



R-790

RECIBIDO  
LA RECEPCION DE  
SEÑAL DE CONFORMACION

2014 OCT 28

COMISION DE LA REPUBLICA  
RAMIREZ DOC. 11111111

015994

*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Presidencia*

"AÑO DE LA PROMOCIÓN DE LA INDUSTRIA RESPONSABLE Y DEL COMPROMISO CLIMÁTICO"

Lima, 27 OCT 2014

OFICIO N° 5523-2014-P-PJ

Señor Congresista  
**JUAN CARLOS EGUREN NEUENSCHWANDER**  
Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos  
del Congreso de la República  
Presente.

Referencia: Oficios P.O. N° 425-CJ-  
DDHH-CR/2013-2014 y P.O. N°  
1047-CJ-DDHH-CR/2013-2014.

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted para saludarlo y, en atención a los oficios de la referencia, remitirle el Informe N° 276-2014-GA-P-PJ que contiene la opinión institucional solicitada respecto del Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR, que propone establecer la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo, la que si bien en términos generales resulta positiva, presenta algunas atingencias que deberían ser incluidas en la exposición de motivos.

Sin otro particular por el momento, me despido no sin antes reiterarle los sentimientos de mi estima personal.

Atentamente,



**ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMÍREZ**  
Presidente del Poder Judicial

CONGRESO DE LA REPUBLICA  
COMISION DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

PROVEIDO N° R. 790 FECHA: 29.0.14  
PASE A: Julio Villalobos, Julio R. Sestras  
PARA: copias de copia

  
Secretario Técnico



PODER JUDICIAL

Presidencia  
Gabinete de Asesores

INFORME N° 276-2014-GA-P-PJ

A : DR. ENRIQUE MENDOZA RAMÍREZ  
Presidente del Poder Judicial

DE : MAG. MAGNO ABRAHAM GARCÍA CHAVARRI  
Jefe (e) del Gabinete de Asesores  
de la Presidencia del Poder Judicial

ASUNTO : Análisis del Proyecto de Ley que establece la unión civil no  
matrimonial para personas del mismo sexo.

REFERENCIA : Correlativos N° 28693-2014 y 230959-2014

FECHA : 14 de octubre de 2014

Estas líneas tienen por objeto saludarlo y, a la vez, elevar a su Despacho el siguiente Informe respecto al Análisis del Proyecto de Ley que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo.

I.- ANTECEDENTES

- 1.- Oficio P.O. N° 425-CJ-DDHH-CR/2013-2014 de fecha 10 de enero de 2014, remitido por Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, Juan Carlos Eguren Neuenschwander, por el cual solicita al Poder Judicial su opinión legal sobre el Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR mediante el cual se propone regular uniones civiles no matrimoniales entre personas del mismo sexo, a fin de enriquecer el dictamen, que sobre el mismo debe emitir la Comisión que preside.
- 2.- Oficio P.O. N° 1047-CJ-DDHH-CR/2013-2014 de fecha 26 de mayo de 2014, remitido por Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, Juan Carlos Eguren Neuenschwander, por el cual reitera el pedido de opinión legal sobre el Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR.





PODER JUDICIAL

Presidencia  
Gabinete de Asesores

## II.- MARCO NORMATIVO

- a) Constitución Política del Estado
- b) Código Civil
- c) Artículo 13 de la Ley 26662<sup>1</sup>

## III.- ANÁLISIS

### III.1 Del Proyecto de Ley que establece la unión civil no matrimonial

Se define a la unión civil no matrimonial como la unión voluntaria entre dos personas del mismo sexo con el fin de establecer y garantizar derechos y deberes dispuestos en el presente proyecto, el uno para con el otro.

Dicha declaración de unión civil se inscribirá en el Registro Personal de los Registros Civiles, debiendo tener los integrantes domicilio legal en el Perú, por lo menos dos años antes de la solicitud de inscripción.

En el proyecto de ley se establece que los integrantes de la unión civil no matrimonial tienen derecho a:

- a) Formar una sociedad de gananciales.
- b) Recibir el mismo tratamiento y tener los mismos derechos que un pariente de primer grado en los siguientes casos: visitas a centros de salud, toma de decisiones para tratamientos quirúrgicos de emergencia, visitas íntimas en centros penitenciarios, recibir alimentos del otro integrante (artículo 472 del Código Civil), derecho de habitación vitalicio y gratuito (artículos 731 y 732 del Código Civil), adquirir la nacionalidad peruana en caso de ser extranjero luego de haber celebrado la unión civil con un ciudadano peruano, y ser beneficiario de la seguridad social de su compañero civil, inscribir su cambio de estado civil en la RENIEC y Documento Nacional de Identidad.
- c) Recibir protección contra la violencia familiar.

<sup>1</sup> Artículo 13.- Publicaciones.- La publicación de avisos a que se refiere la presente ley, se realiza por una sola vez en el (folio) oficial y en otro de amplia circulación del lugar donde se realiza el trámite, y, a falta de diario en dicho lugar, en el de la localidad más próxima. Si fuera el caso, se observará lo dispuesto en el Artículo 169 del Código Procesal Civil. En el aviso debe indicarse el nombre y la dirección del notario ante quien se hace el trámite.





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

En cuanto a los impedimentos para conformar dicha unión, se considera que no pueden constituir una unión civil: los menores de edad, los consanguíneos en línea recta y/o en línea colateral hasta el segundo grado, los afines en línea recta y/o en el segundo grado de de la línea colateral, el adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas recta y/o colateral dentro de los grados señalados anteriormente para la afinidad y consanguinidad, el condenado o procesado como participe en el homicidio doloso de una persona que conforma la unión civil no matrimonial, matrimonio o unión de hecho, mientras subsista, los que deseen establecer una segunda unión civil no matrimonial mientras subsista una primera no resuelta y los declarados incapaces.



La disolución se produce por: mutuo acuerdo, muerte de una de los integrantes, violencia física o psicológica, atentado contra la vida del compañero, injuria grave, abandono injustificado del hogar por más de dos años, conducta que haga insostenible la vida en común, condena por delito dolo a pena privativa de la libertad mayor de dos años, imposibilidad de hacer vida en común, separación de hecho durante un periodo ininterrumpido de dos años y separación convencional.

Finalmente se propone la modificación del artículo 816 del Código Civil, respecto a los órdenes sucesorios, incorporándose al nivel del cónyuge y el integrante superviviente de la unión de hecho, al compañero civil.

### III.2 De la exposición de motivos del proyecto de ley

Se entienden como gais y lesbianas a las personas homosexuales adultas con una orientación sexual y afectiva hacia personas adultas de su mismo sexo. Se entiende también que la orientación sexual es una característica innata de la persona humana, que por lo tanto no elige ni puede alterar.

Agrega que las personas lesbianas y gais en el Perú gozan al nacer de los mismos derechos civiles y protección bajo la ley que cualquier otro ciudadano, pues el Perú es un estado democrático donde la discriminación es inconstitucional. Sin embargo, al llegar a cierta edad y reconocerse o declarar su homosexualidad, pierden el derecho fundamental a reconocer legalmente sus relaciones de pareja ante el Estado. Las parejas heterosexuales tienen la figura del matrimonio civil y la unión de hecho, con las cuales gozan de ciertos derechos y deberes, mientras que las parejas homosexuales no





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

cuentan con ninguna institución legal que los reconozca, por lo que en la práctica serían considerados ciudadanos de segunda clase.

Si el Estado Peruano no reconoce a dicha parejas con alguna figura legal, estaría perpetuando la discriminación, vulnerando el artículo 2 de la Constitución Política del Estado donde se establece que nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.



Agregan que es importante que se emita una ley que reconozca la unión civil de personas del mismo sexo, toda vez que las uniones civiles promueven la estabilidad para las parejas de personas del mismo sexo, las parejas puede apoyarse el uno al otro solidariamente, forman unidades económicas estables y por lo general con un patrimonio más grande que uno individual, se reducirían las enfermedades de transmisión sexual, y se fortalecerá y cohesionará nuestra sociedad.

Como argumentos de respuesta a la oposición de las uniones civiles de personas del mismo sexo se señala que:

- 1) El matrimonio civil no es un sacramento religioso, sino una institución y un contrato civil.
- 2) La figura de las uniones civiles para personas del mismo sexo no desvirtúa ni ataca a la familia tradicional, pues ésta otorga derechos a personas que actualmente no lo tienen; no quita ni limita derechos a nadie.
- 3) El Perú no es una teocracia, sino un estado secular, en donde el Estado no puede dar preferencia a las concepciones de una religión u otra.
- 4) No se incentiva la homosexualidad, toda vez que la orientación sexual es Innata a la persona humana.
- 5) La procreación no es el único fin para el reconocimiento legal de una pareja.
- 6) En cuanto a que las uniones homosexuales van contra la moral, se tiene que dicha calificación dependerá del grupo religioso o institución a la que se le consulte.
- 7) En cuanto al tema de la protección de los niños, se establece que la homosexualidad es una realidad del ser humano que no va a desaparecer por negarles derechos a éstas personas, y si el Estado tuviera la función e impedir que los niños vean parejas del mismo sexo, tendría que separarlos de la sociedad por la fuerza, lo que resulta impracticable.





PODER JUDICIAL

Presidencia  
Gabinete de Asesores

8) En cuanto al impacto de la homosexualidad en los niños, la Secretaría General de la Asociación Psiquiátrica Peruana, ha afirmado que "si la evidencia con la que contamos hasta la fecha no demuestra que un niño se afecte negativamente cuando es criado por padres homosexuales, no es probable que ver una pareja de homosexuales en actitudes románticas lo pueda afectar".

### III.3 De la institución del matrimonio, la unión de hecho y la unión civil para parejas homosexuales

#### III.3.1 La Institución del Matrimonio

La Institución del matrimonio es recogida en cuanto a su promoción en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado y en cuanto a su definición formas, causas de disolución y demás aspectos en el Código Civil de 1984.

##### III.3.1.1 Definición

Etimológicamente matrimonio deriva de matris (madre) y de monium (cargo o gravamen): "oficio o cargo de madre". La definición de matrimonio para los romanos, según Modestino se entiende de la siguiente manera: "unión entre varón y mujer en un consorcio de toda la vida; comunidad del derecho divino y humano"<sup>2</sup>. Otros lo describen como: "la unión de un solo hombre y de una sola mujer para perpetuar su especie y ayudarse mutuamente a sobrellevar el peso de la vida".

La trascendencia de la Institución del matrimonio tiene, no solo en el orden jurídico, sino en el moral y social, explica sin duda que los juristas, moralistas, y los sociólogos, hayan hecho tantos esfuerzos para estudiar y esclarecer los múltiples problemas que con ella se relacionan.

Los canonistas y civilistas, señalan que el matrimonio tienen dos acepciones, por un lado es el acto jurídico mediante el cual los esposos han manifestado su voluntad de casarse; y por otro, designa la relación que como consecuencia de aquel acto, queda instaurada entre los contrayentes: la unión permanente de un varón y una mujer que han establecido voluntariamente entre sí una plena comunidad de vida, apta para

<sup>2</sup> Los romanos se referían al matrimonio como nuptias, el cual "proviene de "nubera", es decir, velar o cubrir; aludiendo al velo que cubría a la novia durante la ceremonia de la confarreatio.





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

procrear, acoger en su seno y educar a la prole y para el ejercicio de la ayuda mutua entre sus miembros.

Por otro lado, desde un punto de vista jurídico, el matrimonio viene a ser: "el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley".

Desde un punto de vista sociológico, el matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual sancionada por la ley, queda así elevada la unión sexual a la categoría de fundamento principal del matrimonio<sup>3</sup>. Expresado de otro modo, el matrimonio es un lazo entre dos personas que viven en una relación sexual socialmente aprobada.

El primer Código Civil Peruano, definía el matrimonio como "la unión perpetua del hombre y de la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida en común, concurriendo a la conservación de la especie humana. El código Civil de 1996 omite intencionalmente una definición de matrimonio dejando dicha labor a la tarea interpretativa de la doctrina y la jurisprudencia.

El Código Civil Peruano vigente de 1984, en su artículo 234 establece que: "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones legales, a fin de hacer vida común (...)". Esta definición sigue las concepciones de Ennekerus y de Díez Picaso y Gullón-, de este concepto observamos, que el código al referirse "por un varón y una mujer" esta consintiendo el matrimonio heterosexual, excluyendo así la unión matrimonial homosexual.

### III.3.1.2 Fines del matrimonio

Los fines del matrimonio son dos: a) la procreación y educación de la prole; y b) el mutuo auxilio en una plena comunidad de vida (los cuidados personales que los cónyuges deben prestarse, especialmente en las adversidades de la vida matrimonial). El Código Civil Peruano de 1984 solo considera como fin, el hacer vida en común.

Según la doctrina canónica los fines específicos del matrimonio canónico son: a) la

<sup>3</sup> Peralta Andía, Rolando. "Derecho de Familia en el Código Civil". Primera Edición 1993. Editorial Importaciones y Distribuciones Moreno S.A. Pág. 79.





PODER JUDICIAL

Presidencia  
Gabinete de Asesores

procreación, formación laboral y educacional de los hijos; y b) la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia.

El fin primario del matrimonio es la procreación para la preservación de la especie, en la medida que el ser hombre y ser mujer implican, respectivamente, la potencialidad de ser padre y madre. Por tanto, es innato al ser humano (por ser un ente sexuado) tender al ejercicio de la función reproductora. En ese sentido, aceptar a alguien como mujer y esposa o como varón y marido significa, a la vez, decir te acepto como mujer-madre o como varón-padre. En otras palabras, la apertura a la vida de nuevos seres humanos constituye una proyección de sí mismo y configura un proyecto común de vida entre los cónyuges que tiende a superarlos.

#### III.3.1.3 Caracteres jurídicos del matrimonio

El matrimonio se caracteriza por ser:

a) *Institución del derecho de familia.* El matrimonio es una institución fundamental del derecho familiar al ser su fuente principal y una de las principales bases sobre la cual se origina la familia. Además, la Institución del matrimonio contribuye a la consolidación de una comunidad fuerte, estable y duradera.

Estando a ello, del casamiento no solamente derivan una serie de derechos y efectos jurídicos de orden personal y patrimonial para los cónyuges y los hijos, sino también permiten a los miembros del grupo doméstico mayor seguridad y moralidad, especialmente, para los hijos que hallan en esta institución las condiciones óptimas para su desarrollo integral.

b) *Unión de un varón y de una mujer.* Se trata de una unión intersexual monogámica, lo cual significa la preexistencia de un vínculo conyugal que impide la constitución de otro, tal como se establece en el artículo 241 inciso 5 del Código Civil<sup>4</sup>.

Esta unión tiene carácter heterosexual, por lo que no se permite el matrimonio de

<sup>4</sup> Artículo 241.- No pueden contraer matrimonio:

[...]  
• Los casados.





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

entre homosexuales, sino el de un varón y de una mujer. Es más, la unión conyugal es permanente y estable en el sentido de que se contraen nupcias con el propósito de que perdure y que su estabilidad quede garantizada por la ley. Desde esta perspectiva el vínculo matrimonial es irrevocable como centro de seguridad ético y jurídico, lo que no debe confundirse con la indisolubilidad que tiene otras connotaciones.

c) *Legalidad.* "El matrimonio es la unión de un varón y una mujer legalmente sancionada por la ley, lo cual supone la aptitud legal para contraerlo y el cumplimiento de ciertas formalidades establecidas por el ordenamiento jurídico"<sup>5</sup>.

Para contraer matrimonio los pretendientes deben haber alcanzado la pubertad legal a la que se refiere el *ius connubi* (salvo las excepciones establecidas en la ley), a fin de procurar la procreación y se establezcan las condiciones de plena responsabilidad para asumir deberes y obligaciones que la unión matrimonial importa.

Asimismo, en el derecho positivo se pretende que el matrimonio se constituya a través de signos exteriores formales, que permitan captar el establecimiento de relaciones conyugales, y que a través de ellas se ejerza un adecuado control de la legalidad de la institución.

d) *Comunidad de vida.* Se refiere a la sociedad y alianza necesarias de los cónyuges para gozar no sólo de las excelencias y gratificaciones que brinda la unión conyugal, sino también para soportar el peso de la vida y afrontar cada una de las vicisitudes que ofrece la existencia humana.

El matrimonio en la legislación peruana tiene como finalidad el establecimiento de una plena comunidad de vida, lo cual supone que no sólo se trata de la mera procreación de los hijos, la generación de prole, sino de traerlos al mundo en condiciones adecuadas de subsistencia.

En la Constitución Política del Estado se establece que: "el Estado ampara la paternidad y maternidad responsables", precepto que debe entenderse como un control de la

<sup>5</sup> Peralta Andía, Rolando. "Derecho de Familia en el Código Civil". Primera Edición 1993. Editorial Importaciones y Distribuciones Moreno S.A. Pág. 23.





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

natalidad y planificación familiar, lo cual supone concebir un número determinado de hijos que esté en relación directa con las posibilidades económicas de los padres; y que también demuestra o denota la concepción heterosexual de la familia que se origina del matrimonio.

#### III.3.1.4 Importancia del matrimonio en la sociedad

Independientemente de la concepción moral de las relaciones sexuales, el Estado tiene interés en procurar la regularidad y consistencia de las uniones desde el punto de vista social, es por ello que el legislador interviene para controlar la etapa de formación del matrimonio, para asegurar su permanencia, su perpetuidad y hacer respetar las obligaciones que impone.



El Estado busca proteger a la institución de la familia debido a su importancia social, jurídica, económica y política. Una de las maneras en que asegura el normal desenvolvimiento y cumplimiento de los fines de la familia es fomentar las uniones matrimoniales, por cuanto éstas dan fuerza y estabilidad a la relación entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos. El matrimonio es un mecanismo de cohesión entre los componentes de una familia y, especialmente, la fuente de la familia que goza de mayor aceptación.

#### III.3.1.5 Matrimonio una institución esencialmente heterosexual y monogámica

De las múltiples y diversas definiciones doctrinarias sobre el concepto de matrimonio la que predomina casi en su generalidad es la que lo considera por esencia heterosexual y que una unión homosexual no cabe bajo la forma de unión matrimonial.

Según Adolfo Prego de Oliver y Tolivar: "De las numerosísimas definiciones que la doctrina civil ha hecho de matrimonio, el dato de la heterosexualidad aparece con toda naturalidad como un elemento indiscutible, obvio. Cabe citar, entre otras muchas, desde las más antiguas a las actuales y a modo de ejemplo, las siguientes:

- 'Sociedad legítima del hombre y la mujer que se unen con vínculo indisoluble'. Ferrero en 1849;





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

- 'La unión de dos personas de sexo diferentes para la moralización del instinto natural del sexo y las relaciones por él establecidas'. Gutiérrez Fernández en 1871;

- 'Unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera'. Espín Cánovas;

- 'Unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perfecta comunidad de existencia'. Manresa y Navarro, seguidos por Castán;



- 'Unión entre un hombre y una mujer, tendencialmente para toda la vida, con la finalidad de realizar la más plena y completa comunidad de existencia'. García Cantero;

- 'Unión irrevocable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida'. Puig Peña;

- 'Unión de un hombre y una mujer reconocida por el Derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas'. Ennecerus;

- 'Unión de un varón y una mujer concertados de por vida mediante la observancia de determinados ritos y formalidades legales y tendentes a realizar una plena comunidad de existencia'. Díez Picazo y Gullón;

- 'Unión legal de un hombre y una mujer que se encamina a una plena comunidad de vida y funda la familia'. Albaladejo;

- 'Unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida'. Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida;

- 'Relación entre un solo hombre y una sola mujer que supone el establecimiento de una comunidad duradera de vida'. Salvador Cordedó;

- 'El matrimonio es un negocio jurídico bilateral y formal por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena'. O'Callaghan;





PODER JUDICIAL

Presidencia  
Gabinete de Asesores

- "Unión estable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida". Moro y Sánchez',<sup>6</sup>

Asimismo, la Real Academia de la Lengua Española define al matrimonio como: "Unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales.

El matrimonio y las uniones homosexuales son realidades diferentes. Designar una unión homosexual con el nombre de matrimonio podría ocasionar confusión, porque se designan con el mismo nombre dos realidades diferentes y de distinta naturaleza. El matrimonio se encuentra diseñado para una relación heterosexual. Las relaciones homosexuales son merecedoras de amparo legislativo pero no bajo la denominación de matrimonio.



#### III.4 De la familia y su protección constitucional

La Real Academia de la Lengua Española define a la familia como el "1. f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas"<sup>7</sup>. La familia no necesariamente proviene el matrimonio ni tiene que estar integrada por los hijos. Por otro lado, los miembros se encuentran emparentados por relaciones de parentesco, origen común o afinidad.

En cuanto a la protección constitucional de la familia, la Constitución de 1933 en su artículo 53 dispuso que: "El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley". Luego, la Constitución Política de 1979, estableció la protección que el Estado le debía a la familia que era referida como una "sociedad natural y una institución fundamental de la Nación". Mientras que la Constitución de 1993 vigente, dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, la carta fundamental dedica una serie de mandatos que buscan otorgar una protección constitucional adecuada a la familia.

Así se tutela la intimidad familiar (artículo 2, inciso 7) y la salud del medio familiar (artículo 7). Ello se vincula a su vez, con lo establecido en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el

<sup>6</sup> Prego de Cerver y Tolívar, Adolfo. En: <https://archive.today/TQHA>

<sup>7</sup> Real Academia Española: <https://lema.rae.es/drae/?vat=1,unil>





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

bienestar suyo y de su familia. De igual manera tendrá que ser apreciado el artículo 13 que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación.

A pesar de esta gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el texto constitucional no la define de manera precisa. En ese sentido se puede colegir que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos "legítimos" y "no legítimos".

La familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. La familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos y tradiciones culturales, por consiguiente, es un agente primordial del desarrollo social.

La protección estatal de la familia frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad debe darse sin importar el tipo de familia ante la que se esté. En consecuencia, el Estado no sólo debe defender a la familia que proviene de un matrimonio, en la medida que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales (monoparentales, reconstituidas e inclusive a las formadas por parejas homosexuales). Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que supone mayor estabilidad y seguridad de los hijos, en el caso que éstos integren una familia.

### III.5 Del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación

La definición de igualdad debe ser comprendida en dos planos convergentes. Como un principio rector de la organización y actuación de un Estado Democrático de Derecho y como un derecho fundamental de la persona.





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

Se presume la afirmación *a priori* y apodictica de la homologación entre todos los seres humanos, en razón de la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.

La igualdad supone: a) la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional que promueva la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.

El derecho a la igualdad funciona en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Es decir, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución Política del Estado y las leyes reconocen y garantizan.

El principio de igualdad se constituye simultáneamente de la manera siguiente: a) como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y d) como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres.

Asimismo, este principio se concretiza en el plano formal mediante el deber estatal de abstenerse de la producción legal de diferencias arbitrarias o caprichosas; y en el plano material apareja la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos.

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





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

Como derecho fundamental la igualdad significa no sufrir discriminación jurídica alguna, es decir, no recibir un tratamiento dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable.

Existe infracción del principio de igualdad cuando en la formulación, interpretación o aplicación de la ley, se contempla en forma distinta situaciones, hechos o acontecimientos que son idénticos, con el objeto de discriminar o segmentar política, económica, social o culturalmente a alguien.

La ruptura de la noción de igualdad se configura cuando a través del proceso de formulación, interpretación o aplicación de la ley, ésta genera consecuencias jurídicas diferentes entre una persona y otra. En resumen, se produce a través del establecimiento de derechos, facultades, atribuciones, deberes, responsabilidades o sanciones disímiles, a pesar de ser idénticas las conductas o situaciones de las personas involucradas.

Estando a ello es pertinente señalar que la discriminación deviene de un trato desigual y arbitrario a personas sujetas a condiciones o situaciones idénticas, bien sea por el otorgamiento de ventajas o en la imposición de cargas. Ello conlleva a una agravada e injustificable distinción que afecta la dignidad de la persona; lo cual incluso puede llegar al extremo de la negación de la propia condición humana.

La discriminación se asienta en el prejuicio social de dividir a los congéneres en superiores e inferiores, en respetables y no respetables, en calificables y descartables, y así en cuanto diferenciación injustificada y contraria a la naturaleza humana pueda realizarse.

### III.5.1 La igualdad ante la ley y el concepto de diferenciación

El principio de igualdad no es vulnerado por el tratamiento legal diferenciado, en tanto, tal diferenciación tenga una base objetiva, razonable, racional y proporcional.

El tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en cuanto a la diferencia de sus "calidades accidentales" y a la naturaleza de las cosas que las vinculan. La idea de la igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos. El tratamiento desigual no será injustificado mientras no se afecte dicha dignidad. Ello





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

supone la existencia de dos o más hechos, situaciones y relaciones jurídicas que sean comparables entre sí para determinar la generación de un trato igual o diferenciado para las personas involucradas.

El concepto de naturaleza de las cosas explica que en una relación jurídica pueden existir un determinado orden, peculiaridades y características singulares que en consuno dan sentido y razón de ser a ésta. En consecuencia, a fin de plasmar el mayor grado de justicia posible, es recomendable que en un vínculo imperativo-atributivo queden claramente delimitados los rasgos esenciales que generan su existencia normativa, dado que ellos son los que deben condicionar axiológicamente la materia objeto de regulación. En puridad, dicho orden y rasgos específicos e intransferibles son los que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no de otro.



El principio de igualdad no impide al operador del derecho determinar, entre las personas, distinciones que expresamente obedezcan a las diferencias que las mismas circunstancias prácticas establecen de manera indubitable.

Un texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad, cuando su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación; y cuando, luego de satisfacer dicha prioridad, adjudica beneficios o castigos diferenciadamente, a partir de rasgos distintivos relevantes.

La existencia de una diferente regulación normativa o de un trato distinto, derivado de la interpretación o aplicación de la ley, deben ser apreciadas en relación con la finalidad y los efectos de la medida legal adoptada sobre la materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir un resultado jurídico legítimo, a la luz de la moral y los valores del derecho. La finalidad debe ser concreta, palpable y verificable en sus consecuencias efectivas.

La distinción debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien o valor constitucional, o de un bien o valor constitucionalmente aceptable. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con certeros juicios de





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

valor generalmente aceptados. En ese sentido, no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato, cuando éste se basa en supuestos de hecho o en situaciones subjetivas.

A lo expuesto debe agregarse la regla de proporcionalidad. Para tal efecto, debe tenerse en cuenta la armonía y correspondencia en relación con la situación de hecho y la finalidad perseguida. Por consiguiente, la diferenciación será válida si demuestra ser proporcional a la situación de hecho y a la finalidad perseguida.



Asimismo, a la base objetiva y razonable de la diferenciación debe añadirse la racionalidad. Ésta debe ser entendida como la necesidad de acreditar la adecuación del medio empleado por la ley con los fines perseguidos por ella. Esto implica la existencia de una conexión o vínculo eficaz entre el trato diferenciado que se legaliza, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se pretende alcanzar.

Por último, debe mencionarse que la noción de igualdad ante la ley no se opone a la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite: a) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; b) una finalidad específica; c) razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; d) racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue; y e) proporcionalidad, es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad.

III.5 De la factibilidad de la creación de la institución de la unión civil no matrimonial para parejas del mismo sexo, en el marco del principio de igualdad

La Constitución Política del de 1993 en relación al matrimonio, remite al Código Civil de 1984, la regulación de sus formas y causas de separación. En dicho Código se preceptúa expresamente que se trata de la unión concertada entre un varón y una mujer, con lo que se excluye, desde una interpretación literal, toda posibilidad de incluir en dicha figura al matrimonio de una pareja homosexual.

La finalidad de la institución del matrimonio no sólo es hacer vida en común con derechos y deberes relacionados a la pareja, sino también la procreación, hecho que





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

no se puede producir, del mismo modo, con una pareja homosexual. Este hecho diferenciador sirve de base para el ejercicio, propuesto por el proyecto de ley, de un tratamiento legal diferenciado que es razonable, justificado y coherente.

Además, en el proyecto de ley de unión civil no matrimonial, materia del presente análisis, se señala que la orientación sexual es una característica Innata de la persona humana que no puede ser alterada ni elegida, por lo tanto, si el afecto, el gusto innato de los heterosexuales es reconocido legalmente en cuanto a sus relaciones de pareja, a fin de evitar caer en un trato discriminatorio, debería también reconocerse la relación de una pareja homosexual. En esa misma línea de razonamiento, la procreación es una característica Innata de una pareja heterosexual que no poseen las parejas homosexuales, por consiguiente no pueden aplicarse a ellas (parejas homosexuales) las disposiciones del matrimonio relacionadas a la procreación, de acuerdo a lo propuesto en el citado proyecto de ley.



Según los fundamentos del proyecto materia del presente análisis, al ser la procreación una de las finalidades del matrimonio, la regulación de dicha institución en relación a este aspecto no podría ser de aplicación a una pareja homosexual; en consecuencia, la institución del matrimonio no puede acoger a las parejas homosexuales, en lo que corresponde a sus disposiciones referidas a la prole.

Ahora bien, al no poder separarse ese aspecto de la institución del matrimonio, lo conveniente, en la misma línea de razonamiento de la propuesta legal bajo examen, es regular esa relación de pareja bajo otra institución diferente, alternativa que tutele sólo lo concerniente a la pareja, a la familia que se formará, en temas asistenciales y patrimoniales.

Dicha figura alternativa sería la unión civil no matrimonial, la misma que regulará sólo aspectos patrimoniales, asistenciales y en general los propios de la relación de la pareja.

#### IV. CONCLUSIONES:

En el presente caso se concluye que el Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR reivindica los derechos de la minoría homosexual, los incluye y acepta, además de fomentar la





PODER JUDICIAL

*Presidencia  
Gabinete de Asesores*

Igualdad y el respeto por nuestros semejantes. Por lo que este Gabinete emite una opinión favorable.

Es todo cuanto debo informar a usted.

Atentamente,



MAG. MAGNO ABRAHAM GARCÍA CHAVARRI  
Jefe (e) del Gabinete de Asesores  
de la Presidencia del Poder Judicial



MAGCH/wml/8135