. Así, reiteradamente, tanto en el año 2012, en un caso relacionado con la remoción, a una mujer lesbiana, de la tuición de sus hijas debido a su orientación sexual (*Atala Riffo y Niñas vs. Chile*), como en el año 2016, en un caso relativo al no reconocimiento a un ciudadano de la pensión de sobrevivencia correspondiente posterior a la muerte de su pareja del mismo sexo (*Ángel Alberto Duque vs. Colombia*), la Corte IDH concluyó que la orientación sexual constituye una categoría protegida por la Convención Americana:

[...] teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], la Corte Interamericana deja 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".^{68 69}

Estas consideraciones, son obligatorias en atención al control de convencionalidad y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo V del Código Procesal Constitucional⁷⁰ y la Cuarta Disposición Final y Transitoria⁷¹ de la Constitución.

La Corte IDH ha sido enfática en señalar que "tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio"⁷².

El Tribunal Constitucional ha precisado que la igualdad implica el "reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otros motivos ("de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes"⁷³. Asimismo, ha señalado el Tribunal a propósito del artículo 2.2 de la Constitución que aunque esta disposición constitucional no mencione, al menos de manera expresa, a cierto grupo

⁶⁷ Corte IDH. Caso de Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 136.

⁶⁸ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

⁶⁹ Corte IDH. Caso *Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

⁷⁰ Código Procesal Constitucional. (2004) Artículo V. Interpretación de los Derechos Constitucionales: "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

⁷¹ Cuarta. - 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.

⁷² Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 124.

⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia de 16 de abril de 2014, recaída en el Expediente N° 02437-2013-PA/TC. fundamento 5.

de personas como uno que merece una especial protección constitucional frente a supuestos de discriminación, "es posible afirmar que, de la expresión "de cualquier otra índole", el constituyente ha deseado elaborar una cláusula de carácter indeterminado que sea pasible de amoldarse a los tiempos y que pueda reconocer nuevos supuestos de especial tutela"⁷⁴.

A nivel nacional la categoría de orientación sexual aparece reconocida expresamente desde el Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, artículo 37.1.

1.4 Los caminos adoptados por las parejas peruanas: uniones simbólicas y reconocimiento de uniones celebradas en el extranjero

La falta de regulación sobre las uniones de personas del mismo sexo en el Perú ha ocasionado que las parejas de peruanos y peruanas opten por diversos caminos.

Una de las vías ha sido oficial **uniones simbólicas** en registros administrados por colectivos de la comunidad LGBT. Por ejemplo, el 19 de julio del 2003, durante el Primer Festival de la Diversidad Sexual desarrollado en la Plaza Francia, se abrió el Registro Simbólico de Uniones de Hecho entre personas del mismo. El Registro lo administra el *Colectivo Uniones Perú* que fue conformado en el 2003 por lesbianas y gays que tenían como objetivo el reconocimiento social y legal de las familias que voluntariamente conforman. Desde ese año, anualmente en ceremonias públicas especialmente organizadas como los Festivales de la Diversidad Sexual y de Género o en las Ceremonias denominadas El Amor no Discrimina, y en ceremonias privadas se han inscrito 121 compromisos entre personas del mismo sexo.

Otra estrategia de parejas de peruanas y peruanos en relaciones de pareja del mismo sexo ha sido **legalizar sus uniones en el extranjero**. Esto se ha reflejado en criterios jurídicos relativos al reconocimiento de dichos matrimonios en el Perú. Desde la academia se ha destacado que:

El Perú es uno de los cuatro países de Sudamérica que no reconoce ninguna forma legal para que dos personas del mismo sexo puedan conformar una sociedad de gananciales y ser reconocidos como una familia. Esta situación deja a millones de sus ciudadanos en el más absoluto desamparo, impidiéndoles la realización plena de su proyecto de vida. Algunas de estas personas, deseosas de contar con un reconocimiento legal de sus relaciones, ven en los ordenamientos jurídicos extranjeros una opción de última *ratio* para obtener un mínimo de derechos amparables en nuestro país. Después de todo, algunos Estados permiten libremente la celebración de uniones matrimoniales o civiles para los extranjeros no domiciliados en sus fronteras⁷⁵.

El primer criterio jurídico establecido al respecto ha sido la procedencia de la inscripción registral de derechos patrimoniales de una pareja homosexual que haya contraído matrimonio en un país extranjero. En el caso de dos hombres que se unieron en Bélgica y compraron dos inmuebles en nuestra capital, y que recurrieron a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP) a fin

⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia de 21 de agosto de 2014, recaída en el Expediente N° 01153-2013-PA/TC, fundamento 4.

⁷⁵ ZELADA, Carlos J. y Alonso GURMENDI DUNKELBERG. "Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos". *Themis*, 69, 2016, p. 258.

de registrar la adquisición como bienes de la sociedad conyugal sujetos al régimen de separación de patrimonios, el Tribunal Registral declaró procedente la inscripción de la compra de los inmuebles compartidos por la pareja. El Tribunal concluyó que la inscripción no contravenía el orden público internacional pues la unión se contrajo sin ninguna irregularidad en el país extranjero y señaló que "no resulta factible desconocer la eficacia del vínculo matrimonial contraído entre los compradores ni el régimen patrimonial adoptado como pretende el registrador, ya que dicho vínculo se realizó al amparo de la legislación belga que permite ese tipo de matrimonios, aspecto que no resulta incompatible con el orden público internacional ni con las buenas costumbres. Así, no podría ser incompatible con el orden público internacional el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues está permitido en innumerables países"⁷⁶.

El segundo criterio jurídico establecido ha sido la procedencia de la inscripción en los Registros Civiles del estado civil matrimonial de una pareja homosexual que contrajo matrimonio en un país extranjero. El ciudadano peruano Óscar Ugarteche interpuso demanda ante el RENIEC a fin de obtener el reconocimiento de su matrimonio celebrado en el 2012 en México con el ciudadano de ese país Fidel Aroche⁷⁷. El juzgado constitucional de Lima declaró fundado el pedido del demandante, disponiendo la inscripción de su matrimonio y en la argumentación destacó que "la razón en la cual se ha fundamentado la denegación del reconocimiento del matrimonio celebrado con el demandante en el extranjero, es por la única razón de que fue celebrado entre personas homosexuales, no constituyendo dicho argumento ser razonable y objetivo, por lo que resulta altamente discriminatorio y contrario tanto a nuestra constitución, como a todos los dispositivos internacionales citados en la presente resolución"⁷⁸.

Otro aspecto legal por resolverse es la **inscripción de hijos/as nacidos de uniones celebradas en el extranjero.** Se ha puesto en debate el reconocimiento legal de la maternidad (o paternidad) conjunta de parejas del mismo sexo a propósito de dos mujeres que han solicitado que el RENIEC reconozca la maternidad conjunta del niño que han concebido como parte de su matrimonio celebrado en México⁷⁹.

Estos antecedentes reflejan la necesidad de que se establezca un criterio uniforme sobre las implicancias legales de las uniones celebradas en el extranjero. Por ello, el proyecto de ley señala expresamente que no podrá alegarse en ningún caso que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo es en sí mismo incompatible con el

⁷⁶ LA LEY. "Matrimonios gay pueden adquirir e inscribir bienes en el Perú". Nota periodística de fecha 4 de octubre de 2016, elaborada por Ana Bazo Reisman para el portal legal *La Ley*, disponible en <http://laley.pe/not/3554/matrimonios-gay-pueden-adquirir-e-inscribir-bienes-en-el-peru/>. La resolución a la que se hace referencia, y cuyo texto íntegro está disponible en el enlace mencionado, es la Resolución N° 1868-2016-SUNARP-TR-L, de 16 de septiembre de 2016.

⁷⁷ LA LEY. "Juez ordena la inscripción de matrimonio homosexual en el Perú". Nota periodística de fecha 9 de enero de 2017, elaborada por Cynthia Vergaray para el portal legal *La Ley*, disponible en <http://laley.pe/not/3726/juez-ordena-la-inscripcion-de-matrimonio-homosexual-en-el-peru/>.

⁷⁸ La sentencia a la que se hace referencia, y cuyo texto íntegro está disponible en el enlace mencionado en el pie de página previo, es del séptimo Juzgado Constitucional en el Expediente N° 22863-2012-0-1801-JR-CI-08.

⁷⁹ ALTAVOZ. "RENIEC señala que inscribirá a niño con apellidos de sus dos madres. Esta es la historia detrás". Nota periodística de fecha 16 de enero de 2017, elaborado por Matheus Calderón para el portal legal *Altavoz*, disponible en <http://altavoz.pe/2017/01/16/20669/reniec-senala-que-inscribira-a-nino-con-apellidos-de-sus-dos-madres-esta-es-la-historia-detras>.

orden público internacional. Las resoluciones previas a las que se ha hecho referencia abonan a ese criterio que ha sido respaldado también por la academia⁸⁰.

II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto de ley propone la modificación del Código Civil en el artículo que regula el matrimonio para que se elimine la barrera legal que impide que las parejas del mismo sexo puedan acceder al mismo. Con ello se busca que todas las referencias al matrimonio en el ordenamiento jurídico nacional se apliquen tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo y al constituido por personas de distinto sexo. Asimismo, busca reforzar el marco legal de reconocimiento de los matrimonios por personas de distinto sexo como forma de familia y garantizar que las uniones contraídas válidamente en el extranjero surjan efectos en el Perú.

III. ANALISIS COSTO BENEFICIO

El presente proyecto no demandará gasto alguno para el erario nacional pues se enmarca en el goce de los derechos de las personas a formar familias en su diversidad. Con ello coadyuva a la vigencia del artículo 4º de la Constitución y se enmarca en las políticas nacionales de protección de las familias en su diversidad como el Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016 – 2021.

⁸⁰ ZELADA, Carlos J. y Alonso GURMENDI DUNKELBERG. "Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos". *Themis*, 69, 2016, pp. 257-274.