



## DOCTRINA PRÁCTICA

## La protección jurídica de las nuevas formas de familia en el Perú

Las familias diversas y el matrimonio

María-Pía Guadalupe Díaz Díaz\*

*Universidad de Sevilla*

## SUMARIO

1. Introducción. — 2. La protección de la familia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: el reconocimiento de las familias diversas. — 3. El contexto jurídico regional latinoamericano. — 4. El contexto jurídico peruano. — 5. Conclusiones. — 6. Referencias bibliográficas.

## RESUMEN

En el presente artículo se plantea la necesidad de una protección jurídica de las familias formadas por parejas del mismo sexo desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos, a propósito del reciente reconocimiento legal de la convivencia entre personas del mismo sexo, para efectos de las entregas económicas a favor de los deudos del personal de salud fallecido como consecuencia del COVID-19.

**Palabras clave:** Control de convencionalidad / Familias diversas / Matrimonio igualitario / Población LGTBI

**Recibido:** 24-08-20

**Aprobado:** 09-10-20

**Publicado en línea:** 02-11-20

## ABSTRACT

*This article raises the need for legal protection of families formed by same-sex couples from a constitutional and human rights perspective, regarding the recent legal recognition of coexistence between people of the same sex, for the purposes of delivering economic benefits in favor of the relatives of the health personnel who died as a result of COVID-19.*

**Keywords:** Control of conventionality / Diverse families / Equal marriage / LGTBI population

**Title:** The legal protection of the new forms of family in Peru. Diverse families and marriage

\* Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla (España). Magíster en Estudios Interdisciplinarios de Género por la Universidad de Salamanca (España). Doctoranda en Derecho por la Universidad de Turín (Italia). Miembro de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo (Italia).

## 1. Introducción

La reciente disposición del Gobierno sobre el reconocimiento de la convivencia entre personas del mismo sexo vuelve a abrir un debate que todavía no ha quedado cerrado en el Perú: la protección jurídica de las familias conformadas por parejas del mismo sexo y el matrimonio igualitario. Se trata del Decreto Supremo N.º 220-2020-EF, del 8 de agosto del 2020, por el cual se aprueban normas complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N.º 063-2020, del 27 de mayo del 2020, por la cual se dispone la entrega económica a favor de los deudos del personal de salud fallecidos como consecuencia del COVID-19. En el artículo 6.2 del Anexo de dicho Decreto Supremo, se considera como personas beneficiarias de la entrega económica también a las y los convivientes del mismo sexo del personal de salud fallecido.

Esto nos trae nuevamente a la problemática sobre el matrimonio igualitario, el cual aún no ha sido regulado en nuestro país, pese a que el des-entrevimiento en la sociedad de estas nuevas formas de familia trae consigo repercusiones jurídicas de relevancia que resulta necesario proteger. Cabe necesario resaltar que otros países de la región ya tienen superado este tema, ya sea mediante reformas legislativas o precedentes judiciales de sus máximos órganos jurisdiccionales. Tampoco se puede hablar de que existan severos impedimentos constitucionales, dado

que la Constitución Política del Perú regula la familia y el matrimonio de manera abierta, separada y genérica que permite su interpretación evolutiva de acuerdo con los nuevos contextos sociales.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), en su interpretación de la Convención Americana, ha dejado sentado el criterio de que la regulación internacional referida a la familia no contiene una definición restrictiva. Y en una reciente opinión consultiva, sienta su posición respecto a las familias conformadas por personas del mismo sexo, sobre las cuales los Estados parte están en la obligación de regular su protección jurídica.

Ante la ausencia legislativa en Perú, el avance en la materia se ha visto reflejado en la jurisprudencia, por lo que, desde el 2007, el Tribunal Constitucional ha ido evolucionando la interpretación del término “familia” contenido en la Constitución, para extender su protección hacia otras formas de familia. Sin embargo, su análisis se queda corto al solo considerarlas dentro del terreno de lo heterosexual sin cruzar la línea hacia las parejas del mismo sexo. En ese sentido, con la reciente disposición del Gobierno, se ha abierto un interesante precedente sobre la protección de las familias diversas, que muy probablemente llegue a tener repercusión en este reconocimiento pleno que se encuentra aún pendiente y que resulta necesario proteger.

## 2. La protección de la familia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: el reconocimiento de las familias diversas

Resulta importante el análisis de tres artículos de la Convención al abordar el tema de las familias conformadas por parejas del mismo sexo. Tenemos el artículo 11.2, el cual señala: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. Asimismo, el artículo 17.1 indica que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Finalmente, el artículo 17.2, por el cual “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

Como podemos apreciar, estos artículos se complementan para reconocer el derecho a formar una familia, su importancia y su transcendencia en la sociedad y en el Estado, así como su protección por estos, entendiéndose a esta como un bien jurídico tutelado. Del mismo modo, de estos artículos podemos extraer que la Corte IDH no establece ninguna forma exclusiva de familia, o que esta deba basarse únicamente entre parejas heterosexuales.

Respecto a este último punto, es importante destacar aquellas sentencias en las que la Corte IDH ha dejado sentada su interpretación referida a la familia. Uno de los casos es el de *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, en el cual la Corte IDH condena a Chile por haber incurrido en discriminación por motivo de orientación sexual contra la Sra. Atala. La Corte chilena le retiró la tenencia de sus menores hijas, con base en el criterio de que había preferido ejercer su relación sentimental lesbiana dentro del hogar en detrimento de sus menores hijas. Bajo la interpretación de la Corte IDH, el Estado chileno utilizó una concepción tradicional sobre el rol social de las mujeres como madres, según el cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de las niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad, el cual era mantener una relación sentimental con su pareja lesbiana dentro del hogar. Estamos ante un caso donde se valoró la vida privada de una persona, aunado a estereotipos consistentes en supuestos perjuicios que causaría esta conducta homosexual explícita en el desarrollo de las menores y en su entorno social, para retirar la tenencia de las niñas y concederla al padre. La Corte IDH remarca en esta sentencia que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo tradicional de la misma”<sup>1</sup>.

1 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*.

Así, también tenemos el caso *Duque vs. Colombia*, en el cual se condena a Colombia por haber denegado al Sr. Ángel Duque acceder en condiciones de igualdad a la pensión de supervivencia luego de la muerte de su pareja, por tratarse de una pareja del mismo sexo. Tratándose en este caso de la existencia de una ley colombiana que amparaba únicamente esta pensión para parejas heterosexuales. La Corte IDH en esta sentencia señaló:

[Que] siendo que en el caso colombiano para ese momento, por familia debía entenderse como la constituida por un hombre y mujer, ese razonamiento podría operar tan solo sobre la base de un concepto limitado y estereotipado del concepto de familia, que excluye arbitrariamente las formas diversas de familia como aquellas formadas por parejas del mismo sexo, las cuales son merecedoras de igual protección bajo la Convención Americana<sup>2</sup>.

Vemos que, en esta sentencia, la Corte IDH lleva más allá su interpretación de familia y señala expresamente que una forma de familia también es la conformada por parejas del mismo sexo. A diferencia de la sentencia anterior, en la cual no llega a consolidar el término en las parejas homosexuales, pero dejando abierta esa posibilidad al entender a la familia de manera amplia.

Fondo, reparaciones y costas. San José: 24 de febrero del 2012, párr. 142.

- 2 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Duque vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. San José: 26 de febrero del 2016, párr. 84.

Finalmente, en la Opinión Consultiva 24-2017<sup>3</sup>, la Corte IDH interpreta los artículos 1.1 y 24, 11.2 y 17 de la Convención sobre el derecho a la protección a la vida privada, protección a la familia, igualdad y no discriminación, en el cual parte reconociendo:

[L]a importancia neurálgica de ésta [la familia] como institución social, la cual surge de las necesidades y aspiraciones más básicas del ser humano. Busca realizar anhelos de seguridad, conexión y refugio que expresan la mejor naturaleza del género humano. Para la Corte, es indudable que ésta es una institución que ha cohesionado comunidades, sociedades y pueblos enteros<sup>4</sup>.

Asimismo, agrega que “la existencia de la familia no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades. Su conceptualización ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos”<sup>5</sup>. Aunado a esto, la Corte hace un recuento de la regulación internacional en torno al tema de la familia, para concluir que ninguno de estos instrumentos internacionales regula una definición restrictiva del concepto familia, sino que, de igual manera, contienen regulaciones amplias al respecto, sin

- 3 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-24/17*. Solicitada por la República de Costa Rica, San José: 24 de noviembre del 2017.

- 4 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-24/17*. Solicitada por la República de Costa Rica, San José: 24 de noviembre del 2017, párr. 176.

- 5 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-24/17*. Solicitada por la República de Costa Rica, San José: 24 de noviembre del 2017, párr. 177.

distinción de sexo, género u orientación sexual. Este lenguaje amplio, utilizado en los instrumentos internacionales, permite que se pueda realizar una interpretación evolutiva. En ese sentido, la Corte concluye que “una interpretación restrictiva del concepto de ‘familia’ que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención”<sup>6</sup>. Agregando que “sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención”<sup>7</sup>.

Cuando se refiere a que el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo es que los Estados, en lugar de crear nuevas figuras jurídicas, extiendan las instituciones existentes a las parejas homosexuales, de conformidad con el principio *pro persona* contenido en el artículo 29 de la Convención. Asimismo, negar a las parejas homosexuales el acceso al matrimonio, por considerar que este tiene por finalidad la procreación, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 17 de la Convención que protege a la familia como realidad social. Por otro lado, crear figuras jurídicas que produzcan los mismos efectos y habilite los mismos

derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre, carece de cualquier sentido e implica una diferencia estigmatizante.

### IMPORTANTE

[N]egar a las parejas homosexuales el acceso al matrimonio, por considerar que este tiene por finalidad la procreación, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 17 de la Convención que protege a la familia como realidad social.

Con lo que podemos apreciar que la Corte IDH, en atención a la interpretación realizada de la Convención, así como de la normativa internacional de Derechos Humanos, garantiza la protección de las familias homosexuales, que por los avances de la sociedad no puede seguir considerándose al matrimonio heterosexual como el único medio de protección de la familia. Y que, precisamente, el amplio lenguaje utilizado en los instrumentos internacionales sirve para su interpretación evolutiva a lo largo del tiempo en la adaptación de las nuevas formas de familia que existan, dependiendo también de las sociedades y sus diversas culturas. De esta manera, ante la legislación de los Estados parte de la Convención que establezca distinciones o restricciones a este derecho a contraer matrimonio y formar una familia, estaríamos frente a una discriminación. Por otro lado, surge la obligación positiva de los Estados de brindarle la protección correspondiente. Cabe señalar además

6 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-24/17*. Solicitada por la República de Costa Rica, San José: 24 de noviembre del 2017, párr. 189.

7 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-24/17*. Solicitada por la República de Costa Rica, San José: 24 de noviembre del 2017, párr. 191.

que las interpretaciones a la Convención, ya sea en la jurisprudencia de cada caso concreto o de las opiniones consultivas<sup>8</sup> emitidas, se extienden no solo a las partes del proceso en concreto, o al Estado consultante, sino también a todos los Estados parte de la Convención<sup>9</sup>.

### 3. El contexto jurídico regional latinoamericano

A la fecha son 23 los países que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>10</sup>, por ese motivo están en la obligación, pese a no haber aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH de dar cumplimiento a sus disposiciones. Ya sea las sentencias de los casos en que son parte demandada, así como de la interpretación que se haga sobre la Convención Americana a través de las sentencias y de las Opiniones Consultivas. De acuerdo con ello, el matrimonio entre personas del mismo sexo está regulado en solo siete de estos países, que son: Argentina, Brasil, Co-

lombia, Uruguay, México (en algunos estados), Ecuador y Costa Rica.

Es de destacar que el país precursor del matrimonio igualitario en Latinoamérica fue Argentina, donde en el 2010 se modificó el Código Civil para incluir esta modalidad. Cabe señalar que previo al matrimonio, Argentina reguló desde el 2002 la unión civil entre personas del mismo sexo, siendo también por este motivo la precursora en esta materia. En el mismo año se regula en México, aunque solo en Ciudad de México (hasta la fecha en 19 estados de 32). Seguidamente, Brasil lo legaliza a través del Consejo Nacional de Justicia en el 2013, por el cual se obliga a las notarías del país a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo. Esta decisión se basó en la Sentencia del Supremo Tribunal Federal del 2011, máxima Corte de Justicia de Brasil que consideró constitucional la unión de los homosexuales en el matrimonio. En el mismo año se reconoce en Uruguay a través de la Ley de Matrimonio Igualitario del 10 de abril del 2013. En el caso de Colombia, también fue aprobado el matrimonio igualitario mediante Sentencia de la Corte Constitucional del 2016. Ecuador reconoció el matrimonio igualitario a través de un pronunciamiento de la Corte Constitucional en junio del 2019<sup>11</sup>. Finalmente, desde este 25 de mayo del 2020, ya es legal el matrimonio igualitario en Costa Rica,

8 El contenido interpretativo de las opiniones consultivas resulta vinculante también para la aplicación del control de convencionalidad, como se ha señalado en la Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. *Opinión Consultiva OC-21/14*. San José: 19 de agosto del 2014, párr. 31.

9 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo, reparaciones y costas. San José: 20 de marzo del 2013, párr. 69.

10 CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Estado de firmas y ratificaciones*. Recuperado de <<https://bit.ly/2G9XGFP>>.

11 CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, *Sentencia N.º 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)*, de 12 de junio del 2019.

luego de que venciera el plazo de 18 meses otorgado por la Corte Suprema a la Asamblea Legislativa para su regulación tras haberse declarado la inconstitucionalidad la disposición del Código de Familia que lo prohibía. Se convierte en el primer país centroamericano en aceptar el matrimonio igualitario. Por otro lado, en el caso de Chile está reconocida la unión civil desde el 2015.

#### 4. El contexto jurídico peruano

El Perú, como hemos visto en el punto anterior, no se encuentra en la lista de los países que han reconocido el matrimonio igualitario ni tampoco de la unión civil entre personas del mismo sexo. Cabe señalar que la Constitución Política vigente de 1993 reconoce, en su artículo 4 del Capítulo II “De los derechos sociales y económicos”, lo siguiente:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Con esta disposición, tenemos que la Constitución peruana protege a la familia sin identificar un modelo específico. Asimismo, reconoce y promueve el matrimonio como una forma de fundar familia, ubicándolo en el capítulo de los derechos sociales y económicos; por ende, reconociendo a ambos como

institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. La Constitución no detalla sobre los contrayentes o la forma de su ejercicio, dado que esto ha sido dejado a la ley, considerando que la Constitución es una norma de mínimos<sup>12</sup>; es decir, regula de manera general a las instituciones, dejando a la ley su regulación de manera más detallada y con la finalidad de que esta sea actualizada en atención a los avances que la misma sociedad experimenta. Cuando se refiere a la ley, debemos remitirnos al Código Civil peruano, el cual data de 1984 con múltiples modificaciones incorporadas hasta la fecha, pero ninguna respecto al matrimonio, el cual lo tenemos regulado en el artículo 234, que establece: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código”. Recién aquí podemos apreciar, de manera literal, cómo el matrimonio ha sido regulado legalmente para parejas heterosexuales, del mismo modo señala Yuri VEGA: “Es a este nivel en el que aparece como algo incontestable que

12 “[T]extura abierta y compleja genera que la labor interpretativa goce de una posición privilegiada en el Estado Constitucional, ya que será indispensable que los operadores jurisdiccionales actualicen y den contenido a dicho programa normativo con la finalidad de no desamparar a las personas por aspectos o cuestiones que, en su momento, no fueron objeto de discusión en los debates de los constituyentes”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 6040-2015-AA/TC, Arequipa: 21 de octubre del 2016, f. j. n.º 3.

para la ley peruana el matrimonio solo puede darse entre varón y mujer”<sup>13</sup>.

Así también, el Tribunal Constitucional ha venido contribuyendo con la interpretación del término “familia” recogido en la Constitución. Así tenemos, en el 2007, un primer acercamiento para romper el concepto clásico de familia nuclear que se circunscribía únicamente al matrimonio conformado por padre, madre e hijos, señalando lo siguiente:

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. [...] Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas<sup>14</sup>.

En esta oportunidad realiza un análisis acerca de las familias reconstituidas o bajo sus otras denominaciones: ensambladas, reconstruidas, recompuestas, de segundas nupcias o familiastras, definiéndolas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación

previa”<sup>15</sup>. Vemos que también menciona a las uniones de hecho o también llamadas convivencias como formas de familia. En línea con ello, en posterior sentencia reconoce el rol de los abuelos dentro de la familia, en aquellos casos de ausencia de padres y donde cumplen un rol de tutores de los nietos, relacionándolo también con los nuevos contextos sociales, cuando indica que “como consecuencia de ello es que hayan surgido familias con estructuras distintas a la tradicional, como *son las constituidas por los padres, hijos y abuelos*”<sup>16</sup> (el resaltado es nuestro). En esta evolución jurisprudencial, se ha partido de reconocer que no existe una definición cerrada del término familia, dado que la misma está sujeta a la evolución de la sociedad. Sin embargo, como hemos visto este análisis, se detiene y analiza a la familia bajo diferentes escenarios que se mueven dentro del plano de la heterosexualidad, sin dar un paso fuera de ello y reconocer a las familias formadas por parejas del mismo sexo.

Por otro lado, tenemos el aporte de la jurisprudencia ordinaria peruana en la materia, que en marzo del 2019 dio nuevamente un giro inesperado, al emitirse una sentencia por la cual se admite la inscripción del matrimonio homosexual en el Perú. Si bien no se

13 VEGA MERE, Yuri, *Las nuevas fronteras del derecho de familia: Familias de hecho, ensambladas y homosexuales*, Santiago de Chile: Olejnik, 2019, p. 237.

14 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 09332-2006-PA/TC*, Lima: 30 de noviembre del 2007, f. j. n.º 7.

15 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01204-2017-PA/TC*, Lima: 1 de octubre del 2018, f. j. n.º 30.

16 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01643-2014-PA/TC*, Lima: 14 de agosto del 2018, f. j. n.º 7.



trata de un pronunciamiento sobre la posibilidad de celebración de un matrimonio homosexual en el Perú; sin embargo, marca un gran avance en la materia, teniendo en cuenta que en la experiencia jurídica peruana no existe regulación al respecto. Se trata del caso 10776-2017<sup>17</sup> sobre Proceso de Amparo, llevado a cabo ante el Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la cual las demandantes (pareja lesbiana), cuestionaban las resoluciones denegatorias de inscripción de su matrimonio en el Perú, el cual había sido celebrado en el extranjero (Miami, Estados Unidos). Sosteniendo que afecta sus derechos fundamentales a la dignidad, a la igualdad ante la ley, a la personalidad jurídica, a la identidad, a la integridad, moral, psíquica y física, a su libre desarrollo y bienestar, a la protección de la familia y a la intimidad personal y familiar.

En esta sentencia, el magistrado analiza la regulación constitucional abierta respecto al matrimonio y la regulación más restringida del mismo en el artículo 234 del Código Civil. Y conviene aplicar el control de convencionalidad<sup>18</sup> para resolver la causa en

atención a lo resuelto por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-24/17 sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. A esto se refiere con que, siendo Perú un país que ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), no puede invocar disposiciones del derecho interno como justificante para el incumplimiento de las obligaciones convencionales. De ahí que, ante incompatibilidad, se aplique el control de convencionalidad prefiriendo la Convención Americana antes que la norma interna.

Un siguiente paso, podemos llamarlo así, en la protección jurídica de las familias diversas, se ha dado con la reciente disposición del Estado peruano de entregar ayudas económicas a los deudos del personal de salud fallecido producto del COVID-19. Tal es así, que mediante Decreto Supremo N.º 220-2020-EF, del 8 de agosto del 2020, se aprobaron las normas complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N.º 063-2020, del 27 de mayo del 2020, en la cual se ha considerado expresamente como beneficiarios de estas ayudas económicas, a las y los convivientes del mismo sexo del personal de salud fallecido. Para tal efecto, el Ministerio de Justicia ha elaborado los lineamientos para el reconocimiento de estas convivencias a través de la Resolución Ministerial N.º 2020-2020-JUS, del 21 de agosto

Convención Americana de Derechos Humanos, así como de la interpretación que de ella haga su máximo intérprete.

17 NOTA DE PRENSA, “Juzgado Constitucional reconoce matrimonio de Susel Paredes y su esposa”, en *La Ley*, Lima: 4 de abril del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2SnsSUJ>>.

18 El término “control de convencionalidad” surge por primera vez en la Sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de setiembre del 2006. Se trata de una medida instaurada para el cumplimiento de los Estados parte, de las disposiciones de la

del 2020, en la cual se establecen los requisitos: 1) la presentación de la ficha de solicitud; 2) declaración jurada legalizada de dos testigos que acrediten la convivencia por un periodo no menor de dos años, recibos de servicios, contratos de alquiler y/o documentos de la compra de bienes adquiridos en copropiedad, entre otros documentos que demuestren la convivencia por un periodo no menor de dos años.

Como vemos, esta disposición constituye un avance en la protección jurídica de las familias conformadas entre personas del mismo sexo. Si bien el alcance de este reconocimiento es limitado a efectos únicamente del cobro de las ayudas económicas, marca un precedente importante al ser el primer instrumento normativo que de forma expresa reconoce a las parejas del mismo sexo, en un claro respeto a los principios de igualdad y no discriminación y en aplicación de una perspectiva de Derechos Humanos. Se trata de su reconocimiento como convivientes, como una forma de familia, vemos que se sigue ampliando el concepto de familia y esta vez ha llegado a traspasar los límites de la heterosexualidad, que era tan necesario superar para seguir avanzando en la protección jurídica de estas uniones. Por otro lado, esta norma se muestra como una salida viable ante la falta de regulación que proteja a las uniones homoafectivas de las consecuencias propias de su actuar en la sociedad, esto es, no poder tramitar un procedimiento de sucesión intestada y ser legalmente

herederos de sus convivientes fallecidos. Sin embargo, la problemática de la desprotección jurídica no se agota con el cobro de este beneficio económico, en tanto que subsiste la imposibilidad de calificar como herederos legales, a efectos de los bienes que existan, cobrar pensiones de viudez, entre otros asuntos similares ante una falta de regulación integral de sus uniones.

### CONCLUSIÓN MÁS IMPORTANTE

[E]s necesario entender que no se puede concebir a la familia como un grupo estático e inmutable, como un grupo independiente a sus miembros o como aquella organización con fines netamente patrimoniales, sino comprender que quienes la componen son personas.

Esta situación nos permite plantearnos nuevamente la problemática del efectivo ejercicio de los derechos en el Perú: estos derechos todavía solo pueden ser ejercidos por un sector de la población, mientras que la otra parte todavía lucha por su regulación. Contratar matrimonio y formar una familia es un derecho humano conforme lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17.2, y que, de acuerdo a la interpretación de la Corte IDH, debe poder ser ejercido en igualdad de condiciones por parejas del mismo sexo; sin embargo, esto todavía no es una realidad en nuestro país. Pero el problema va más allá, al no estar regulado el matrimonio entre per-

sonas del mismo sexo, tampoco resulte viable el ejercicio de los derechos que se derivan de estas uniones homoafectivas. De esta manera, la desprotección que hasta la fecha existe de las familias diversas trae consigo un catálogo de problemáticas que ya es momento de tutelar. El COVID-19 ha llegado al Perú y no discrimina la orientación sexual; por ende, mientras no exista una regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, se está condenando a la precariedad a muchas familias diversas que quedarían sin pensiones de viudez, sin poder heredar la vivienda donde habitaban, sin poder gozar del seguro médico de su pareja, entre otros beneficios.

## 5. Conclusiones

Del análisis de la regulación constitucional, así como de la jurisprudencia desarrollada por el máximo intérprete peruano, no existen impedimentos para reconocer a las parejas del mismo sexo como nuevas formas de familia y su protección jurídica a través del matrimonio. Dado que, en atención al criterio adoptado por la Corte Interamericana, crear otras formas de protección similares al matrimonio, con los mismos derechos pero que lleve otro nombre para las parejas del mismo sexo, “constituiría una distinción basada en la orientación sexual de las personas que resultaría discriminatoria”<sup>19</sup>.

La reciente disposición del Estado peruano de reconocer la convivencia de las parejas del mismo sexo para efectos de las entregas económicas a favor de los deudos del personal de salud fallecido como consecuencia del COVID-19, se suma a la sentencia del caso *Susel Paredes*, así como al caso *Oscar Ugarteche* y constituyen pasos importantes para la protección jurídica de las familias diversas y la regulación del matrimonio igualitario. Cabe señalar que este último caso se encuentra en el Tribunal Constitucional pendiente de resolución, donde el máximo intérprete de la Constitución peruana tendrá la oportunidad de realizar un mayor desarrollo del criterio que ya se viene adoptando y lograr el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como formas de familia y su protección jurídica a través del matrimonio.

Por otro lado, es necesario entender que no se puede concebir a la familia como un grupo estático e inmutable, como un grupo independiente a sus miembros o como aquella organización con fines netamente patrimoniales, sino comprender que quienes la componen son personas. Como señala Yuri VEGA: “La familia, a mi parecer, no puede ser concebida como un ente abstracto, como una entequeia a la cual sus integrantes hayan de someterse sin más, subordinando y sacrificando sus intereses. No es una corporación sino un agregado de seres portadores de dignidad

19 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-24/17*.

Solicitada por la República de Costa Rica, San José: 24 de noviembre del 2017, párr. 224.

individual<sup>20</sup>. Por ende, para una acertada protección jurídica de las familias, se debe partir del reconocimiento de sus miembros como seres con libertad y con dignidad, para luego pasar a su protección como grupo humano de gran importancia para la sociedad. Empezando por reconocer que las personas que desean unirse en familia son seres con libertad, creativos, responsables, itinerantes, en continuo movimiento, que se desenvuelven en la sociedad como seres proyectivos porque construyen su propia identidad, las personas son entes diversos en sí mismos. En consecuencia, como seres únicos e irrepetibles dotados de razón y con una identidad, el ser humano goza de dignidad humana; de ahí que la dignidad viene a ser el sustento de todos los derechos humanos universales.

Reconociendo al ser humano con estas características y colocándolo en el centro del análisis de la reflexión jurídica, como señala el personalismo jurídico, no es posible concebir que solo exista protección jurídica de formas de familia basadas en la heterosexualidad; ello supone una negación de la libertad del ser humano y sus demás derechos inherentes. Asimismo, implica la ignorancia de aquellas vivencias existentes en la sociedad y que tienen potenciales consecuencias jurídicas; de ahí su necesidad de regularlo y brindarle protección legislativa.


20 VEGA MERE, *Las nuevas fronteras del derecho de familia*, ob. cit., p. 30.

El Derecho no puede encontrarse ajeno a las situaciones que se dan dentro de la sociedad como ente vivo que evoluciona y cambia con el paso del tiempo; de ahí que, de acuerdo con la Teoría Tridimensional<sup>21</sup>, se le concibe en tres dimensiones, que son: la vida humana (conducta), los valores y las normas jurídicas, es decir, el Derecho no puede reducirse a alguno de los tres elementos, sino su conjunto, teniendo en cuenta que la realidad jurídica es compleja, debe recoger la conducta humana para crear las normas que regulen la sociedad, las cuales contienen una dimensión axiológica como razón de su obligatoriedad, dentro de los cuales se encuentra la dignidad humana, la justicia, entre otros.

Este pequeño pero significativo avance en la protección de las familias diversas en el Perú a través del reconocimiento de la convivencia entre personas del mismo sexo abre nuevamente la puerta para continuar con este debate que todavía continúa pendiente. Resulta necesario construir, a través de la legislación o de la jurisprudencia, un concepto de familia que vaya más allá del modelo tradicional que recoge nuestro Código Civil. Para de esta manera poder reconocer su protección a través del matrimonio, en atención a los derechos fundamentales a la libertad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad de quienes la conforman. La regulación

21 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “¿Qué es ser ‘persona’ para el derecho?”, en *Diké*. Recuperado de <<https://bit.ly/3jf3f3T>>.

genérica de las disposiciones sobre el matrimonio en la Constitución peruana, y considerando que los derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú, en atención a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de nuestra Constitución Política, deben permitir la reivindicación del derecho a contraer matrimonio y formar una familia por parte de las parejas del mismo sexo. Una protección que resulta necesaria, que ha venido siendo desamparada históricamente y

que puede traer graves consecuencias en estos tiempos de crisis. 

## 6. Referencias bibliográficas

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “¿Qué es ser ‘persona’ para el derecho?”, en *Diké*. Recuperado de <<https://bit.ly/3jf3f3T>>.

NOTA DE PRENSA, “Juzgado Constitucional reconoce matrimonio de Susel Paredes y su esposa”, en *La Ley*, Lima: 4 de abril del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2SnsSUJ>>.

VEGA MERE, Yuri, *Las nuevas fronteras del derecho de familia: Familias de hecho, ensambladas y homosexuales*, Santiago de Chile: Olejnik, 2019.