

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

COMISIÓN DE justicia Y DERECHOS HUMANOS

Período anual de sesiones 2022 2023

Señor Presidente:

Ha ingresado para dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el **Proyecto de Ley N° 525/2021-CR, Ley de Matrimonio Igualitario**, Ley que Modifica el Artículo 234 del Código Civil, presentado por los congresistas Susel Ana María Paredes Piqué, George Edward Málaga Trillo, Flor Aidee Pablo Medina, Yorel Kira Alcarraz Agüero, Edgard Cornelio Reymundo Mercado, Sigrid Tesoro Bazán Narro, Isabel Cortez Aguirre y Ruth Luque Ibarra, pertenecientes a diferentes Grupos Parlamentarios y/o a ninguno de ellos, con la facultad que establece el Artículo 107 de la Constitución Política del Estado y los Artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso

Después del análisis y debate correspondientes, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, ha acordado por (UNANIMIDAD/MAYORIA) de los presentes, en su Duodécima Sesión Ordinaria, celebrada el 04 de enero de 2023, el presente dictamen que recomienda la **NO APROBACIÓN** del Proyecto de Ley N° 525/2021-CR.

I SITUACIÓN PROCESAL

a. Antecedentes procedimentales

El Proyecto de Ley N° 525/2021-CR fue presentado el 22 de Octubre del 2021, siendo decretado a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el 29 de Octubre de 2022, en calidad de única comisión dictaminadora.

b. Antecedentes Parlamentarios

- Proyecto de Ley 961/2016-CR, que modifica el Artículo 234 del Código Civil, quedando 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.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

- Proyecto de Ley 2647/2013-CR, que establece la Unión no Matrimonial para Personas del mismo sexo.

c. Opiniones e informaciones solicitadas

Se ha solicitado opinión a las siguientes instituciones:

PROYECTO DE LEY	OFICIO	INSTITUCION	FECHA
525/2021-CR	Of. P.O. N° 201-2021-2022-CJYDDHH/CR	MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS	11/11/2021
	Of. P.O. N° 202-2021-2022-CJYDDHH/CR	PODER JUDICIAL	11/11/2021
	Of. P.O. N° 203-2021-2022-CJYDDHH/CR	MINISTERIO PÚBLICO	11/11/2021
	Of. P.O. N° 204-2021-2022-CJYDDHH/CR	DEFENSOR DEL PUEBLO	11/11/2021
	Of. P.O. N°205-2021-2022-CJYDDHH/CR-	CONFERENCIA EPISCOPAL PERUANA (CEP)	11/11/2021
	Of. P.O. N° 206-2021-2022-CJYDDHH/CR	CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNION DE IGLESIAS CRISTIANAS EVANGELICAS (UNICEP)	11/11/2021

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
 N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
 DEL CÓDIGO CIVIL**

Of. P.O. N° 207-2021-2022-CJYDDHH/CR	UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS (UNMSM)	11/11/2021
Of. P.O. N° 208-2021-2022-CJYDDHH/CR	DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD FEMENINA DEL SAGRADO CORAZON (UNIFÉ)	11/11/2021
Of. P.O. N° 209-2021-2022-CJYDDHH/CR	DECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ (PUCP)	11/11/2021
Of. P.O. N° 210-2021-2022-CJYDDHH/CR	DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD SAN MARTÍN DE PORRES (USMP)	11/11/2021
Of. P.O. N° 211-2021-2022-CJYDDHH/CR	RENIEC	11/11/2021
Of. P.O. N° 212-2021-2022-CJYDDHH/CR	DOCENTE DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ BENJAMIN AGUILAR	11/11/2021

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
 N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
 DEL CÓDIGO CIVIL**

Of. P.O. N° 213-2021-2022-CJYDDHH/CR	DOCENTE DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ CARMEN CABELLO M	11/11/2021
Of. P.O. N° 214-2021-2022-CJYDDHH/CR	RESPONSABLE DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO CIVIL UNIVERSIDAD DE LIMA ENRIQUE VARSÍ R.	11/11/2021
Of. P.O. N° 641-2021-2022-CJYDDHH/CR REITERATIVO	MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS	15/02/2022
Of. P.O. N° 642-2021-2022-CJYDDHH/CR REITERATIVO	PODER JUDICIAL	15/02/2022
Of. P.O. N° 643-2021-2022-CJYDDHH/CR REITERATIVO	MINISTERIO PÚBLICO	15/02/2022
Of. P.O. N° 644-2021-2022-CJYDDHH/CR REITERATIVO	DEFENSOR DEL PUEBLO	15/02/2022

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

II.- CONTENIDO DE LAS PROPUESTA

- **El Proyecto de Ley N°525/2021-CR, LEY DEL MATRIMONIO IGUALITARIO**, tiene por objeto modificar el Artículo 234, del Código Civil con el siguiente texto : "Noción de 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".

De acuerdo con la normativa vigente, los proyectos materia de análisis es una ley meritada con base al ejercicio del derecho de iniciativa en la formación de leyes que confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, cuyo contenido se encuentra vinculado al tema de Justicia, por lo que su estudio y dictamen corresponde en efecto a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

III.- MARCO NORMATIVO

3.1. Legislación Nacional

- Constitución Política del Perú de 1993, publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 30 de diciembre de 1993.
- Código Civil.
- Reglamento del Congreso de la República.

3.2. Legislación Comparada

3.2.1. 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,

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

Reino Unido —con la excepción de Irlanda del Norte—, Irlanda, Luxemburgo, Estados Unidos, México y Colombia¹.

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 judicial².

3.2.2. 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 igualdad,³ libre desarrollo de personalidad y a la autodeterminación.⁴ Ha sostenido dicha corte que matrimonio es una manifestación de la autonomía del ser humano⁵ y debe celebrarse «sin distinciones sociales, étnicas, raciales, nacionales o por su identidad sexual».⁶

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 esencial denominada por las diversas culturas matrimonio".⁷

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] exigencia»⁸

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

¹ ZELADA Carlos J. y Alonso GURMENDI DUNKELBERG (2016). Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos. *Tliernis*, 69. página 266.

² RAMIREZ HUAROTO, Beatriz (2010). 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. páginas 383-390,

³ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-577/11

⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-577/11 y C- Su214/16.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia O- SU214/16

⁸ Sentencia C-577/11.

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

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 admisible⁹; ii) "Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales" ¹⁰; 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"¹¹; 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"¹².

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" ¹³; u) "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"¹⁴. "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"¹⁵.

Las limitaciones que si son admisibles constitucionalmente en la celebración del matrimonio son las de tipo consanguíneo, por razones de edad, cuando no hay consentimiento libre o cuando hay otro vínculo matrimonial:¹⁶ 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

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 8U214/16.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia O- SU214/16,

¹² Sentencia C-577/11.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16,

¹⁴ Sentencia C-577/11,

¹⁵ Sentencia C-577/11,

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia O- SU214/16.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

desarrollo,¹⁷ "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]"¹⁸.

3.2.3. Corte Suprema de Estados Unidos

El 26 de junio de 2015, en el caso Obergefell y. 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 **(y)** 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 profundas¹⁹.

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 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

¹⁷ Sentencia C-577/11,

¹⁸ Sentencia C-577/11,

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Caso Obergefell y. Hodges.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

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».²⁰

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».²¹ «[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».²²

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».²³

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».²⁴

3.2.4. Tribunal Constitucional español

²⁰ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Caso Obergefeil y. Hodges.

²¹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Caso Obergefeil y. Hodges.

²² Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Caso Obergefeil y. Hodges.

²³ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Caso Obergefeil y. Hodges.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Caso Obergefeil y. Hodges.

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

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 considerar 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)».²⁵

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».²⁶

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:

²⁵ Sentencia 198/2012.

²⁶ Sentencia 198/2012.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

«El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer 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 sexual».²⁷

3.3. NORMAS CONVENCIONALES

3.3.1. 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

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»²⁸ 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 Internacional²⁹ 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

²⁷ Sentencia 198,2012.

²⁸ Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Párrafo 239.

²⁹ *Ibid.* párrafo 65.

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

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.³⁰

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):

«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 consultiva³¹) de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte³²; 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

³⁰ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 (sobre Control de Corivencionalidad), página 4.

³¹ 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, Resolución del 19 de agosto de 2014. párrafo 31.

³² Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar») Vs. Guatemala. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 noviembre de 2012, párrafo 330.

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

autoridad pública. Ello en atención a que el artículo 2³³ de la CADH impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención³⁴; en ese sentido los Estados tienen la obligación de adecuar su legislación interna cuando esta no se ajuste a los parámetros internacionales»³⁵

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 derechos 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»³⁶

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 aquella es vinculante en su integridad, incluyendo su ratio decidendi».³⁷ 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

³³ «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».

³⁴ 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 (párrafo 121). El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley 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).

³⁵ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 (Sobre Control de Convencionalidad), página 6.

³⁶ Caso Gelman Vs, Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013. párrafo 69.

³⁷ Idem. párrafo 102

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos³⁸.

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»³⁹. 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 parte⁴⁰ 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).⁴¹

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

³⁸ Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente 2730-2006-PAJTC), fundamento 12.

³⁹ Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2009, párrafo 338.

⁴⁰ Artículo V. Interpretación de los Derechos Constitucionales del Código Procesal Constitucional

⁴¹ Expediente 05854-2005-AA/TC, fundamento 23.

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

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

3.3.2. 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 social⁴².

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 discriminación⁴³. Explicitando, de ese modo, que una concepción se encuentra relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria (entendiendo por diferencia de trato distinción, exclusión,

⁴² Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴³ CIDH. Demanda ante la Corte interamericana de Derechos Humanos *Caso Karen Atala e Hijas vs. Chi/e*. 17 de septiembre de 2010, párrafo 80.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

restricción o preferencia)⁴⁴ 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 discriminados⁴⁵. 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*⁴⁶, 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 tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación.⁴⁷

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.⁴⁸

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»,⁴⁹ 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 jure o de facto»⁵⁰

⁴⁴ 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 del 17 de setiembre de 2003. Serie A, 18, párrafo 92

⁴⁵ CIDH Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Karen Ata/a e Hijas y Chile*. 17 de setiembre de 2010, párrafo 80.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Ata/a Riffo y Nhias Vs. Chile* Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C. 239. párrafo 79; y, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migran/es Indocumentados*, Opinión Consultiva OC18I03 del 17 de setiembre de 2003. Serie A. 18, párrafo 101.

⁴⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migran/es Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de setiembre de 2003. Serie A, 18, párrafo 100.

⁴⁸ Idem página 134.

⁴⁹ Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de setiembre de 2003, Serie A. 18, párrafo 100.

⁵⁰ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-1 8/03 del 17 de setiembre de 2003. Serie A, 18, párrafo 1031 *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C. 214, párrafo 271.

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

3.3.3. 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.⁵¹ 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.⁵²

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 escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones⁵³. Así, reiteradamente, tanto en el año 2012, en un caso relacionado con la remoción, a una mujer lesbiana, de la tuición de sus has debido a su orientación sexual (Atala Rifo 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

⁵¹ STC 2868-2004 AIJTC, página 23.

⁵² STC 01575-2007-PHC/TC, página 28.

⁵³ Corte IDH. Caso de Karen Atala Rifo e Hijas Vs. Che. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. SerieC, 239, párrafo 136.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

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»^{54, 55}

Estas consideraciones, son obligatorias en atención al control de convencionalidad y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo y del Código Procesal Constitucional⁵⁶ y la Cuarta Disposición Final y Transitoria⁵⁷ 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».⁵⁸

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».⁵⁹ 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 de personas como uno que merece una especial protección constitucional frente a supuestos de discriminación, «es posible afirmar que, de la expresión "de cualquier

⁵⁴ Corte IDH. Caso *Ala/a Rífo y Niñas Vs, Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. 239. párrafo 91.

⁵⁵ Corte IDH. Caso *Duque Vs. Colombia Excepciones Preliminares*, Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016. Serie C. 310.

⁵⁶ 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».

⁵⁷ «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».

⁷³ Corte IDH. Caso *Ata/a Rífo y Niñas Vs, Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C. 239, párrafo 124.

⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del 16 de abril de 2014, recaída en el Expediente 02437- 201 3-PA/TC. Fundamento 5,

⁵⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del 16 de abril de 2014, recaída en el Expediente 02437- 201 3-PA/TC. Fundamento 5,

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

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». ⁶⁰ A nivel nacional la categoría de orientación sexual aparece reconocida expresamente desde el Código Procesal Constitucional, Ley 28237, artículo 37.1.

3.3.4. 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 oficiar 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

⁶⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del 21 de agosto de 2014. recaída en el Expediente 01 153-2013-PAÍTC, fundamento 4.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

país. Después de todo, algunos Estados permiten libremente la celebración de uniones matrimoniales o civiles para los extranjeros no domiciliados en sus fronteras.⁶¹

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 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».⁶²

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 Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) a fin de obtener el reconocimiento de su matrimonio celebrado en el 2012 en México con el ciudadano de ese país Fidel Aroche.⁶³ 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».⁶⁴

⁶¹ ZELADA, Carlos J. y Alonso GURMENDI DUNKELBERG (2016). 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, página 258.

⁶² «Matrimonios gay pueden adquirir e inscribir bienes en el Perú». Nota periodística del 4 de octubre de 2016, elaborada por Ana Bazo Reisman para el portal La Ley. La resolución a la que se hace referencia y cuyo texto íntegro está disponible en el enlace mencionado es la Resolución 1868-2016-SUNARP-TR-L, del 16 de setiembre de 2016.

⁶³ «Juez ordena la inscripción de matrimonio homosexual en el Perú». Nota periodística del 9 de enero de 2017, elaborada por Cynthia Vergaray para el portal La Ley.

⁶⁴ 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 22863-2012-0-1801-JR-CI-08.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

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 México.⁶⁵

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 orden público internacional. Las resoluciones previas a las que se ha hecho referencia abonan a ese criterio que ha sido respaldado también por la academia.⁶⁶

IV.- FUNDAMENTOS DE LA INICIATIVA:

La exposición de motivos del Proyecto de Ley detalla:

La presente iniciativa legislativa recoge el Proyecto de Ley 961/2016-CR, presentado el 14 de febrero del 2017 por congresistas de diferentes grupos parlamentarios⁶⁷, la misma que fue elaborada sobre la base de propuestas alcanzada por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), y contó con los aportes de diversos colectivos LTGBI y activistas por la diversidad sexual.

Mediante esta iniciativa legislativa se 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 acceder a esta institución civil. En esa línea, se fundamenta en los estándares del Derecho Constitucional nacional y comparado, del Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

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

⁶⁵ ALTAVOZ. RE NIEC señala que inscribirá a niño con apellidos de sus dos madres. Esta es la historia detrás'. Nota periodística del 16 de enero de 2017, elaborada por Matheus Calderón para el portal *legal Altavoz*.

⁶⁶ ZELADA, Carlos J. y Alonso GURMENDI DUNKEL BERG (2016). 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, páginas 257-274.

⁶⁷ Los congresistas que suscribieron el proyecto de ley fueron Indira Huilca, Carlos Bruce, Guido Lombardi, Alberto de Belaunde, Marisa Glave, Edgar Ochoa, Tania Pariona, Alberto Quintanilla, Horacio Zeballos y Manuel Dammert.

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

V. OPINIONES RECIBIDAS

El Proyecto de Ley N° 525/2021-CR, ha recibido las siguientes opiniones:

5.1. UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

Mediante Oficio N° 001765-2021-D-FDCP/UNMSM de fecha 11 de diciembre del 2021, el señor Mg. JORGE GUILLERMO GUTIERREZ TUDELA, decano (e) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Marcos, hace llegar su opinión al Proyecto de Ley 525/2021-CR, en los siguientes términos:

5.1.1. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

5.1.1.1. El artículo 4º de nuestra Constitución Política señala que la comunidad y el Estado protegen la "familia" y promueven el matrimonio, sin hacer mayores precisiones por lo que surge la interrogante respecto al tipo de familia al cual se refiere dado que el texto constitucional no lo precisa, y como no puede distinguirse donde la norma no lo hace, debemos admitir que se refiere tanto a la familia matrimonial por la identidad que existe entre familia y matrimonio como si fuesen dos aspectos de una misma realidad, pero que comprende también a la familia que se forma sin que medie vínculo conyugal entre los progenitores, ya que la procreación que se da en las uniones concubinarias es igualmente fuente de relaciones paterno filiales y de parentesco que determinan la existencia de una familia extramatrimonial que es también objeto de tutela.

5.1.1.2. Pero hay además otros modelos de familia, tales como las monoparentales, las ensambladas, las adoptivas, etc. es decir diversidad de tipos de familia, pluralidad de familias o un poliformismo familiar, por estar las familias en constante evolución, reconocemos en ese sentido lo que señala la exposición de motivos que no hay un modelo exclusivo de organización familiar, pero no cualquier agrupación de personas puede ser considerada "familia" y ser objeto de protección de la comunidad y el Estado, deben ser uniones similares al matrimonio, que cumplan las mismas funciones, que gocen de reconocimiento social y estar fundadas en vínculos procreacionales, que es la génesis natural de las familias; la mera comunidad doméstica no genera necesariamente relación familiar pues así como una persona puede ser miembro de una familia por parentesco sin que necesariamente conviva en el hogar, del mismo modo el que comparte el lecho con otras personas como el alojado por vínculo amical o el trabajador de servicio pueden ser y continuaran siéndolo personas extrañas a la familia y no miembros de ella pues la convivencia de por si no es determinante para configurar la conformación de una familia.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

5.1.1.3. El hecho que la Constitución Política contenga un concepto amplio de familia no implica que pueda ser demasiado elástico o abierto para que comprenda a cualquier agrupación de personas que pretenda esa denominación, por lo que se recusa que puedan ser consideradas como tales las llamadas familias implícitas que son las comunidades que libremente puede establecer cada individuo como instrumento para alcanzar su felicidad; las familias anaparentales conformadas por personas que sin estar emparentadas comparten vida de relación por convivencia o afecto; las familias homoafectivas eufemismo con el que se denominan a las uniones homosexuales, el sexo como diversión o disfrute sin potencialidades procreativas; las familias paralelas o uniones estables concurrentes que se caracterizan por la coexistencia de dos o más núcleos familiares con un miembro común, en las que está ausente la singularidad que es base de la monogamia.

5.1.1.4. Lo que si es preciso reconocer es que la Constitución Política no define lo que es el matrimonio y no exige la diferenciación de sexo u orientación sexual, la norma que exige la intervención de varón y mujer aptos para contraer matrimonio es el artículo 234° del Código Civil, cuya modificación se propone para eliminar la diferenciación de género como requisito para acceder al matrimonio civil, por lo que en principio para esa reforma legislativa no hay impedimento de la naturaleza constitucional; para cuyo análisis tampoco puede aceptarse que la actual situación legislativamente deje a "millones de ciudadanos en el más absoluto desamparo", pues por ejemplo en los Países Bajos el matrimonio homosexual luego de su aprobación ha tenido poca incidencia, sólo habría sido celebrado por un 2.8% de la población homosexual, denotando que no es una necesidad requerida por la mayoría de la población homosexual sino por un sector reducido de esa minoría poblacional.

5.1.2. EL POSIBLE MATRIMONIO CIVIL DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

5.1.2.1. Asistimos en el mundo occidental contemporáneo a un fenómeno que se ha caracterizado como uno de eclosión de legislaciones protectivas de las uniones homosexuales, uno de los primeros países en conferir ese reconocimiento ha sido en España en el año 2005 en que se ha reconocido el matrimonio de parejas del mismo sexo con idéntica validez y eficacia que el matrimonio heterosexual, modificación que los propios comentaristas españoles juzgaron de revolucionaria, con lo que dejaron de tener sentido los términos marido, mujer, esposa, esposo, para ser sustituidos por el sustantivo neutro "cónyuge"; en América Latina el primer país en reconocer el matrimonio de parejas del mismo sexo con iguales efectos ha sido Argentina en Julio del 2010, y más recientemente ha sido en Chile en el que ha sido aprobada la propuesta por la Cámara de Diputados estando pendiente su ratificación por el Senado.

5.1.2.2. El argumento medular que invocan quienes promueven la iniciativa de reconocer el matrimonio de parejas del mismo sexo, que se califican de progresistas y defensores de los derechos humanos, se amparan en el derecho constitucional a la libertad y especialmente a la igualdad de las personas, y por ende, a no ser discriminados por razón de su opción de género, aducen que al negarles el acceso a

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

conformar una unión reconocida por el derecho se les está afectando sus derechos constitucionales a la igualdad y que no deben ser discriminados por razón de su orientación sexual, discriminación que no existe sino trato diferenciado, ya que las parejas homosexuales no tienen mayor similitud con el matrimonio pues carecen de aptitud para la reproducción.

5.1.2.3. La norma legal que impide ese reconocimiento en nuestro país es el artículo 234^o del Código Civil que define al matrimonio civil como unión voluntariamente concertada por varón y una mujer, que exige como requisito esencial la diferenciación de género y nadie la ha considerado inconstitucional o promovido su declaratoria de inconstitucionalidad, el estar vedado el acceso al matrimonio civil a las parejas del mismo sexo no constituye trato discriminatorio y no hay afectación a sus derechos fundamentales como el de igualdad al que se contrae el artículo 2^o. Inc. 2) de la Constitución Política, el que establece en su proposición negativa que nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión opinión, condición económica o de cualquier otra índole, pero no impide trato diferenciado frente a situaciones distintas que se deriva de la naturaleza de las cosas y no de la diferencia de personas.

5.1.2.4. Aspecto fundamental que permite esa diferenciación es que el matrimonio así como todas las demás formas de organización familiar tienen como común denominador la finalidad esencial la procreación, por eso es que la comunidad y el Estado brindan especial protección a la familia, pues se trata de la organización natural que permite integrar a los nuevos miembros de la comunidad, asegura su socialización y desarrollo, vocación potencial procreadora que permite generar relaciones de parentesco consanguíneo que está ausente y totalmente excluida de las parejas del mismo sexo, las que no pueden ajustarse siquiera a la definición etimológica del término matrimonio que proviene de las voces latinas "matris" y "munium" que aluden al cargo u oficio de madre por ser relevante el papel de aquella en la procreación, crianza y educación de los hijos, y en las parejas del mismo sexo no hay posibilidad de atribuir ese rol a ninguno de los miembros de esa unión; es por ello que a falta de ésta finalidad primordial ponen de relieve que este reconocimiento legal les permitirá encontrar junios otras libertades como mlasa de expresión, la intimidad y la espiritualidad, que los pueden obtener sin institucionalizar ésta forma de unión.

5.1.2.5. No se trata de descalificar moralmente la unión homosexual, nadie puede impedir la existencia de parejas del mismo sexo fundadas en el libre desarrollo de su personalidad, lo que debe tolerarse y se tolera si se desenvuelve en el ámbito de la privacidad de las relaciones personales, pero no cuando se pretende que la sociedad institucionalice esas relaciones, que se equipare al matrimonio no para tener un título de estado de familia sino para acceder a los efectos que genera ese reconocimiento legal, para que tengan derechos sucesorios como herederos forzosos, para que puedan adoptar hijos como alternativa a su imposibilidad de procreación creando una ficción de familia a costa y riesgo de los menores a ser adoptados y que los integrantes de esa unión puedan tener beneficios previsionales y los de la seguridad social.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

5.1.2.6. No obstante, en el aspecto legal tampoco habría impedimento para que formalice la modificatoria propuesta a través de una reforma legislativa, pero no se trata de incorporar todo lo novedoso que ocurre en otras sociedades más permisivas o liberales, en el Congreso de la República deberá compulsar si las nuevas valoraciones sociales permiten conferir ese reconocimiento de matrimonio civil a parejas del mismo sexo, si es medida contribuye o no a la consolidación y fortalecimiento de la familia, que es uno de los principios rectores de la legislación en ésta materia según artículo 233° del Código Civil, propuesta que a mi modo de ver todavía no tiene acogida social pues hiere la sensibilidad de amplios sectores de nuestra población mayoritariamente católica y evangélica.

5.2. REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL (RENIEC)

Mediante Oficio N° 000029-2022/ de fecha 11 de Febrero del 2022, la señora Carmen Milagros Velarde Koechlin, Jefa Nacional del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, hace llegar el informe N°001248-2021/GAJ/RENIEC, dando opinión al Proyecto de Ley 525/2021-CR, en los siguientes términos:

5.2.1. ANÁLISIS:

SEGUNDO.- Mediante el **Proyecto de Ley N° 525/2021-CR**, los Congresistas de la República suscribientes, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa 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 presentan el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil Igualitario, proponiendo la modificación del artículo 234° del Código Civil, bajo la siguiente fórmula legislativa:

Proyecto de Ley

Ley del 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

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

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"

TERCERO.- De un examen del contenido del Proyecto sujeto a materia, cumplimos con efectuar las observaciones siguientes:

5.2.2 Respecto al Marco Constitucional que regula el matrimonio.-

5.2.2.1. La Constitución Política del Estado de 1979, estableció el principio de protección del matrimonio y la familia; por consiguiente el dispositivo constitucional implicaba que la familia que se protegía era la creada sobre la base del matrimonio. La Constitución Política del Perú de 1993 modifica este enfoque estableciendo que la familia es una sola, sin considerar su origen legal o de hecho, pero estableciendo el Principio de Promoción del Matrimonio, conforme se cita a continuación:

"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 fundamenta/es de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley".

5.2.2.2. Este principio establecido constitucionalmente guarda relación con el de la forma de matrimonio, contenido en el párrafo final del artículo 4 °, y significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil; estableciendo esta forma como única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la ley.

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

5.2.2.3. En el Derecho Peruano se ha establecido que el Código Civil es el regulador social más importante después de la Constitución, porque las normas que la integran informan sobre la noción de orden público (ius cogens) estableciendo un orden que se impone a todos, un orden público, imposibilitando que los particulares instituyan para su propio uso un orden privado.

5.2.2.4. Dentro de estas normas de carácter cogente, se encuentra el artículo 23º, dispositivo que conceptualiza el matrimonio como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella, siendo la diversidad de sexos de los contrayentes, uno de los requisitos de fondo que la normativa peruana exige a los futuros cónyuges para contraer un matrimonio de forma válida, requisito por lo tanto que deberán cumplir para que la autoridad respectiva admita su trámite y asimismo se considere válido el matrimonio celebrado.

5.2.2.5. Como puede observarse, en la Constitución Política del Perú, el matrimonio es considerado una "institución fundamental de la sociedad" (artículo 4º) no habilitando al legislador a extender la institución matrimonial fuera del ámbito reseñado en los puntos precedentes, **aplicándose un criterio sistemático e integral de sus disposiciones**; lo que exige la remisión obligatoria a su artículo 5º⁶⁸ en el que se regula expresamente al concubinato como heterosexual, figura jurídica que tiene como modelo el matrimonio, con el que mantiene como única diferencia la ausencia de celebración por decisión voluntaria de los concubinas, los cuales deben encontrarse -para ser reconocidos como tales- libres de impedimentos matrimoniales.

5.2.2.6. El argumento que la Constitución Política del Perú no indica expresamente que el matrimonio deba celebrarse entre personas de distinto sexo, se enerva por el hecho que la Carta Fundamental si exige la heterosexualidad para la formación del concubinato propio, que protege expresamente en sus aspectos patrimoniales, de tal manera que resulta implícita y obligada la conclusión acerca de que los contrayentes matrimoniales sean igualmente heterosexuales. En efecto, siendo el concubinato considerado en la Constitución como unión more uxorio, esto es, una institución jurídica definida teniendo como modelo de la unión matrimonial, se admite la plena constitucionalidad de la diversidad sexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como lo prevé nuestro Código Civil.

5.2.3. Sobre los tratados internacionales y la unidad sistémica del orden jurídico, precisamos lo siguiente:

5.2.3.1. Nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por

⁶⁸ Constitución Política del Perú

"Artículo 5º.- 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.

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

la Constitución. Por tanto, los tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades.

5.2.3.2. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional conforme al artículo 55° de la Constitución: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional." sino que, además, por mandato de ella misma (conforme lo previsto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución⁶⁹), son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa, originando la existencia de una normatividad sistémica.

5.2.3.3. Al respecto, el Tribunal Constitucional 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 /os derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a /os poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador". (STC. Exp. 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC. Fundamento 25).

5.2.3.4. Dentro de los tratados internacionales ratificados por el Perú encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, declaración que en su artículo 16.1 prescribe 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 (...)".

5.2.3.5. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23.2 prescribe que: "Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello". En esta misma línea la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17.2, señala que: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia (...)".

5.2.3.6. De la propia literalidad de las citadas disposiciones se desprende en forma evidente que tales instrumentos reconocen el derecho a casarse al hombre y a la mujer; es decir, reconocen solamente al matrimonio heterosexual.

5.2.3.7. Por último, debe tenerse en cuenta que los instrumentos internacionales definen este derecho utilizando expresamente el término "hombre y mujer" en lugar de "persona" u otro similar (ser humano, individuo, etc.). El uso expreso del término "hombre y mujer" en lugar de los términos generales utilizados para describir deberes y derechos en dichos instrumentos -especialmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- implica el reconocimiento como matrimonio, únicamente a la unión entre un hombre y una mujer.

⁶⁹ La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, dispone: "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".

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

5.2.4. Sobre la aplicación del control de la convencionalidad en el ámbito legislativo, precisamos lo siguiente:

5.2.4.1. Si consideramos que la normatividad sistémica a la que hemos hecho referencia precedentemente descansa en la coherencia normativa, noción que implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, y en consecuencia la existencia de una relación de armonía entre todas las normas que lo conforman, las disposiciones contenidas en la Constitución del estado peruano resultan coherentes con los derechos reconocidos en materia de matrimonio en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

5.2.4.2. Debe considerarse que si bien los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que "1. 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 social. 2. Para /os efectos de esta Convención, persona es todo ser humano", en la normatividad referida a la familia, la Convención de manera explícita únicamente reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, resultando inconstitucional, dado el rango constitucional de los tratados que, los poderes públicos y al legislador propiamente se aparten de las mismas.

5.2.4.3. Las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos implican el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción y, ello, se puede verificar en los enunciados derivados del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5.2.4.4. Ciertamente, algunos otros países americanos han admitido el denominado "matrimonio igualitario" entre personas del mismo sexo, pero lo han hecho por decisión de sus órganos de gobierno, no en acatamiento de un supuesto mandato de la Corte interamericana.

5.2.5. Sobre "la interpretación sobre los Derechos que los Órganos y Cortes Supranacionales han realizado" debe considerarse lo siguiente:

5.2.5.1. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece la competencia contenciosa, por la cual le corresponde a la Corte interamericana de Derechos Humanos "aplicar e interpretar" la Convención, resolviendo una controversia, siendo el fallo obligatorio para los Estados Partes de la causa de que trate (numerales 1 y 2 del artículo 68 ° de la Convención).

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

5.2.5.2. Por su parte el artículo 64.1 de la Convención preceptúa que "los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados. (. . .)". lo que genera la competencia no contenciosa o consultiva.

5.2.5.3. Consecuentemente, una opinión consultiva responde a una consulta acerca de la interpretación de (fa) Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos" o "de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas" y los señalados instrumentos internacionales.

5.2.5.4. Conforme lo expuesto las opiniones consultivas, como su propia denominación lo indica, no son obligatorias, lo que constituye la principal diferencia con las sentencias, y no son vinculantes, no sólo porque, de lo contrario, no existiría diferencia con estas últimas, sino porque, además, en ellas no hay partes.

5.2.5.5. Complementariamente, a la Corte no le corresponde, en el ejercicio de sus competencias, modificar la Convención en el presente caso lo dispuesto por el artículo 17 ° de la Convención que reconoce el derecho del hombre y la mujer a casarse, no pudiendo su jurisdicción consultiva o no contenciosa, transformarse en el ejercicio de función normativa.

5.2.5.6. Concluyendo, lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, carece de carácter mandatorio, ni constituye fuente de derecho para sustentar la modificación del artículo 234 del Código Civil, como la propuesta sujeta a materia.

5.2.6. Con respecto al derecho comparado, y el señalamiento de sentencias extranjeras (Sentencias de la Corte Colombiana, Corte Suprema de Estados Unidos y Tribunal Constitucional Español), precisamos lo siguiente:

5.2.6.1. El derecho comparado tiene como objeto de estudio confrontar los ordenamientos e instituciones jurídicas que existen en el mundo, analizar las diferencias y semejanzas de su estructura y las causas de estas relaciones.

5.2.6.2. En ese orden, el Derecho comparado se ocupa de determinar similitudes y diferencias entre los sistemas u ordenamientos jurídicos vigentes en los Estados y de la dinámica de articulación, con el fin de analizar y comprender lo común y lo diverso en el desarrollo de los ordenamientos jurídicos que se compara. No siendo por consiguiente objeto del derecho comparado conminar al operador de derecho a su aplicación.

5.2.6.3. El sistema de fuentes regulado por la Constitución (inciso 4. ° del artículo 200. ° de la Constitución) consagra a la Jurisprudencia como fuente de derecho, entendida como la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

5.2.6.4. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que "la Constitución configura dos órganos Jurisdiccionales, -que si bien tienen competencias y ámbitos propios de actuación por mandato de una propia norma suprema-, cumplen un rol decisivo en un Estado democrático, que consiste básicamente en solucionar por la vía pacífica /os conflictos jurídicos que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado" (STC. Exp.047-2004-AI/TC. Fundamento 32), siendo éstos órganos el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

5.2.6.5. Bajo estas consideraciones, las sentencias extranjeras (materializadas en sentencias de otros estados) solo podrán ser evaluadas y analizadas mas no consideradas fuentes de derecho reconocido por el ordenamiento jurídico peruano.

5.2.6.6. La aplicación de jurisprudencia supranacional desarrollada bajo la lógica de convencionalización, si bien es tenida en cuenta para dotar de contenido y definir los alcances de los derechos invocados por parte de las autoridades judiciales, debe señalarse que su aplicación no puede superponerse a las disposiciones que componen el ordenamiento jurídico de un país.

5.3. PODER JUDICIAL

Mediante Oficio N° 002291-2022-SG-CS-PJ de fecha 16 de Junio del 2022, el señor WILLIAN CARLOS PEÑALOZA MATIAS, Secretario General de Corte Suprema de Justicia de la República, hace llegar el informe N°000182-2022-GA-P-PJ, remitido por la Jefa de Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial, dando opinión al Proyecto de Ley 525/2021-CR, en los siguientes términos:

5.3.1. Problema analizado

A fin de dar inicio a la estructura analítica de este texto, formularemos la siguiente interrogante: **¿la norma contenida en el proyecto es o no constitucional en sentido material?**

La respuesta definitiva la expondremos en las conclusiones del presente análisis. Sin embargo, es preciso señalar que, para determinar la citada constitucionalidad material, es necesario aplicar una metodología compuesta por los siguientes tópicos:

- i. Un marco conceptual y normativo sobre derechos humanos y derecho constitucional
- ii. Una argumentación que dirima la cuestión relativa a la validez del matrimonio igualitario.

5.3.2. Desarrollo:

Marco conceptual y normativo sobre derechos humanos y derecho constitucional

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

La Constitución Política de un Estado moderno constituye un parámetro normativo para determinar la validez jurídica del resto de normas y actos de poder. Pero este parámetro es de dos clases: formal y material; el primero tiene una naturaleza procesal e interna, pero el segundo posee una naturaleza sustantiva y universal.

A continuación, desarrollaremos, grosso modo, los rasgos que identifican estos diferentes parámetros tanto para el control constitucional como para el denominado control convencional de normas y propuestas legislativas, como la relativa al "matrimonio

5.3.2.1. El parámetro formal es conocido en doctrina como la constitución orgánica, la cual está formada por un conjunto de normas que establecen y regulan los principales órganos del Estado; asimismo, prescriben las potestades, obligaciones y competencias de sus principales funcionarios. Además, establece instrumentos procesales para la defensa de los derechos fundamentales, por ejemplo, el habeas corpus y amparo.

5.3.2.2. El parámetro material de constitucionalidad está conformado por normas que instituyen "derechos humanos" denominados fundamentales -en sede nacional- por constituir principios que cimientan el Estado peruano y, a su vez, implican los fines últimos, tanto del ordenamiento nacional, como del supranacional.

En consecuencia, estas normas ius-fundamentales no solo resultan vinculantes para los ciudadanos y las autoridades en nuestro país, sino para toda persona y autoridad del mundo, por su carácter universal.

5.3.2.3. La universalización de los derechos fundamentales ha sido una conquista de la historia moderna, puesto que, en la antigüedad, no existía una clara noción de la universalidad de derechos, es decir, la libertad, la dignidad, la vida, entre otros, se consideraban facultades -de los individuos- condicionadas a su pertenencia a una determinada ciudad, clase, estamento, edad o nacionalidad; por ejemplo, a cierta clase de esclavos y bárbaros no se les reconocía derecho alguno, inclusive, podían ser privados de la vida impunemente.

5.3.2.4. Pero, con revoluciones como la de los Estados Unidos de 1776 y la francesa de 1789, aparecen los indicios de la universalización de los derechos humanos. Sin embargo, esta idea de derechos supranacionales, independientes de toda condición que no sea la humana, recién aparece universalizada y efectivamente protegida, con declaraciones y suscripciones de documentos normativos, como fue la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

En el mundo actual, gracias a la doctrina que se desprende de mega-procesos, como los de Nuremberg, se consideran necesarios una regulación, así como un reconocimiento universal y supra-nacional de los aludidos derechos, como principios materiales intangibles, inalienables y jerárquicamente superiores a principios formales tales como los de legalidad y seguridad jurídica. Por tanto, en caso de conflicto entre una ley o norma de derecho interno y un derecho humano, deberá preferirse este último.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

En el mundo actual, gracias a la doctrina que se desprende de mega-procesos, como los de Nuremberg, se consideran necesarios una regulación, así como un reconocimiento universal y supra-nacional de los aludidos derechos, como principios materiales intangibles, inalienables y jerárquicamente superiores a principios formales tales como los de legalidad y seguridad jurídica. Por tanto, en caso de conflicto entre una ley o norma de derecho interno y un derecho humano, deberá preferirse este último.

Este nuevo orden jurídico se construye, con la finalidad de impedir que se repitan genocidios y crímenes de odio análogos al Holocausto Nazi, y demás afectaciones a los derechos humanos perpetradas por legislaciones internas.

Por esta razón, se crean órganos supra-nacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte de Estrasburgo en Europa y otros órganos.

5.3.2.5. Por lo expuesto, reiteramos que la necesidad de una jurisdicción universal tutelar de derechos humanos se justifica en la doctrina que sostiene la presencia de ciertos derechos trascendentales, que no necesitan estar literalmente en normas positivas para existir, por cuanto son anteriores y posteriores a las constituciones y los tratados que -meramente- los declaran, pero no los constituyen.

5.3.2.6. En síntesis, estos derechos imprescriptibles e inderogables tienen una vigencia que trasciende toda frontera legal, geográfica, temporal, cultural, estatal o nacional. En consecuencia, ninguna ley, gobierno, parlamento o tribunal puede injustificadamente afectarlos o desconocerlos. En el caso de que lo hiciesen, la jurisdicción supra-nacional está legitimada a pronunciarse a través de procesos establecidos en las convenciones internacionales.

5.3.2.7. Ergo, estos derechos y las normas que los declaran constituyen principios fundamentales que se ubican por encima de los principios formales o procesales. Los principios formales o procesales son aquellos cuya finalidad es proteger la vigencia de la ley y tutelar el proceso para juzgar el cumplimiento o incumplimiento de una norma sustantiva. Entre estos principios, se encuentran los siguientes: legalidad, jerarquía, competencia, seguridad jurídica, irretroactividad, juez natural, entre otros.

5.3.2.8. Sin embargo, estos principios formales resultaron insuficientes para hacer frente al caso de los crímenes nazis, por lo cual tuvo que argumentarse a la luz de otros principios, hoy denominados fundamentales o materiales, porque su finalidad es proteger la humanidad en sí misma, y no la mera producción y aplicación legal.

5.3.2.9. En resumen, hitos e íconos como la jurisprudencia del tribunal de Nuremberg y la Organización de las Naciones Unidas dieron nacimiento a una nueva era y modelo en la política y el derecho contemporáneo. Se pasó del modelo del "estado legal de derecho" al modelo del "Estado constitucional y convencional de derecho". El primero protege el orden legal interno de cada Estado; mientras que el segundo, el orden constitucional, pero, sobre todo, la dignidad de la humanidad en su conjunto.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

5.3.2.10. En este orden de ideas, los contenidos de la legislación nacional deberán estar en conformidad con los derechos humanos, los cuales se consideran de rango universal; por tanto, deberán ser tutelados, no solo por jueces constitucionales de cada país, sino, en caso de ser necesario, la tutela estará a cargo de las cortes, tribunales y órganos internacionales que se hayan instituido gracias a tratados y convenciones. Todo ello ha derivado, no solo en el desarrollo del "control constitucional a nivel estatal", sino del denominado "control convencional" a nivel supranacional.

5.3.3. La ley o norma nacional tendrá plena validez si supera dos clases de test de constitucionalidad: el test formal y el test material.

5.3.3.1. El **test formal** implica superar una prueba de conformidad con las reglas establecidas para su correcta emisión o promulgación; por ejemplo, que haya sido aprobada y promulgada por una autoridad competente (legislativa, ejecutiva, regional, local entre otros) y, a través del procedimiento preestablecido por la constitución, el reglamento del congreso y normas procesales análogas, sin importar el contenido de la norma en sí.

Inclusive, esa autoridad puede ser el mismo pueblo que, en mayoría, votó a favor de una norma o autoridad determinada, pero, para efectos de este test, no es relevante analizar el contenido de la norma votada; en este caso, solo se satisface el principio democrático o la regla de la mayoría. Estas reglas y principios son meramente formales.

5.3.3.1. El **test material** implica la proporcionalidad de la ley con los derechos humanos, instituidos en el bloque de constitucionalidad, bloque compuesto por el texto de la Constitución Política del Estado y por las demás normas de rango constitucional, derivadas de la jurisprudencia constitucional vinculante, inclusive, por aquellas emanadas de los órganos supranacionales de derechos humanos.

5.3.3.2. En este orden de ideas y a modo de conclusión de este marco general constitucional, debe anotarse lo siguiente: el modelo legal que imperó, aproximadamente, desde el siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XX, fue un logro histórico porque estableció la preferencia de la ley frente al mandato arbitrario de los gobernantes de turno. Es decir, nos liberó del totalitarismo y despotismo político e instituyó, en occidente, la constitución formalista, así como los principios de jerarquía, legalidad, democracia y el *rule of law* dentro del *common law*.

5.3.3.3. En cambio, el modelo constitucional y convencional es un binomio que involucra comparar la norma con los derechos humanos, desde la óptica del texto constitucional y desde la óptica de las convenciones supranacionales. Además, tratar de armonizar y sintetizar las dos ópticas es tarea difícil, pero encomiable.

5.3.4. Los derechos humanos y su tutela efectiva a través de la Convención Americana de Derechos Humanos

5.3.4.1. La optimización y tutela de los derechos humanos (en adelante, DO. HH.) se viene efectivizando desde 1948 en todo el orbe, gracias a un nuevo sistema

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

de justicia supra-nacional, instituido a través de la adhesión y ratificación de diversos documentos como la "Convención de Viena sobre el derecho de los tratados" de 1969 y la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (en adelante, la CADH), ratificada por el Perú en 1978.

5.3.4.2. Esta Convención instituyó dos órganos para la salvaguarda de los DO. HH. en caso que un Estado los afecte, y estos son la "Comisión Interamericana de Derechos Humanos" (en adelante, CIDH) y la "Corte Interamericana de Derechos Humanos" (en adelante, la Corte IDH) y la competencia de esta Corte fue reconocida por el Perú desde 1981.

5.3.5. A su vez, dicha Corte tiene, entre sus instrumentos de protección, las siguientes dos funciones:

5.3.5.1. La función contenciosa, cuyos fallos tienen poder vinculante inter partes, pero, en ocasiones, tienen fuerza vinculante erga omnes cuando la Corte establece la obligación de los Estados a realizar un control de convencionalidad que permita preferir una norma convencional protectora de los derechos frente a una norma interna que los vulnere desproporcionadamente. A su vez, dispone la adopción progresiva de medidas -de derecho interno- que se adecuen a los estándares establecidos en las sentencias.

5.3.5.2. La otra función protectora es la "consultiva" regulada en el artículo 64 de la Convención, gracias a la cual los Estados miembros pueden elevar consultas sobre la compatibilidad entre una norma de derecho interno y los DO. HH.; para este efecto, la Corte debe realizar una labor interpretativa de los textos convencionales, a fin de desarrollar los alcances de los DO. HH. contenidos en estos, por cuanto su literalidad no agota -per se- todas las posibilidades interpretativas.

5.3.5.3. Es decir, los derechos declarados "expresamente" en los textos normativos de la Convención y otros tratados sobre DO. HH. sufren de una natural ambigüedad, vaguedad y sobre todo "textura abierta", por ejemplo, el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) establece los derechos a la protección a la familia, al matrimonio, a la no discriminación, entre otros, los cuales ameritan aclaraciones, especificaciones y desambiguación de su semántica, a fin de aplicarlos razonablemente.

5.3.5.4. El resultado de esta labor consultiva se efectúa mediante la interpretación de los citados derechos a través de diversos métodos, los cuales concluyen en la técnica interpretativa de "disociación", que consiste en dividir un determinado derecho genérico en sus partes constitutivas; por tanto, deberán desentrañarse las subclases de familia, las subclases matrimonio y las subclases de discriminación que estén protegidas implícitamente por el texto convencional.

5.3.5.5. En consecuencia, la opinión consultiva desambigua el texto controvertido de la Convención; por ende, le dota de auténtica efectividad. De lo contrario, la declaración de derechos contenida en el texto original de la Convención quedaría en la oscuridad e ineficacia. Por tanto, los Estados miembros, frente a un problema interpretativo, deben recurrir, no solo a la literalidad del texto de la

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

Convención, sino a su desarrollo interpretativo plasmado en los argumentos y contenido de las opiniones consultivas.

5.3.5.6. En todo caso, si hubiese duda sobre su fuerza normativa o vinculante, de las interpretaciones de la Corte, apliquemos el principio in dubio pro persona o, expresado de otra manera: ante la duda de derecho, deberá preferirse la opción que favorezca la progresividad de los DO. HH. y no a su anclaje en un pasado interpretativo desfavorable. A mayor abundamiento, citamos el artículo 2 del CADH:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si 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.

A fin de dar mayor sustento a la importancia de la "interpretación convencional", citamos el siguiente párrafo 175 de la OC-24/17:

175. De conformidad con lo expresado, para responder a las preguntas planteadas por el Estado de Costa Rica, el Tribunal estima necesario determinar si las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo pueden llegar a ser consideradas como "familia" en los términos de la Convención, para así establecer los alcances de la protección internacional aplicable. Para tal efecto, la Corte debe recurrir a las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales, y las reglas especiales de interpretación de la Convención Americana aludidas en el Capítulo V de la presente opinión. Para ello, el Tribunal analizará el sentido corriente del término (interpretación literal), su contexto (interpretación sistemática), su objeto y fin (interpretación teleológica), así como a la interpretación evolutiva de su alcance. Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena, se hará mención a medios complementarios de interpretación, en especial a los trabajos preparatorios del tratado.

Así también, la ya aludida Convención de Viena establece la forma de interpretar el texto de los tratados en los términos citados a continuación:

31. Regla general de interpretación.

I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. [...]

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable

A modo de ilustración, cabe citar el párrafo 8 de la parte resolutive de la opinión consultiva 24/17 de la Corte IDH, respecto del extremo referido a la unión matrimonial entre personas del mismo sexo:

8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.

5.3.6. En cuanto a los argumentos contrarios al matrimonio homosexual

Entre los argumentos utilizados en contra del matrimonio igualitario, están los siguientes:

- a) El matrimonio heterosexual es una institución natural; por tanto, el derecho no debe alterar su estructura.
- b) La homosexualidad es una enfermedad y el matrimonio homosexual sería una institución enfermiza; por tanto, el derecho no debe regular este tipo de matrimonio.
- c) Los padres homosexuales dañan la integridad de los hijos menores de edad; por tanto, el derecho no debe amparar la paternidad ni la maternidad homosexual.

5.3.7. Los tres argumentos citados son incorrectos por las siguientes razones

La afirmación que dice el "matrimonio heterosexual es una institución natural" es falsa por lo siguiente: las instituciones de la sociedad humana son convenciones tácitas o expresas; estas convenciones consisten en un conjunto de prácticas conductuales y consuetudinarias acompañadas y sostenidas necesariamente por un sistema de creencias y conceptos, por ejemplo, el "dinero", el cual suele definirse como medio de cambio de uso generalizado; además, el valor asignado a cada unidad monetaria implica una creencia sostenida y transmitida de generación en generación; por tanto, en este caso como en todos los demás, la condición sine qua non para que una institución se sostenga, es el sistema de creencias y conceptos.

Otros ejemplos relevantes de instituciones sociales son los Estados nacionales, los límites geopolíticos, los poderes del Estado, las constituciones de los Estados, las leyes, los contratos, el derecho, las reglas de la economía, incluso, las de juego, entre otros. Todas estas instituciones son definidas como convenciones reguladas materialmente por un conjunto de reglas denominadas "constitutivas", las mismas que son creadas por la mente razonante de la sociedad humana a través de la historia.

Estas reglas constitutivas (Jurídicas o extrajurídicas) no son naturales, sino culturales; y, aunque en algunos casos se originan en la naturaleza biológica y etológica de la especie humana, no se identifican con esta, por ejemplo, "el matrimonio y sus reglas constitutivas" conforman una entidad cultural derivada de una entidad natural; sin

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

embargo, "el instinto sexual" -matrimonio e instinto sexual- no son entidades sinónimas, pues la primera es generada por la razón y voluntad; mientras que la segunda, es generada por las leyes evolutivas, adaptativas y biológicas.

5.3.7.1. Por tanto, el matrimonio, al ser una institución creada por la esfera cognitiva y volitiva de los miembros de una sociedad, no es, en modo alguno, natural, aunque esta institución regula hechos naturales como la sexualidad humana, pero eso no la vuelve natural, tal como una "ley de aguas", que por regular un hecho natural, la ley no se vuelve natural, sigue siendo una institución jurídica.

Asimismo, al ser el matrimonio una entidad cultural, es dependiente de la idiosincrasia de cada momento histórico; en consecuencia, su contenido no es absoluto, sino relativo a los fenómenos sociales que se presenten. Por ejemplo, en una sociedad patriarcal y cristiana, las reglas del matrimonio no admitirían la poliginia ni la poliandria, pero, en una sociedad patriarcal como la islámica, se aceptaría la poliginia llamada también poligamia. Asimismo, en una sociedad de Estados laicos como buena parte de los Estados europeos actuales, se acepta y regula el matrimonio homosexual.

5.3.7.2. Además, es menester efectuar la separación conceptual entre familia y matrimonio; estas dos entidades son análogas, pero de diferente índole; basta precisar que existen, por un lado, las familias de hecho y, por otro, los matrimonios. Cabe precisar que una familia es una entidad empírica; mientras que un matrimonio, es una entidad abstracta. Las familias pueden ser de índole natural; en cambio, los matrimonios solo son de índole cultural. Por tanto, no debe confundirse matrimonio y familia porque no son entidades sinónimas.

5.3.7.3. Lo importante de la caracterización de estas entidades es que ambas, matrimonio y familia, pueden correr paralelas, así como evolucionar y diversificarse a distinto ritmo; por ejemplo, en la vía de los hechos, existen diferentes clases de familia como las siguientes: mono parental, homoparental, nuclear, extensa, ensamblada, multinuclear, unipersonal, dink (parejas sin hijos), lat (parejas que no habitan en el mismo domicilio), entre otros. Sin embargo, no existen matrimonios regulados que correspondan a cada tipo familiar. En tal sentido, el mundo fáctico siempre es más rico que el jurídico. Pero ambos mundos están sujetos a evolución y diversificación.

5.3.7.4. En conclusión, no es posible ni justificable un sistema monista de familia porque la realidad nos golpea con su pluralismo; por tal motivo, en la actualidad y en muchas escuelas de Derecho, se estudia y denomina "Derecho de las familias" en lugar de "Derecho de familia". Asimismo, la institución del matrimonio civil es una abstracción jurídica, precedida por una entidad antropológica, "la familia", precedida, a su vez, por un hecho biológico eventualmente presente en la familia, este es el instinto sexual y reproductivo, hechos biológicos que también son de diversa índole; por tanto, no es posible cerrar los ojos a esta diversidad por cuanto la sexología científica y los estudios de género han demostrado que la homosexualidad y la heterosexualidad existen tanto en la especie humana como en otras no humanas.

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

5.3.7.5. Como corolario, cabe señalar que el argumento que sostiene que "si algo es natural, entonces, no debe alterarse" cae en la denominada "falacia naturalista", esbozada por el filósofo David Hume del siglo XVIII. Pero, si el argumento falaz se aceptara, entonces, la cultura humana no hubiese florecido porque se hubiera prohibido corregir y mejorar la naturaleza, por ejemplo, con lentes, cirugías, ortopedia, agricultura, entre otros.

El segundo argumento también contiene una afirmación falsa, que indica "la homosexualidad es una enfermedad" y, como prueba de dicha falsedad, podemos hacer referencia a dos hechos médicos. El 15 de diciembre de 1973, la Asociación de Psiquiatría de los Estados Unidos (American Psychological Association) retira de su manual de enfermedades mentales a la homosexualidad y, en 1990, la OMS la quita de su catálogo de patologías.

En este orden de ideas, la homosexualidad no es una enfermedad; por tanto, si el derecho regulara el matrimonio homosexual, no se estaría regulando una patología, porque la homosexualidad solo es una expresión más de la sexualidad humana.

La siguiente afirmación entrecomillada, contenida en el tercer argumento, "la educación y crianza de niños por padres homosexuales es dañina para la integridad psicológica de los hijos sean estos adoptivos o biológicos", carece de asidero científico, por cuanto los estudios realizados para contrastar esa hipótesis no han recibido confirmación alguna; por el contrario, ha sido desvirtuada por diversos informes que han analizado diversas publicaciones de estudios científicos como el que a continuación citamos:

Resumen: La adopción y crianza de niños por padres del mismo sexo es un tema de reciente discusión en Colombia, aunque ha sido investigado por más de 4 décadas en el resto del mundo. Existen dudas de que crecer en este tipo de familias produzca efectos adversos. Este trabajo pretende responder a través de una revisión de la literatura, si existen diferencias en el ajuste psicológico, desarrollo de la sexualidad, estigmatización y desempeño cognitivo, de los niños biológicos o adoptados por padres homosexuales. A través de la búsqueda en la base de datos PubMed se encontraron 204 artículos en total; aplicando criterios de inclusión se seleccionaron 18 que incluyen niños que viven en diferentes tipos de familias. En conclusión, de acuerdo a la revisión realizada y para responder a la pregunta de sí el bienestar de estos niños es igual, mejor o peor que el de los que son criados por padres heterosexuales, existe cierta tendencia y consistencia en los estudios analizados, en mostrar que no hay diferencia en el bienestar psicológico ni el desarrollo de la sexualidad entre los niños de este tipo de familias; por otro lado, si hay mayor posibilidad de estigmatización, pero es una variable que no depende en sí misma de la conformación de la familia o la orientación sexual de los padres, sino de factores externos como el entorno social y de educación del niño y sus pares.⁷⁰

⁷⁰ Efectos de adopción y crianza homoparental*

Archivos de Medicina (Col), vol. 19, núm. 2, pp. 396-406, 2019 Universidad de Manizales
Recepción: 23 de abril de 2019

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

5.3.7.6. En conclusión, la familia homoparental no implica mayores probabilidades de afectación que las heteroparentales; en consecuencia, no existiría base científica para negar el derecho de la crianza de los hijos a las familias homoparentales por el mero hecho de la homosexualidad de los padres. Asimismo, cabe reforzar esta argumentación citando el famoso caso "Atala Riffo vs. Chile", en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que la homosexualidad de los padres no es razón para privar del derecho a la custodia de los hijos y, en consecuencia, privar de la custodia a una familia por el mero hecho de la relación homosexual de los padres porque ello constituiría discriminación, es decir, un trato diferenciado injustificado.

5.3.8. Argumentación sobre la validez del matrimonio igualitario

Para tal efecto, aplicaremos el test de proporcionalidad, aplicado al proyecto normativo sobre el matrimonio igualitario; asimismo, para tal fin, tomaremos como objeto de examen la citada medida que, en adelante, se le simbolizará como M1, cuyo contenido nuclear analizado será el siguiente: "Las parejas homosexuales están permitidas de contraer matrimonio civil con los mismos derechos y deberes que las parejas heterosexuales".

En seguida, procedemos a aplicar a M1, los subtest de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto a la luz de la teoría del ius-filósofo alemán Robert Alexy, a fin de determinar su validez constitucional en sentido material.

5.3.8.1. Test de idoneidad: consiste en responder a las siguientes 2 interrogantes:

- 1) ¿Cuál es el fin constitucionalmente protegido por la medida M1? (para responder esta pregunta, se debe señalar como fin uno o más derechos expuestos o tácitos configurados en el bloque de constitucionalidad).
- 2) ¿La M1 constituye un medio eficaz en algún grado o sentido para reducir un problema social y así optimizar el fin constitucionalmente protegido? (para responder esta pregunta, se deben dar razones que apoyen que M1 es un medio suficiente o coadyuvante para la reducción de un problema social y el beneficio en algún grado del derecho protegido).

Las respuestas son las siguientes:

- 1) El fin constitucionalmente protegido de la M1 es optimizar el derecho a la igualdad y, específicamente, el derecho a la no discriminación y derechos conexos (artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú). Asimismo, este derecho está protegido por la Convención de Derechos Humanos, tal como lo señala la opinión consultiva de la Corte IDH).

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

2) La M1 es un medio coadyuvante para optimizar el derecho a la no discriminación porque reduce el problema social que, a continuación, se describe: actualmente, en el Perú, existe un alto índice de discriminación contra las personas homosexuales porque se les limita tácita o expresamente derechos laborales, educativos, recreativos, entre otros, por ejemplo, el acceso a diversas instituciones públicas y privadas, institutos castrenses, instituciones eclesiásticas, clubes sociales, entre otros. Lo mencionado se materializa cuando se utiliza cualquier excusa para no ser aceptados en las citadas instituciones o también cuando se les impide tener muestras de afecto (tal como lo hacen los heterosexuales) en espacios de ocio como centros comerciales, bares, discotecas, clubes deportivos y de esparcimiento, entre otros.

Finalmente, cabe precisar que el principal acto de discriminación que nos ocupa es negar a las personas homosexuales el derecho a pertenecer a instituciones civiles como el matrimonio y la adopción.

Obviamente, si se permite el matrimonio homosexual, se elimina el trato diferenciado injustificado entre parejas homosexuales y heterosexuales; con ello, se da un mensaje, mostrando que la homosexualidad no es dañina a la sociedad y, por ende, se incrementan las probabilidades de inclusión social de este segmento poblacional, así como se reduce el tácito temor o vergüenza que puede existir frente a la homosexualidad.

El mayor impacto se vería en la reducción de las tasas de depresión, ansiedad y suicidios por motivos de menosprecio y baja estima a la persona homosexual; por ende, se optimizaría el derecho a la salud mental.

En conclusión, y por las razones expuestas, este test habría sido superado.

Tanto la cultura humana como la naturaleza biológica evolucionan. La cultura varía gracias a la voluntad e intelecto humano, pero la biología cambia gracias a las mutaciones genéticas y al poder adaptativo de las especies. Por tanto, ni el mundo cultural ni el biológico son uniformes, inmutables y eternos. Por el contrario, la característica basilar y común a estos dos mundos es la diversidad.

Por lo expuesto, no existe regla o ley eterna en el mundo físico ni en el cultural; las únicas eternas son las leyes matemáticas, pero el matrimonio no es una entidad matemática; por el contrario, es una institución sujeta al fortuito cambiar de los tiempos dependientes de la creatividad y sensibilidad humana.

En conclusión, por las razones esgrimidas, consideramos que M1 (el matrimonio igualitario) ha superado el presente test de idoneidad.

5.3.8.2. Test de necesidad: a fin de desarrollar este test, se deben formular las siguientes dos preguntas:

1. ¿Qué derecho puede afectarse si entra en vigencia M1? (esta pregunta implica describir el costo social de la aplicación de la citada medida).

**PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234
DEL CÓDIGO CIVIL**

2. ¿Existe o puede existir otra medida alterna M2 o más eficaz que M1 para optimizar el derecho a la no discriminación y, a la vez, sea menos gravosa para el derecho afectado?

Respuestas a las preguntas:

1. En caso de promulgarse M1, podría afectarse el derecho a conservar las costumbres educativas y el sistema de creencias en el Perú, producto de la tradición religiosa e idiosincrasia. Esto consiste en el siguiente problema social: las familias heteroparentales (en adelante, tradicionales) tendrían que convivir con las familias homoparentales (en adelante, modernas), por ejemplo, en espacios públicos, como vecindarios, instituciones educativas, laborales y recreativas.

El núcleo de esta problemática es que los hijos de las familias conservadoras pedirían explicaciones a sus padres respecto de qué modelo de familia es el correcto e ideal. Sin embargo, esta situación podría superarse fácilmente con el argumento del pluralismo cultural; es decir, los padres conservadores podrían interpretar este fenómeno social de la siguiente manera: cada familia tiene su propia religión y sistema de creencias, así como brinda la educación que estime conveniente siempre y cuando exista mutuo respeto, consideración y no se afecten objetiva e irremediamente los derechos fundamentales, de uno y otro lado.

Una ciudadanía plural es multicultural, por lo que siempre habrá que convivir con culturas y costumbres alternas como en el caso de las familias migrantes. Un ejemplo de ello son las ciudades europeas, en las que se produce una convivencia pacífica entre familias cristianas, que practican oficialmente la monogamia, así como familias musulmanas que practican la poligamia. Esta convivencia no implica la destrucción de un determinado sistema de creencias y costumbres, más bien, involucra tolerancia y respeto.

En síntesis, la diversidad de costumbres familiares dentro de un mismo espacio ciudadano solo implica una mínima afectación a las costumbres educativas conservadoras y sistemas de creencias tradicionales, que, aunque sea mínima, debe tomarse en cuenta para paliarla gradualmente.

2. La respuesta a la segunda pregunta de este test es la siguiente: no existe una medida alterna tan o más eficaz y, a la vez, menos gravosa para el derecho a conservar las costumbres educativas y los sistemas de creencias tradicionales, por las siguientes razones:

La medida alterna M2 sería la "unión civil"; es decir, un reconocimiento legal y registral de la vida en común de parejas del mismo sexo con todos los derechos y deberes de las uniones de hecho heterosexuales, incluso, podría tener las mismas obligaciones y derechos de los actuales matrimonios civiles. Sin embargo, el derecho a la denominación "matrimonio" y el derecho al estatus de "institución social" no lo tendrían.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

Negar el derecho a la pertenencia a una institución social y a una denominación jurídica constituye una merma en el proceso de inclusión social de este segmento poblacional homosexual.

En conclusión, la medida alterna M2 "unión civil" y cualquier otra análoga que niegue el derecho al nombre y a la pertenencia a la institución social matrimonial será una medida alterna menos eficaz que el matrimonio. Por esta razón, el matrimonio igualitario o medida M1 es necesaria; por consiguiente, se ha superado el presente test.

5.3.8.3. Test de proporcionalidad en sentido estricto: este test involucra las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál de los dos derechos -el beneficiado con M1 (derecho a la no discriminación) o el afectado con esta misma medida (derecho a conservar las costumbres educativas y sistemas de creencias tradicionales) - tiene mayor peso de importancia, según las circunstancias concretas?

A todas luces, la respuesta a esta interrogante dependerá de las circunstancias concretas de la apreciación y valoración que haga nuestro órgano legislativo, puesto que optar por la no discriminación tiene como sustento la evolución en el reconocimiento de los derechos humanos; sin embargo, el respeto a los usos y costumbres de una determinada sociedad también es un aspecto a valorar y ponderar.

5.3.9. Conclusiones

5.3.9.1. El 24 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó una opinión consultiva sobre identidad de género e igualdad, y no discriminación a parejas del mismo sexo, la cual fue notificada el 9 de enero de 2018.

5.3.9.2. El párrafo 8 de la parte resolutive de la opinión consultiva 24/17 de la Corte IDH, respecto del extremo referido a la unión matrimonial entre personas del mismo sexo señala lo siguiente:

[...] De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.

5.3.9.3. Al respecto, es necesario precisar que dicha Corte tiene, entre sus instrumentos de protección, las siguientes dos funciones:

- a. **La función contenciosa**, cuyos fallos tienen poder vinculante inter partes, pero, en ocasiones, tienen fuerza vinculante erga omnes cuando la Corte establece la obligación de los Estados a realizar un control de convencionalidad que permita preferir una norma convencional protectora de

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

los derechos frente a una norma interna que los vulnere desproporcionadamente. Y, a su vez, dispone la adopción progresiva de medidas -de derecho interno- que se adecuen a los estándares establecidos en las sentencias.

b. La otra función protectora es la "consultiva", regulada en el artículo 64 de la Convención, gracias a la cual los Estados miembros pueden elevar consultas sobre la compatibilidad entre una norma de derecho interno y los DO. HH.; para este efecto, la Corte debe realizar una labor interpretativa de los textos convencionales, a fin de desarrollar los alcances de los DO. HH. contenidos en estos, por cuanto su literalidad no agota -per se- todas las posibilidades interpretativas. La opinión consultiva desambigua el texto controvertido de la Convención, por ende, le dota de auténtica efectividad. De lo contrario, la declaración de derechos contenida en el texto original de la Convención quedaría en la oscuridad e ineficacia. Por tanto, los Estados miembros, frente a un problema interpretativo, deben recurrir, no solo a la literalidad del texto de la Convención, sino a su desarrollo interpretativo plasmado en los argumentos y contenido de las opiniones consultivas.⁷¹

5.3.9.4. El matrimonio como una entidad cultural es dependiente de la idiosincrasia de cada momento histórico; en consecuencia, su contenido no es absoluto, sino relativo a los fenómenos sociales que se presenten. Por ejemplo, en una sociedad patriarcal y cristiana, las reglas del matrimonio no admitirían la poliginia ni la poliandria, pero, en una sociedad patriarcal como la islámica, se aceptaría la poliginia llamada también poligamia. Asimismo, en una sociedad de Estados laicos como buena parte de los Estados europeos actuales, se acepta y regula el matrimonio homosexual.

5.3.9.5. En consecuencia, desde el punto de vista jurídico y en el contexto de la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la presente iniciativa debe continuar su trámite para la deliberación y análisis.

5.4. DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Mediante Oficio N° 544-2022- de fecha 31 de Agosto del 2022- DP/PAD, Doña Alicia Abanto Cabanillas, Primera Adjunta (e) DEFENSORÍA DEL PUEBLO, hace llegar el Informe Jurídico Especializado N°019-2022-DP/ADHPD, remitido por el Adjunto para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad, dando opinión al Proyecto de Ley 525/2021-CR, en los siguientes términos:

⁷¹ CADH

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si 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.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

5.4.1. Análisis de la propuesta legislativa

Respecto a la progresividad de los derechos a la igualdad y no discriminación hacia la población LGBTI.

En el Informe Defensorial 175, "Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú", la Defensoría del Pueblo manifestó que en el Perú las parejas del mismo sexo no tienen un marco normativo para el ejercicio y salvaguarda de sus derechos; y haciendo referencia a la opinión vertida en relación con el proyecto de ley que proponía la unión civil no matrimonial⁷², afirmó que es importante contar con una ley que reconozca la unión civil entre parejas del mismo sexo, pues una propuesta legislativa en dicho sentido, tenía fundamento en el principio de igualdad y el libre desarrollo de la personalidad previstos en la Constitución, ya que jurídicamente es insostenible mantener una situación de desprotección para las personas homosexuales que deciden emprender un proyecto de vida en común.

Sin embargo, en virtud del desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, los estándares internacionales relativos a la protección y tutela de los derechos de las parejas del mismo sexo han sido reforzados en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, más precisamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva 24/17.⁷³

En dicha opinión, la Corte observa que "existe una lista en expansión de derechos, beneficios y responsabilidades de las cuales las parejas del mismo sexo podrían ser titulares. Estos aspectos incluyen –entre otros– impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras en temas electorales, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos" lo que a juicio del Tribunal, "debe ser asegurado sin discriminación alguna a las familias conformadas por parejas del mismo sexo".⁷⁴

En ese sentido la Corte consideró que "el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales. (...) las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos, o sociales, así como otros internacionalmente reconocidos. Asimismo, la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las

⁷² Informe de Adjuntía N° 003-2014-DP/ADHPD "Opinión respecto del proyecto de Ley N° 2647/2013-CR, que establece la unión civil no matrimonial de personas del mismo sexo. Situación de los derechos fundamentales de la población LGBTI en el país".

⁷³ Corte IDH, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

⁷⁴ *Ibidem*. Párr. 197.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales".⁷⁵

5.4.2. La tutela legal del vínculo entre parejas del mismo sexo

En relación con los mecanismos a través de los cuales un Estado debe garantizar estos derechos, la Corte IDH ha establecido que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, pues ello podría constituir en sí mismo un acto de discriminación pues a juicio 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". En ese sentido, concluye que "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".⁷⁶

En atención a lo expuesto, la Corte concluye que es obligación de los Estados "garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para tales efectos, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo".⁷⁷

Es importante señalar que, tal como ya ha sido advertido por la Defensoría del Pueblo en el Informe de Adjuntía N° 007-2018-DP/ADHPD, "A dos años del Informe Defensorial N° 175. Estado actual de los derechos de las personas LGBTI", las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de Derechos Humanos no sólo están delimitadas por lo que la literalidad de los tratados dispone, sino también por la interpretación que de dicho tratado haga el órgano encargado, en este caso la Corte IDH.

En consecuencia, dado que el mandato de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 2° numeral 2, de la Constitución Política, debe interpretarse "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú", entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para garantizar a todas las personas, sin discriminación alguna, todos los derechos reconocidos en la Constitución y en relación con aquellos derechos reconocidos y protegidos por la Convención Americana sobre Derechos

⁷⁵ *Ibidem*. Párr. 198.

⁷⁶ *Ibidem*. Párr. 218 y 224.

⁷⁷ *Ibidem*. Párr. 228.

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

Humanos, le corresponde recoger y aplicar mediante sus normas y procedimientos, los estándares internacionales contenidos en la OC-24/17.

5.4.3. Conclusiones

En cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado peruano y de conformidad con los estándares internacionales contenidos en la Opinión Consultiva N° 24/17, el Estado peruano debe adecuar su legislación a fin de garantizar a las parejas conformadas por personas los mismos derechos que tiene una pareja heterosexual, máxime si su unión, fundada en lazos principalmente afectivos y con vocación de permanencia, acarrea efectos patrimoniales.

En ese sentido, la Defensoría de Pueblo recomienda que se apruebe el Proyecto de Ley N° 525/2021-CR, que modifica el artículo 234 del Código Civil que establece "Ley de Matrimonio Civil igualitario", cuyo contenido se alinea a los principios y derechos recogidos en nuestra Constitución, así como a los criterios de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecidos por la Corte IDH.

VI. ANALISIS COSTO BENEFICIO

No es aplicable a la presente iniciativa el análisis costo beneficio, por cuanto del análisis efectuado resulta **no viable**.

VII. CONCLUSIONES

Después de un análisis de las opiniones recibidas de las entidades que han hecho llegar su opinión al Proyecto de Ley N° 525-2021-CR, cuyas conclusiones pasamos a exponer:

- La Universidad Nacional Mayor de San Marcos a través del señor Mg. JORGE GUILLERMO GUTIERREZ TUDELA, decano (e) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Marcos, concluye su opinión al Proyecto de Ley 525/2021-CR, en los siguientes términos:

No obstante, en el aspecto legal tampoco habría impedimento para que formalice la modificatoria propuesta a través de una reforma legislativa, pero no se trata de incorporar todo lo novedoso que ocurre en otras sociedades más permisivas o liberales, en el Congreso de la República deberá compulsar si las nuevas valoraciones sociales permiten conferir ese reconocimiento de matrimonio civil a parejas del mismo sexo, si la medida contribuye o no a la consolidación y fortalecimiento de la familia, que es uno de los principios rectores de la legislación en ésta materia según artículo 233° del Código Civil, propuesta que a mi modo de ver todavía no tiene acogida social pues hiere la sensibilidad de amplios sectores de nuestra población mayoritariamente católica y evangélica.

- El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), concluye su opinión al Proyecto de Ley 525/2021-CR, en los siguientes términos:

PREDICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 525/2021-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL

Las sentencias extranjeras (materializada en sentencias de otros estados) solo podrán ser evaluadas y analizadas mas no consideradas fuentes de derecho reconocido por el ordenamiento jurídico peruano.

La aplicación de jurisprudencia supranacional desarrollada bajo la lógica de convencionalización, si bien es tenuta en cuenta para dotar de contenido y definir los alcances de los derechos invocados por parte de las autoridades judiciales, debe señalarse que su aplicación no puede superponerse a las disposiciones que componen el ordenamiento jurídico de un país.

- El Poder Judicial a través de la Jefa de Gabinete de Asesores de la Presidencia, a concluido su opinión al Proyecto de Ley 525/2021-CR, en los siguientes términos:

El matrimonio como una entidad cultural es dependiente de la idiosincrasia de cada momento histórico; en consecuencia, su contenido no es absoluto, sino relativo a los fenómenos sociales que se presenten. Por ejemplo, en una sociedad patriarcal y cristiana, las reglas del matrimonio no admitirían la poliginia ni la poliandria, pero, en una sociedad patriarcal como la islámica, se aceptaría la poliginia llamada también poligamia. Asimismo, en una sociedad de Estados laicos como buena parte de los Estados europeos actuales, se acepta y regula el matrimonio homosexual.

- La Comisión de Justicia y Derechos Humanos tiene como fuente de reconocimiento legal lo dispuesto en el artículo 50° de la Carta Magna que precisa: *Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración.*

El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.

En ese orden de ideas, podemos afirmar que nuestro país reconoce la confesión religiosa como importante en la sociedad, no obstante se define como Estado Laico, sin embargo debemos reconocer que la legislación no puede alejarse de los parámetros sociales sobre la base del reconocimiento de la ley natural.

VIII. - RECOMENDACIÓN

Por las conclusiones expuestas, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, de conformidad con el literal c) del Artículo 70 del Reglamento Interno del Congreso de la República, recomienda la NO APROBACIÓN del **Proyecto de Ley N° 525-2021-CR** y su remisión al archivo.