

“Se presenta pues la necesidad de dar una interpretación (...) que sea coherente con los principios de igualdad, no discriminación, autonomía y respeto a la diversidad, que irradian de nuestra Constitución y que se han afianzado a través de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.”

Sobre la compatibilidad del matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo con el ordenamiento constitucional peruano¹

Maria Soledad Fernández Revoredo*

En el presente trabajo me propongo demostrar la compatibilidad del matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo con la Constitución de 1993. Para ello, en primer lugar, dejaré sentado si es posible inferir de la Carta de 1993 un modelo específico de familia que genere como consecuencia una restricción para el reconocimiento de una diversidad de formas familiares, las cuales en estos tiempos empiezan a visibilizarse y cuyos integrantes esperan reconocimiento. En segundo lugar, indagaremos si la heterosexualidad constituye un valor que subyace a la Constitución, para finalmente interpretar los alcances de las disposiciones constitucionales relativas a las familias.

Este trabajo, en lo que sigue, se realizará bajo la idea de que tales disposiciones no tienen que ser comprendidas exclusivamente a partir del significado literal de las palabras que contienen, sino, sobre todo, a la luz de los principios que irradia nuestra Constitución. Nuestro propósito es que nuestra conclusión sea el resultado de una búsqueda de coherencia interna del texto constitucional.

¹ El presente trabajo recoge una parte de una investigación realizada por la autora que lleva por título: “La igualdad y no discriminación en su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú” (tesis de maestría, 2014).

* Profesora de Derecho de Familia y Género de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

A manera de introducción: La orientación sexual en el ordenamiento constitucional peruano

Para abordar la cuestión relativa a los alcances de la protección de la orientación sexual en la Constitución de 1993, es importante tomar en cuenta dos cuestiones fundamentales. La primera es la relativa a la justificación moral de asumir a la orientación sexual como un criterio relevante para establecer diferencias entre personas. Así, consideramos la necesidad de reconocer un mínimo moral, constituido por la racionalización de las necesidades básicas de los individuos que se deben cumplir para la concretización de sus planes de vida, asumiendo para tal efecto la teoría de las necesidades y/o las capacidades (Vásquez 2006:132). Esto lleva a concluir que tomar en cuenta la orientación sexual como criterio para atribuir derechos sería ponernos por debajo del mínimo moral antes referido, pues un recorte de los mismos, justificado en que el ejercicio de la sexualidad, no se ajusta al modelo hegemónico; implicaría una negación de la condición humana. El segundo alcance tiene que ver con el concepto de heteronormatividad, el cual alude a la dimensión política que subyace a la heterosexualidad como paradigma y su influencia en las concepciones de familia.

La Carta de 1993 no hace mención expresa alguna a la orientación sexual; sin embargo, no debe quedar duda que constituye un motivo prohibido implícito para generar tratos diferenciados, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° inciso 2 del texto constitucional. En efecto, esta disposición enuncia un principio general de igualdad y a continuación un mandato de no discriminación por una lista de motivos prohibidos, al que se agrega criterios “de cualquier otra índole”. La orientación sexual debe entenderse dentro de la citada cláusula en tanto que constituye un factor a partir del cual se puede identificar a un colectivo integrado por homosexuales, lesbianas, transexuales, transgéneros, etcétera, que tradicionalmente ha sufrido, por su pertenencia al mismo, un menosprecio social y la violación de sus derechos fundamentales. Esto resulta incompatible con un Estado como el peruano, el cual se rige por los principios de Estado social, democrático y plural. En atención a ello, la orientación sexual debe ser considerada en relación al mandato de no discriminación como una de las categorías sospechosas. Sobre estas,

el Tribunal Constitucional ha asumido una posición en los términos siguientes:

[...] Al respecto, se entiende por “categorías sospechosas” o “especialmente odiosas” a aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una presunción de inconstitucionalidad, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable.

En ese sentido, pues, cuando la Constitución señala en su artículo 2, numeral 2 que “[t]oda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”, y agrega a continuación que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, debe entenderse que a través de esta enumeración la Constitución no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como “potencialmente discriminatorios” cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares.

Siendo ello así, este Tribunal ha de concluir que cuando una determinada forma de discriminación, sea ésta directa o indirecta, afecta el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes reglas: i) en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, probar que dicha discriminación no se ha producido; ii) en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un control estricto, con lo cual no basta con que el agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la imperiosa necesidad de la misma;

y, iii) en caso de duda, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada².

El argumento contrario a nuestra posición de considerar a la orientación sexual como una categoría sospechosa a la que se le debe aplicar las consecuencias previstas en la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada podría ser el que sostiene que el concepto de categoría sospechosa está reservado a las razones expresamente vedadas en el artículo 2º inciso 2 de la Constitución. No obstante, no consideramos que tal argumento tenga un importante asidero puesto que bajo un Estado Constitucional, la lectura de una disposición como la ya mencionada no puede ser literal sino iluminada por el significado deontológico del principio de igualdad y en conexión con la realidad y el contexto social. Estos últimos nos dicen que la orientación sexual es un factor de diferenciación tan grave y lesivo a la dignidad de la persona humana como cualquiera de los expresamente mencionados y que darle un tratamiento distinto constituiría un despropósito en relación con el valor de la igualdad.

Ahora bien, como puede observarse, el Tribunal asume que la categoría sospechosa está determinada por la existencia de colectivos “históricamente discriminados” para luego señalar que deben ser consideradas como tales aquellos “expresamente” vedados. Estos criterios podrían generar contradicciones en casos como la orientación sexual o la identidad sexual que si bien nos remiten a la identificación de grupos que viven marginados, el factor de su marginación no se encuentra expresamente enumerado en el artículo 2º inciso 2 de la Constitución.

Saba, refiriéndose al caso argentino, pone en evidencia la falta de armonía y tensiones que producen la puesta en práctica de los criterios utilizados por la Corte Constitucional de ese país:

En primer lugar, se arguye que la categoría es sospechosa de ser contraria a la Carta Magna porque su utilización para hacer distinciones confronta con una clara prohibición constitucional. [...] Por otro lado, en algunos votos de algunas sentencias se establece que la categoría

es sospechosa porque es palmariamente irrazonable, es decir, que es prácticamente imposible encontrar algún caso en el que la categoría podría justificar un trato diferente en virtud del principio de razonabilidad. [...] Si dejamos a un lado el primer argumento, que creo es el más débil por asociarse a una afirmación dogmática propia del positivismo ideológico, la segunda caracterización de categorías sospechosas parece estar exclusivamente asociada a su irrazonabilidad. Sin embargo, existe una tercera forma de identificar a las categorías sospechosas [...] Según esta visión de las categorías sospechosas, ellas se reconocen por su asociación con el objetivo de proteger a grupos vulnerables o sistemáticamente discriminados. [...] Las categorías utilizadas para hacer distinciones en el trato proporcionado a las personas serán sospechosas, desde esta perspectiva, en la medida que ellas sean utilizadas por el Estado para justificar un trato que perjudique a esos grupos, presumiéndose inconstitucionales y merecedoras de una consideración tan especial como la del escrutinio estricto (2010: 668-669).

Tomando en cuenta estos tres criterios para catalogar de categoría sospechosa a un determinado factor de trato desigual, convenimos con el citado autor en una concepción de la igualdad que está destinada a proteger principalmente a las personas por su pertenencia a un colectivo que vive una palmaria situación de desventaja y de marginación. Ello, a nuestro juicio, supone entender que bajo el criterio del sexo, por ejemplo, no se trata de entender como categoría sospechosa el trato desigual hacia un varón, sino a las mujeres quienes son las que histórica y tradicionalmente han vivido la marginación por su condición de tales. Siguiendo este mismo razonamiento, la orientación sexual será categoría sospechosa no cuando se trate desigual a un heterosexual sino a homosexuales y lesbianas.

En suma, si el principio de no discriminación, entendido como el que exige distinciones razonables, es el que define el carácter sospechoso de la categoría, entonces el sexo será sospechoso y los tratos preferenciales de grupos vulnerables y estructuralmente desiguales estarán

² Expediente 2317-2010-AA/TC. Sentencia del 3 de septiembre de 2010.

expuestos a posibles ataques por trato desigual injustificado. Si el principio de no sometimiento es el que justifica la calificación como sospechosa de una categoría, entonces el requisito de “ser varón”, por ejemplo, para postular a un contrato laboral, será sospechoso y, en cambio, el requisito “ser mujer”, para un caso similar, podría ser justificado, incluso cuando excluyera a los varones de esos empleos con el fin de dismantelar una situación de exclusión de la mujer del mercado laboral (Ibid: 701-702).

De otro lado, el Estado peruano está vinculado por la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al artículo 1.1⁹³ y 24⁹⁴ de la Convención Americana de Derechos Humanos, que ha dejado establecido lo siguiente:

82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana”⁵.

Asimismo, en relación con los motivos prohibidos para discriminar y al listado abierto que contiene la cláusula antidiscriminatoria de la Convención, al indicar como razón vedada a “cualquier otra condición social”, la Corte en la sentencia del caso Karen Atala Riffo e hijas vs. Chile también ha señalado:

84. En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.

85. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo⁶.

Específicamente, en relación con el criterio de orientación sexual, la Corte ha dejado establecido que tanto la orientación sexual como la identidad de género constituyen categorías protegidas por la Convención⁷, y en ese sentido concluye que:

91. [...] 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 sexual⁸.

De lo que acabamos de señalar se desprende la existencia de un consenso internacional en torno a que la orientación sexual constituye una categoría protegida

³ “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”.

⁴ “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

⁵ Caso Karen Atala Riffo e hijas vs Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas).

⁶ Ibid.

⁷ A similar conclusión han llegado otros órganos vinculados al sistema universal de protección de Derechos Humanos, así como el Tribunal Europeo. En relación con este último, se puede revisar el caso Tonnen vs. Australia.

⁸ Caso Karen Atala Riffo.

por los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. Por lo tanto, constituye un factor vedado para diferenciar en la adjudicación y tratamiento de derechos, cuestión que particularmente ha quedado muy clara en el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que el Perú debe acatar por constituir un Estado Parte de la Convención y sujeto a la competencia de dicha Corte. A ello se suma que el trato diferenciado dirigido a homosexuales y lesbianas debe ser asumido bajo el estándar de categoría sospechosa y aplicarse por tanto un escrutinio estricto y demás consecuencias señaladas en la sentencia del Tribunal Constitucional que para este aspecto hemos citado líneas arriba.

I. ¿Se puede inferir un modelo de familia de la Constitución de 1993?

Las disposiciones constitucionales que específicamente tratan sobre la familia y las uniones de hecho son los artículos 4° y 5°. La Constitución peruana no define a la familia ni la identifica de manera exclusiva con un modelo único. Por el contrario, esta institución ha ido cambiando su configuración a lo largo del tiempo debido a la influencia de diferentes factores. Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional que ha expresado lo siguiente:

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

7. *Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio*

y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear; conformada alrededor de la figura del pater familias⁹.

Se observa que el Tribunal Constitucional considera que la familia ha cambiado respecto al modelo tradicional nuclear; el cual está integrado por el padre, la madre (probablemente unidos por el lazo matrimonial) y los hijos, posición que contrasta con quienes entienden a la familia asociada a la naturaleza, lo que la lleva a ser percibida como inmodificable e inalterable en el tiempo, más aún, porque se la asocia a la función de reproducción de la especie¹⁰.

Si bien el modelo nuclear estuvo presente en la legislación peruana, hoy deja de tener asidero desde una perspectiva constitucional, no solo porque la realidad revela una diversidad de formas familiares, sino porque desde la perspectiva de la supremacía de la Constitución, la legislación debe ser leída a la luz de los principios que emanan de la Carta de 1993 es decir: dignidad, igualdad y autonomía individual. De este modo, el principio de protección a la familia que se enuncia en el artículo 4° de la Constitución está dirigido a toda forma familiar y no exclusivamente a aquella que se acerca al modelo tradicional nuclear. En este sentido, compartimos la línea argumentativa seguida en México por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de la acción de constitucionalidad 2/2010 que señaló lo siguiente:

235. *Por consiguiente, si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución [matrimonio entre varón y mujer], debido a que su protección es a la familia, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se cons-*

⁹ Expediente 09332-2006-PA/TC. Sentencia del 6 de febrero de 2008.

¹⁰ Si bien el Tribunal asume a la familia como "instituto natural", no deriva de ello un carácter inmutable y por tanto la disocia del modelo nuclear. Aunque el Tribunal relaciona el cambio con el reconocimiento a las familias ensambladas que están integradas por hijos nacidos de compromisos anteriores, el hecho de reconocer que factores sociales, económicos y políticos han influenciado sobre el modelo tradicional significa un avance hacia el camino del reconocimiento de otras formas familiares.

*tituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar (...)*¹¹.

Nuestra postura encuentra también apoyo en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Atala Riffo y niñas contra Chile¹² en la que se interpretó el concepto de “vida familiar” de la siguiente manera:

*142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio*¹³.

Asumiendo, entonces, la postura que la familia debe ser entendida como un concepto abierto y que su protección alcanza a cualquiera de sus formas; el mandato de promover el matrimonio solo puede ser interpretado como un deber del Estado de generar políticas para que las personas que deseen casarse puedan acceder al matrimonio civil. En este sentido, la Constitución de 1993 no asume un concepto único y específico de familia sino que, respetuosa de la pluralidad, la deja abierta la incorporación de las distintas formas familiares, siendo todas ellas merecedoras de la protección del Estado¹⁴. Sin perjuicio de ello, el Estado alienta la formalización para quienes deseen contraer matrimonio, diseñando y aplicando políticas específicas dirigidas a dicho objetivo, con pleno respeto a la libertad y autonomía del

ser humano.

No cabe, por tanto, asumir que el principio de protección a la familia hace alusión solo y exclusivamente a la que se origina en el matrimonio, o que esa protección es diferenciada, favoreciendo al matrimonio y tratando con un rigor atenuado a las otras formas familiares; aunque parece que esto último fue la intención de los legisladores del Código de 1984. En ese sentido, la configuración legal del matrimonio debe ser compatible con los principios que irradian del texto constitucional.

¿Cómo se concretiza el mandato de protección de la familia?

La protección de las familias bajo el nuevo constitucionalismo se concretiza en dos dimensiones. Si bien pone la atención en la familia como institución, también lo hace atendiendo a los derechos de los individuos que las conforman, ello como consecuencia de que dicha protección no se agota en la literalidad del mandato contemplado en el artículo 4° de la Constitución sino que debe ser comprendido en relación a los principios constitucionales como la dignidad, igualdad y autonomía de la persona. Esta orientación se soslaya en la sentencia del caso Shols a la que se aludió anteriormente, en particular nos referimos a lo expresado en las siguientes líneas:

14. [...] En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastrado como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar –divorcio o

¹¹ Sentencia del 16 de agosto de 2010.

¹² Sentencia de 24 de febrero de 2014 (Fondo, reparaciones y costas).

¹³ El artículo 55 de la Constitución peruana reconoce como parte del derecho nacional a los tratados en vigor celebrados por el Estado. A lo que suma la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma la cual dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú. Ambas disposiciones constitucionales exigen a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder. (parágrafo 9 de la Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 en el expediente 02730-2006-AA sobre acción de amparo interpuesta por Arturo Castillo Chirinos). De otro lado, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. La sentencia del Tribunal Constitucional anteriormente citada ha establecido que: “12. La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPCConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.

¹⁴ En el mismo sentido la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias T-572 de 2009 y C-577 de 2011 estableció que: “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de familia identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”.

fallecimiento de uno de los progenitores – la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia¹⁵.

En esta posición del Tribunal se puede observar que frente a lo que considera una institucionalidad familiar precaria por ser una familia ensamblada; la manera de fortalecerla es garantizando el derecho a la igualdad entre todos los hijos que la conforman. Similar perspectiva se advierte en pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia, en los que respecto a la protección jurídica preferente que merece la institución familiar, se señala que se puede materializar de diferentes maneras, como por ejemplo:

[...] el amparo de su patrimonio mientras que otras consisten en el establecimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en la consideración especial de los niños como titulares de derechos fundamentales o en el suministro de especial protección a los adolescentes y a las personas de la tercera edad¹⁶.

De este modo, si la familia a la que alude la Constitución de 1993 no queda identificada con un modelo único sino que se trata de un concepto abierto a la realidad y nuevas dinámicas sociales; el mandato de protegerla está dirigido a esa diversidad de formas o estructuras familiares que puedan presentarse, protección que se materializa, bajo un Estado Constitucional, principalmente en la garantía de los derechos individuales de sus miembros y siempre en armonía con los principios constitucionales.

II. ¿Es la heterosexualidad un elemento intrínseco al diseño constitucional del matrimonio y de las uniones de hecho?

A. El matrimonio

El lenguaje empleado en el artículo 4° de la Constitución de 1993, nos da una primera aproximación a la noción de matrimonio como una institución en la que la heterosexualidad no juega como elemento definitorio

de la misma. Sin embargo, ello no sería suficiente argumento para responder a la pregunta que nos hemos planteado dado que, como lo hemos mencionado anteriormente, una lectura literal y aislada de la disposición mencionada nos aleja del método de trabajo antes esbozado.

Una cuestión a determinar, es la concerniente a si del texto constitucional se puede desprender que el ejercicio de la sexualidad, en términos de heterosexualidad, forma parte del sistema de valores que organiza a la sociedad y el Estado. Nuestra posición es que tal inferencia no es posible. En el debate sobre este tema, quienes creen lo contrario han aducido frecuentemente dos razones. La primera es que el diseño de la institución matrimonial está en directa relación con la reproducción, argumentando que ello se deriva de una lectura conjunta de los artículos 4º, 5º y 6º de la Constitución. Plácido en un reciente trabajo sobre constitucionalización del Derecho ha abordado específicamente lo que él llama: El modelo de Familia garantizado en la Constitución de 1993, sosteniendo que:

*La simple lectura de los artículos 4 y 6 de la Constitución permite deducir que la familia está determinada por el cumplimiento de fines familiares, apreciado en la especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse de ellos. **Dentro de los fines familiares debe considerarse el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que se refiere este último precepto.***

*La noción constitucional de familia no alude, pues, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. No se refiere a simples relaciones de afecto o amistad y apoyo mutuo, aunque las implique como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos. **Todo intento de «ensanchar» lo familiar a vínculos no relacionados con el cumplimiento de fines familiares debe considerarse inconstitu-***

¹⁵ Expediente 09332-2006-PA/TC. Sentencia de 6 de febrero de 2008.

¹⁶ Sentencia C – 560 de 2002 y Sentencia C- 577 de 2011.

cional, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 4, sin perjuicio de las extensiones analógicas a que luego aludiremos, que siempre habrán de mantener esta relación esencial, al menos con lo que son las obligaciones subsiguientes a la generación. (2013: 83-84, énfasis nuestro)

Tal conclusión es incorrecta porque, como ya hemos demostrado en los párrafos anteriores, no se puede hablar de un modelo constitucional único de familia frente a la diversidad y pluralidad que nuestra Constitución reconoce y respeta. Por el contrario, la Constitución sostiene un concepto abierto de la institución familiar que va a ir variando de acuerdo con la dinámica de las relaciones humanas y de los contextos sociales y culturales.

Así las cosas, si la premisa es que la familia es un concepto abierto y dinámico en tanto que su configuración irá variando por la influencia de diversos factores y el matrimonio es tan solo una manera entre otras posibles de constituirla; la propia institución matrimonial debe entenderse dentro del marco de apertura y pluralismo con el que se identifica a la familia, por tanto su contenido esencial no podría ser uno que afecte tales valores. En este sentido, no podría ser que en el diseño constitucional del matrimonio la heterosexualidad sea uno de los elementos que lo definan, como lo ha señalado Siles, para quien el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio y el de la misma institución matrimonial está determinado por un conjunto de elementos entre los que destaca, en primer lugar, la “diversidad sexual de los contrayentes” señalando que dichos elementos se han ido formando a lo largo de la historia; inclusive son anteriores a la Constitución y que ni el legislador ni el juez pueden alterar pues una interpretación evolutiva no puede afectar ese contenido esencial, “no puede ir más allá del límite subjetivo de la Constitución”(2010:104). Gargarella, haciendo alusión a quienes en el debate que se dio en Argentina en relación al matrimonio igualitario, sostenían que este desvirtuaba el concepto de matrimonio, argumenta:

(...) la idea según la cual la propuesta del matrimonio igualitario va en contra del concepto de matrimonio resulta equivocada, al asumir que los conceptos preexisten a nosotros en una forma “terminada”, sólida; y desconocer el modo en que, a través del diálogo y la argu-

mentación, vamos refinando y ajustando nuestras concepciones en torno a los conceptos que usamos (2010:133).

En este punto es preciso también recordar el caso español. La Constitución de ese país en el artículo 32.1 señala que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” y una reforma del Código Civil extendió el matrimonio a parejas del mismo sexo. Ello dio origen a una acción de inconstitucionalidad planteada por diputados del Partido Popular. A propósito de la sentencia que sobre este caso se dictó Atienza señala:

El que la nueva ley vulnere o no ese artículo constitucional depende de si el mismo contradice la «garantía institucional» del matrimonio, o bien el «derecho» a contraer matrimonio: en cuanto institución y en cuanto derecho. Ahora bien, la nueva regulación no desfigura la institución matrimonial por estas dos razones : 1) la esencia de la institución radica en el afecto mutuo entre los contrayentes, junto con las notas de libertad e igualdad, y no en la característica –tradicional, pero no esencial- de que los contrayentes sean personas de distinto sexo; y 2) el artículo 32.1 debe interpretarse según un canon de «interpretación evolutivo» que tenga en cuenta lo que la sentencia llama la «cultura jurídica»; y esa cultura jurídica mostraría una tendencia en diversos países de nuestro entorno a admitir esa modalidad de matrimonio (...) (2013: 90).

Y en relación al problema de la afectación del contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, Atienza es enfático en afirmar que:

No afecta a ese derecho cuando se considera en su dimensión objetiva, por las mismas razones por las que el cambio no dañaba al matrimonio en cuanto institución. Y tampoco en la dimensión subjetiva puesto que, como parece obvio, la nueva regulación no supone para las personas heterosexuales ninguna limitación en cuanto a su derecho a contraer matrimonio (Ibíd., p. 91, resaltado nuestro).

A todo lo anterior, hay que agregar como razón, que la lectura de los artículos 4°, 5° y 6° del texto constitucional peruano, tiene que ser hecha en armonía con el

principio de igualdad, el mandato de no discriminación por orientación sexual y demás principios que irradian del texto constitucional y que en un acápite anterior hemos aludido. Se trata de llegar a una armonía interna en el texto constitucional que debe ser encontrada a partir de una interpretación sistemática del mismo. Como lo sostiene Rubio:

(...) la interpretación sistemática trata de mirar íntegramente la Constitución y de dar respuestas normativas constitucionales no desde un texto normativo específico sino desde el conjunto de reglas y principios constitucionales. Ello quiere decir que, metodológicamente, para analizar cada problema constitucional debemos revisar no solamente la regla aplicable sino todo el texto constitucional y los principios de la disciplina, para armonizar una respuesta a partir de todos los elementos normativos que encontremos (2013: 68).

La segunda razón expuesta, y que guarda relación con la anterior, es un argumento que busca moralizar el ejercicio de la sexualidad asociándola a ideas y creencias religiosas, lo que es sin duda alguna inaceptable por constituir no un juicio moral crítico sino particular y que no es dable en un Estado democrático y constitucional.

No obstante, el plano del deber ser que emana de los principios y valores de la Constitución, contrasta con la realidad social y cultural del país que funciona más bien bajo una lógica heteronormativa y heterosexista, cuestión de la que no escaparon en su momento los constituyentes y no escapan los legisladores y operadores jurídicos; por ello, es de suma importancia que la deliberación sobre este tema se dé bajo las exigencias metodológicas del Estado Constitucional y de cara a una aproximación crítica a la realidad social. Es también por esta razón que no es posible trabajar sobre esta temática con una interpretación histórica u originalista, pues si los constituyentes no tuvieron en cuenta la posibilidad de que la diversidad sexual pudiera generar también diversidad de familias, cosa que probablemente ocurrió, no significa que esa invisibilización pudiera ser una medida o política constitucional aceptable, sino

más bien es el resultado del problema de estigmatización de las sexualidades alejadas del modelo hegemónico. Es importante tomar en cuenta que es recién en el año 1990, es decir muy próximo al origen de la actual Constitución, que la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó la homosexualidad de la lista de enfermedades psiquiátricas¹⁷, por lo que en 1993 la idiosincrasia de los constituyentes estaba seguramente caracterizada por una mirada de la sexualidad humana sólo bajo el parámetro de la heterosexualidad, relacionando a esta con lo “normal” o “saludable”. Sabido es que los patrones culturales no cambian de la noche a la mañana por el dictado de nuevas normas.

A lo anterior hay que agregar un argumento adicional que han esbozado quienes consideran que el matrimonio y las uniones de hecho del mismo sexo no serían compatibles con la Constitución. Dicha postura sostiene que la norma suprema, tal como está contemplada en el artículo 5°, tiene como elemento intrínseco la relación heterosexual, y que si esa exigencia se da para este tipo de uniones, con mayor razón tiene que darse para el matrimonio. Así por ejemplo, Siles en un informe que como consultor elaboró para la ONG PROMSEX señaló que:

La posición que aquí se asume es que la Constitución peruana de 1993 no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni habilita al legislador ordinario a extender la institución matrimonial a las parejas homosexuales, ya que su cabal comprensión reclama ir más allá de una interpretación literal y aislada de su artículo 4, para acoger, más bien, una interpretación sistemática e integral de sus disposiciones, considerando en particular su artículo 5, relativo al concubinato, y la incorporación del marco normativo del DIDH (2010).

Aludiendo a quienes consideramos que la heterosexualidad no es un elemento intrínseco al matrimonio en nuestro ordenamiento constitucional, el mismo consultor agrega:

(...) quienes adhieren a esta posición parecen

¹⁷ Proceso semejante se viene dando en relación con la transexualidad. Esta ya fue eliminada en el año 2012 del “Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales” considerada como la “biblia” para el ejercicio de la psiquiatría. Sin embargo, la OMS no se ha pronunciado en similar sentido. Muy recientemente el Parlamento Europeo está solicitando a la OMS considere deje de considerar la transexualidad como enfermedad mental.

Ver: <http://www.laverdad.es/murcia/v/20140204/sociedad-murcia/insta-suprima-transexualidad-como-20140204.html>.

no conceder suficiente peso al hecho de que la Constitución regula expresamente el concubinato como heterosexual, siendo de notar que tal figura tiene como modelo a la institución del matrimonio, con la que se diferencia únicamente por la ausencia de celebración según las formalidades de ley (...) (Ibid., p. 95)

Por último, Siles señala como un problema en el que incurriríamos quienes sostenemos una posición contraria a la suya, el realizar una interpretación “literal y aislada” del artículo 4° de la Constitución (*Ibid.*).

Planteamientos como el que se acaba de explicar son a mi juicio equivocados, por los argumentos que desarrollaré a continuación.

B. La unión de hecho

El artículo 5° de la Constitución es una regla cuyas implicancias no pueden agotarse en una lectura literal y aislada de ella misma. Es cierto que en esta, a diferencia de lo que notamos en el caso del matrimonio, del lenguaje utilizado se puede apreciar que la unión de hecho está constituida por la voluntad de un varón y una mujer. El problema radica en que la disposición constitucional en cuestión coexiste con el principio de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual, de tal modo que la tarea que corresponde es la de encontrar una coherencia interna en el texto constitucional: ¿Si el principio de igualdad y el mandato de no discriminación proscriben las diferencias por razones de orientación sexual con el propósito de proteger a homosexuales, lesbianas y bisexuales –diferencias que de darse tendrían que evaluarse bajo un escrutinio estricto–, cómo se justifica que constitucionalmente la unión concubinaria sea definida como heterosexual?

La falta de reconocimiento de la convivencia de las parejas del mismo sexo produce una degradación respecto de la calidad de ser humano de quienes tienen una orientación sexual distinta al modelo cultural predominante. A ello se suma el reforzamiento en el imaginario social de una idea de sujetos de estatus inferior, cuyo resultado es la estigmatización e incluso la violencia contra quienes no encajan en el modelo sexual, produciéndose así un daño al tejido social. La sentencia dictada por la Corte Constitucional de Sudáfrica es alec-

cionadora en esta parte, al considerar que el daño que se produce a las parejas del mismo sexo va más allá de la privación de bienes materiales, pues la definición de matrimonio que las excluye sugiere no solo que su compromiso, relación y amor es inferior, sino que estas personas nunca podrán ser parte de la comunidad que la Constitución promete crear con igualdad para todos¹⁸.

Si el daño producido con una diferencia de trato es el que hemos señalado, hay que preguntarse si acaso existe una razón tan poderosa que, a pesar de semejante impacto individual y social, justifique tal diferenciación. Mi hipótesis es que no existe y más bien se debe comprender la formulación del artículo 5° en el contexto histórico en el que se gestó la Carta de 1993. En este sentido es preciso recordar que en el Perú las uniones de hecho alcanzaron reconocimiento constitucional recién con la Constitución de 1979 lo que llevó a darle un desarrollo legal en el Código de 1984. El actual artículo 5° de la Constitución de 1993 es casi idéntico a la disposición de 1979 y consideramos que la falta de reconfiguración de diversas instituciones en el proceso constituyente de 1992-1993 se produjo porque la nueva Norma Fundamental que requería el régimen del entonces Presidente de la República, Alberto Fujimori, luego del autogolpe de 1992, era hecha a su medida. Así, se repitieron sin mayor debate un significativo número de las disposiciones constitucionales de 1979 y en lo restante el objetivo fue legitimar al gobierno golpista y permitir la reelección presidencial inmediata (Abad 2010: 24). Es fácil advertir que no tenía relevancia discutir sobre las cuestiones familiares en un contexto en que las necesidades y los énfasis estaban puestos en los objetivos políticos del régimen autoritario.

Se presenta pues la necesidad de dar una interpretación, en relación con las uniones de hecho reconocidas en el artículo 5°, que sea coherente con los principios de igualdad, no discriminación, autonomía y respeto a la diversidad, que irradian de nuestra Constitución y que se han afianzado a través de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. No es coherente con los referidos principios, aquella posición según la cual el artículo 5° contendría una regla de reconocimiento constitucional exclusivamente de las uniones afectivas voluntarias heterosexuales, por lo que las parejas del

¹⁸ Voto en mayoría del juez Sachs. Para un análisis de la sentencia sudafricana véase (Fernández 2008: pp. 601- 618).

mismo sexo, en el ejercicio de su autonomía individual, tan solo podrían hacer sus arreglos familiares privados pero sin protección estatal y sin reconocimiento de efectos jurídicos o, en todo caso, se les podría dar en el nivel legal un reconocimiento de efectos personales o patrimoniales de un modo diferenciado del concubinato constitucional, como lo propone Siles (2010:88). Sin duda, una interpretación así de la regla contenida en el citado artículo 5°, carece de un argumento poderoso para derrotar a la igualdad y al mandato de no discriminación por orientación sexual.

En síntesis, respecto a las uniones de hecho, se nos presentan dos posiciones:

1. Considerar que la regla constitucional del artículo 5° es clara en señalar que el único reconocimiento constitucional es a las uniones de hecho heterosexuales; por tanto, si se quiere reconocer efectos jurídicos a las uniones entre personas del mismo sexo se tendría que crear un régimen legal paralelo como por ejemplo la propuesta de reconocer un nuevo estatus que sería la unión civil. Bajo esta mirada se afirma además que si para la unión de hecho se exige la heterosexualidad, con mayor razón para el matrimonio (Siles: 125).

2. Considerar que una lectura literal del artículo 5° se agota en lo que expresa el lenguaje de esa regla, entra en contradicción con el principio de igualdad, el mandato de no discriminación y la autonomía individual. En tal sentido, si no se encuentra una justificación poderosa para excluir de reconocimiento a las convivencias entre personas del mismo sexo, el artículo cinco no puede ser interpretado de tal manera que se infiera que la Constitución solo consagra el concubinato heterosexual. Por el contrario, la diversidad de orientaciones sexuales en relación con los planes de vida familiares encuentra amparo constitucional en los principios que subyacen al texto constitucional y que han ido siendo desarrollados en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

La primera posición lleva, como mínimo, a una invisibilización de los proyectos familiares de quienes no tienen una orientación heterosexual y, en el peor de los

casos, a una política segregacionista que refuerza la estigmatización contra el colectivo en cuestión, situaciones que son incompatibles con los principios y valores de nuestro Estado Constitucional¹⁹. Nótese que el argumento según el cual si se exige la heterosexualidad para la unión de hecho con mayor razón tendría que exigirse para el matrimonio, no tiene de dónde sostenerse porque entraña, por un lado, una jerarquización de los distintos modos de constituir una familia y la sexualidad en el sentido que Rubin lo denunció, jerarquizaciones que tienen un sustrato moral particular y que son contrarios al concepto abierto de familia que se deriva de la Constitución permeable a los cambios sociales, culturales, económicos y políticos –; y por otro lado, una negación al reconocimiento de las familias en igualdad.

En consecuencia, nuestra posición a partir de una interpretación de los artículos 4° y 5°, en clave de principios, se basa en las razones siguientes:

- El concepto constitucional de familia es abierto a la dinámica social y no permanece estático en el tiempo, tal como el propio Tribunal Constitucional lo reconoció en el caso Shols.

- El mandato constitucional de protección a la familia no está dirigido a un modelo de familia único sino a la diversidad de formas familiares que se presenten en la realidad. Con un concepto abierto de la familia, lo que hay que tomar en cuenta es su contenido mínimo el cual se traduce en relaciones afectivas, con proyección y planes de vida en común. Bajo ese contorno, el mandato de protegerla se materializa en su fortalecimiento como núcleo, así como en la garantía y el respeto de los derechos individuales de sus miembros.

- El artículo 5° de la Constitución es una regla que define a la unión de hecho heterosexual. No obstante leída a la luz de la igualdad nos dice que no es excluyente de la existencia de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Estas, aun cuando no han sido definidas como tales, forman parte del contenido mínimo que permite identificarlas como familia y, en tal calidad, requieren de la protección del Estado.

¹⁹ Por ejemplo, la propuesta de Siles en el sentido que la protección constitucional a las uniones afectivas entre personas del mismo sexo se daría por un reconocimiento ad hoc para estas. Así sostiene: "Ello no significa, empero, que las uniones afectivas estables entre personas homosexuales carezcan de protección jurídica a la luz de la Constitución. [...] significa tan solo que tal protección habrá de hacerse viable a través de medios distintos de la extensión del instituto matrimonial, "[...]"'. (2010:125)

- El reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo es implícito y se deriva, en primer lugar, de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación. El resultado e impacto social que la lectura literal y aislada de la regla contenida en el artículo 5º de la Constitución produce sobre el colectivo protegido por el factor de orientación sexual es incompatible con los objetivos que se buscan alcanzar a través de la realización de los mencionados principios. A esto se suma la inexistencia de razones que podrían ser tomadas en cuenta y que por ser tan poderosas pudieran derrotar el mandato de igualdad.

Sin perjuicio de lo señalado, nuestra postura se fundamenta también en la autonomía, pues ésta no solo implica el derecho de cada persona a ser dejada sola y la libertad de optar por los planes de vida que cada persona considere conveniente, sino a que el Estado deba garantizar su ejercicio a través de la creación de condiciones para que tales planes puedan tornarse realidad.

En este sentido, la autonomía no se satisface únicamente diciéndole a homosexuales y lesbianas que hagan en privado lo que quieran, sino que si desean tener un proyecto de vida familiar se proteja a su familia a través de medidas que se traducen en el reconocimiento de efectos personales y patrimoniales, así como en el otorgamiento del mismo status que otorga el artículo 5º.

Bibliografía

2010 ABAD, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales. Estudio introductorio, legislación, jurisprudencia e índices*. Lima: Palestra.

2004 AGUILÓ Josep. *La Constitución del estado Constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.

2007 *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel.

2008 *Sobre Derecho y Argumentación*. Palma de Mallorca: Leonard Muntaner Editor.

2010 ATIENZA, Manuel. *Bioética, Derecho y argumentación*. Lima: Palestra.

2013 *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.

2013 *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos Perdidos.

2010 BONILLA, Daniel. "Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modelos para su reconocimiento jurídico y político". *Anuario de Derechos Humanos*. www.anuariodh.uchile.ucl pp 183-200.

2009 BURT, Robert. *Regulando la sexualidad: Libertad frente a la igualdad*. http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Burt_Sp_PV.pdf.

2010 FERNÁNDEZ, Mariano. "Matrimonio y Diversidad Sexual: la lección sudafricana". En GARGARELLA, Roberto (coordinador). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

2010 GARGARELLA, Roberto. "Matrimonio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario". En ALDAO, Martín y CLERICO, Laura (coordinadores). *Matrimonio Igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires: Editorial Universitaria. p. 131-144.

2007 NUSSBAUM, Martha. *Las Fronteras de la Justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.

2008 PARELLADA, Ricardo. "Necesidades, capacidades y valores". Papeles Nro. 102 http://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/PDF%20Papeles/102/Necesidades_capacidades_valores.pdf.

2009 PICHARDO, Jose Ignacio. *Entender la diversidad familiar. Relaciones homosexuales y nuevos Modelos de familia*. Barcelona: Ediciones Bellaterra.

- 2013 PLÁCIDO, Alex
El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. Revista Derecho PUC. Lima. Nro 71.
- 1989 RUBIN, Gayle
 “Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad”. En VARICE, Carol (comp). *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*. Madrid: Revelación.
- 2013 RUBIO, Marcial.
La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2010 SABA, Roberto
 “Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”. En GARGARELLA, Roberto (Coordinador). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- 2010 SILES, Abraham
El amor prohibido: uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo en el Derecho Constitucional peruano. Lima: PROMSEX.
- 2006 VASQUEZ, Rodolfo.
Entre la igualdad y la libertad. Introducción a la Filosofía del Derecho. Madrid: Trotta.