

Apuntes relacionados a la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú¹



MARISA HERRERA

Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (ONICET).
Consultora de la UNICEF sede Argentina.
Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo, Argentina.

MARIANNA CHAVES

Abogada por la Universidad de João Pessoa – UNIPE.
Máster en Estudios Jurídicos (Derecho de Familia) por la Universidad de Lisboa.
Doctora en Derecho Civil por la Universidad de Coimbra.
Miembro Licenciado, Adopción y Protección los menores de edad de la Universidad de Lisboa.
Directora del Centro de Relaciones Internacionales IBDFAM — PB (Instituto Brasileño de Derecho de Familia — Sección Paraíba).
Miembro de la Sociedad Internacional de Derecho de Familia.

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

Abogado por la Universidad de Lima.
Máster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

El debate existente en torno a si debería regularse o no el Matrimonio Igualitario u Homosexual en el Perú ha sido, y es, un punto álgido de ser tratado en nuestra sociedad no sólo por la importancia de dicha institución en nuestro país si no, también, por las consecuencias que tal regulación podría acarrear.

La presente Mesa Redonda tiene diversos puntos de vista que se fundamentan en el ámbito teórico, así como en las experiencias vividas – como es el caso de nuestra vecina República Argentina —, pudiendo tomar las mismas y determinar si es que nuestra sociedad se encuentra preparada para aceptar, haciendo suya, una institución que promovería la igualdad de oportunidades frente a nuestra Legislación.

1. Esta sección, estuvo a cargo de las señoritas Geneve Dupont Huapaya, alumna de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, y Fabiola Franceza Omonte, alumna del séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima; miembros de la Comisión de Edición de la Revista **ADVOCATUS**.

1. Como punto de partida debemos preguntar: ¿Cuál es su concepción sobre el matrimonio y su naturaleza?

MH: El matrimonio es una institución jurídica de la cual nace o se generan determinados derechos y deberes. Constituye la forma de organización familiar que hasta ahora ha primado en los ordenamientos jurídicos pero que gracias a la obligada perspectiva de Derechos Humanos, se ha observado que no es la única y que comparte el escenario familiar con otras formas como aquellos proyectos de vida en común de dos personas que no pasan por el registro civil a formalizar la unión, las familias ensambladas (aquellas nuevas uniones matrimoniales o no que se generan después de una anterior con hijos de la primera o de esta segunda unión), con total independencia de la orientación sexual por lo que se expresará más adelante.

MCH: Sobre este tema, comparto plenamente con la opinión del profesor Enrique Varsi Rospigliosi (Cf. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo II, pp.46-47). El matrimonio va más allá de la simple condición de contrato, es un acto jurídico - de naturaleza familiar - perfecto, que tiene una notable trascendencia social, lo que justifica el rol tuitivo del Estado. Por otra parte, se trata de un acto de carácter bilateral y complejo. Pero más que nada, se considera que, además del contenido social del matrimonio, su formación está en la voluntad de los consortes - libre y consciente - que va a generar consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales.

EVR: Matrimoniarse implica compartir un destino, entregarse, amarse. Una comunidad de vida plena de existencia entre dos personas que se fijan un destino común. En conjunto, ese binomio de vida, va a integrarse en compromisos que dejan de lado lo personal para sumar esfuerzos y llevar a cabo actividades afines con un mismo proyecto de vida que se encuentra consolidado por el grado más alto de afectividad. Matrimonio es aquella unión que busca atar cabos para llegar a un puerto común. El hombre siempre busca un pareja (por naturaleza adolece de una surte de *eremofobia*, es el miedo a estar solo).

En cuanto a su naturaleza se han desarrollado distinto pareceres como la de tratar al matrimonio como un **negocio jurídico complejo** (consentimiento ante autoridad pública); un **acuerdo**, pues el matrimonio se distingue del contrato en su modo de constitución, en este último los intereses de las partes son divergentes (yo compro, tu vendes), en el matrimonio son convergentes (yo amo, tu también); **acto-condición**, se trata de una declaración de voluntad que coloca al agente en una condición jurídica impersonal; los cónyuges adquieren un estado que no puede ser materia de negociación, aceptando tal como es el estatuto legal del matrimonio. En concreto es un acto jurídico familiar.

2. En el año 2003, la Corte Suprema de Massachusetts emitió una sentencia, respecto al caso Goodridge and altri vs. Department of PublicHealth, determinando que "el derecho a contraer matrimonio [de homosexuales] no es un privilegio concedido por el Estado sino un derecho fundamental protegido contra la indeseada interferencia del Estado" (Vega, 2009). Dicho esto, planteamos la siguiente interrogante: ¿el derecho a contraer matrimonio es un derecho humano?

MH: El derecho humano lo es a formar una familia, y este núcleo social se puede alcanzar de diversas maneras, una lo es mediante el matrimonio como así también el no contraer matrimonio, por el principio de libertad. Los tratados internacionales de derechos humanos suelen relacionar el derecho a formar una familia y la protección de la familia con la noción de matrimonio. Esta supuesta interacción "obligada" está siendo puesta en crisis hace tiempo, al entenderse que el matrimonio no es sólo la unión formal entre un hombre y una mujer como así también, que no es sólo el matrimonio la manera de configurar una familia.

En suma, el derecho es a formar una familia y a la protección de cada uno de sus miembros por su calidad de personas humanas. Este acceso a formar una familia lo puede ser de diversa manera, el matrimonio es una de las figuras para



alcanzarla; como así también es merecedora de protección jurídica la familia monoparental por ejemplo, permitiéndose la adopción por una persona sola o de manera más actual, el tener un hijo mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. De este modo, el desarrollo de la ciencia ha permitido, incluso, ampliar los modos de formar e integrar una familia. Sobre este punto, y en atención a que la jurisprudencia que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatorio para los países que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos conocido también como el Pacto de San José de Costa Rica, cabe traer a colación el precedente *Forneron e hija c/ Argentina* del 27/04/2012 que en párrafo 98 se asevera:

“Este tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente, la Corte ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas.”
(El destacado nos pertenece)

MCH: Sí, por supuesto. El derecho a contraer matrimonio y derecho de familia en general, se relacionan directamente con el ejercicio de varios derechos fundamentales como el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad, el derecho a la intimidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, todos ellos derivados de la dignidad de la persona humana, un valor espiritual y moral que es inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, y que lleva consigo la pretensión al respeto de los demás.

En la actualidad, el derecho a contraer matrimonio se ha convertido en una exigencia para los todos ciudadanos. Esta demanda es un logro personal, que tiene como objetivo a aquellos que tienen una orientación afectiva y sexual por personas de su mismo sexo, para que puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en igualdad de condiciones. Es la simple cuestión de poder casarse con la persona de su elección.

La heterosexualidad podría ser algo intrínseco al matrimonio sólo si este fuera comprendido como teniendo la procreación como una de sus metas, pero esa definición ha sido abandonada en la sociedad occidental. La prerrogativa de elección que se otorga a los heterosexuales debe extenderse a los homosexuales: casarse o no, es una cuestión de preferencia de la pareja. Es el principio de la libertad señalando su presencia, traducido en la libertad de elegir el modelo de regulación legal para el vínculo afectivo.

Por estas y otras razones, yo no tengo miedo de decir que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental, sí. Y es un derecho de todos, independientemente de su orientación sexual, bajo pena de afrenta a los principios constitucionales.

EVS: Sin duda. El más supremo luego de la vida y la libertad. Consagra al hombre y permite el proyecto de vida (en la medida que crea en él). El matrimonio se concibe como una de las entidades familiares más importantes de la sociedad por su larga tradición y exclusividad. De todas las instituciones del Derecho privado se presenta como la más trascendental y compleja, a lo que se le suma el hecho de ser un acto jurídico y un sacramento. Ha sido, es y será una institución jurídica vital, en tanto que constituye la base fundamental de la sociedad, el Estado y el Derecho. De la relación jurídica matrimonial se derivan derechos, deberes, obligaciones y facultades entre los cónyuges que generan el relacionamiento matrimonial.

3. En relación a la pregunta anterior y considerando que el Estado peruano

promueve el matrimonio (artículo 4 de nuestra Constitución), ¿tienen o no las personas homosexuales derecho a contraer matrimonio?

MH: Soy argentina, el primer país de América Latina que recepta el matrimonio "igualitario" como se lo llama, aludiéndose al principal argumento de Derechos Humanos sobre el que se funda la extensión de la figura del matrimonio a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes: el principio de igualdad.

Como bien lo ha dicho nuevamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el famoso caso *Atala Ríffo c/ Chile* del 24/02/2012, primer caso en el cual este tribunal se expide y profundiza sobre la cuestión de la orientación sexual como una variable o pauta hábil para restringir o impedir el otorgamiento de ciertos derechos –entre ellos, el de contraer matrimonio–, se pone de resalta que así como lo es la raza y la religión, la orientación sexual es una "categoría sospechosa". Al respecto, se dice que "el principio de no discriminación fundado en la orientación sexual de las personas constituye una categoría sospechosa y que por ende, le cabe aplicar "un escrutinio estricto" (párrafo 73), siendo que el art. 1.1 de la Convención "proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención" (párrafo 93). ¿Qué significa ello? Que así cuando se le niega un derecho a alguien por ser negro, musulmán o judío ese acto tiene una fuerte sospecha de ser discriminatorio. Igual sucede con la orientación sexual.

El derecho es, de por sí, conservador y en el derecho de familia se lo observa de manera clara por la gran influencia que ha tenido el derecho canónico. Se le tiene miedo a los cambios, a la flexibilidad y a ser más amplios y abarcar diferentes modos de vivir. ¿Acaso la realidad social no es más compleja y el Derecho debe regularla y contemplarla? Uno de los pilares que sostiene la doctrina internacional de

Derechos Humanos es la noción de pluralismo. Por eso no es casualidad que desde el derecho internacional público se haya sostenido, con acierto: "Vivimos en un mundo en el que, por fuerza, hay que hacerles sitio a todos. No se puede huir de los otros; no existe otro lugar" (Rene Dupuy en su obra *La emergencia de la humanidad*). Así lo pretende la obligada perspectiva de Derechos Humanos, que la ley no regule sólo ciertos y determinados modos de vivir en familia y otros los silencie. Sucede que al silenciar, el Derecho excluye, y ello está en contra de los Derechos Humanos que pretende el respeto por estos derechos a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual, raza, religión, etc.

MCH: La Constitución deja en manos del Código Civil peruano la tarea de regular el matrimonio. Y el artículo 234 del Código Civil conceptualiza el matrimonio como "la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer (...)" ¿Qué podemos decir de este dispositivo? Esta es una norma claramente inconstitucional.

La Constitución peruana es muy clara, no admitiendo discriminaciones por razón de sexo o de otro tipo. Por otra parte, si la Constitución no trae un concepto o definición de matrimonio, todo un sistema jurídico no puede ser guiado en la legislación ordinaria. El derecho infra constitucional debe estar en armonía con lo que la Constitución establece. Y la definición de matrimonio presentada por el Código Civil es incompatible con el artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Por lo tanto, los homosexuales tienen, sí, el derecho a casarse. Simplemente por la Constitución prohibir la discriminación de cualquier tipo y porque no hay una base razonable para este tipo de discriminación, que es arbitraria.

EVR: Sí. Nadie puede prohibírselo. Un análisis tangencial del Código implica que sus normas son inconstitucionales. El matrimonio homoafectivo es una situación surgida como consecuencia de la liberación del sexo y la veneración a la teoría del género. La homosexualidad se ha socializado, es aceptada y se le da trato social común, en base al principio de igualdad, equidad y democratización.



4. Existe la posición de que "Si a las relaciones homosexuales se les otorgase el estatuto matrimonial se les estaría dando lo que es de otro —del matrimonio— y se cometería una injusticia; lo mismo sucedería si se las protegiese como al matrimonio, pues no pueden aportar a la sociedad lo que aquel aporta: el ámbito idóneo para la sustitución generacional, así como las seguridades psicológicas y espirituales que si ofrece un matrimonio regular y estable" (Rodríguez, 1997). En ese sentido, negar a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio no es un acto de discriminación, sino de diferenciación. ¿Es esto cierto?

MH: Ser mujer es diferente a ser hombre y no por ello se puede sostener —como se hacía en otros tiempos, por suerte ya alejados— de que las mujeres no podían votar. El interrogante es si ser "diferentes" como lo es formar una pareja entre un hombre y una mujer o entre dos hombres y dos mujeres es tal la diferencia que amerita que a unos les reconozco el derecho a contraer matrimonio y a otros no. Como en el caso del voto, también en el caso del matrimonio, la respuesta es negativa. La diferencia no es una razón de peso para permitir a alguien lo que se le excluye o prohíbe a otros. ¿Por qué el matrimonio debe ser sólo heterosexual? Por que siempre se ha relacionado la idea del matrimonio con la procreación como lo hace el derecho canónico. Pero es sabido que ello no es así, una pareja heterosexual que no pueden procrear se pueden casar perfectamente; es más, no es causal de nulidad o de inexistencia del matrimonio la imposibilidad o dificultad de procrear. Por lo tanto, ya la realidad social y jurídica nos da la pauta de que la procreación NO es un elemento para que haya matrimonio. ¿Quiénes se oponen al matrimonio entre parejas del mismo sexo? Uno de los principales opositores es la Iglesia Católica, al igual que aconteció en su momento con el divorcio vincular. ¿Por qué la creencia religiosa de algunos debe ser determinante para la legislación civil que regula la vida de todas las personas, con total independencia del credo que se tenga? Extender el matrimonio a todas las personas,

cualquiera sea su orientación sexual es una manera de profundizar la necesaria laicidad del derecho de familia, es decir, profundizar la separación entre Iglesia/Religión y Estado/Derecho. ¿Acaso cuando se apela a la "moral" es a la "moral cristiana"? Esta "moral cristiana" es la que hace, en la práctica, que la ley siga estando para un grupo que cada vez es más minoritario porque la realidad social muestra una diversidad y una pluralidad de vivir la vida que hace que cada vez, menos personas se sientan contenidas o reflejadas en la ley.

MCH: Esto es algo totalmente erróneo. El matrimonio ha cambiado con el tiempo. Perdió fin procreativo que alguna vez he tenido. Las personas —heterosexuales u homosexuales— unirse actualmente para crear su familia (y esto no debe ser entendido para procrear) con un único motivo: el afecto que los une.

No hay ninguna justificación razonable, legítimo o comprensible para justificar el obstáculo al matrimonio homoafectivo. Por lo tanto, es una discriminación arbitraria.

EVR: Para mi es discriminatorio. La ley peruana es por demás explícita en la definición de matrimonio, la unión concertada entre un varón y una mujer, y no deja lugar a dudas.

La pregunta que surge es: ¿Este dispositivo puede tener un indicio de inconstitucionalidad? Al parecer, sí.

La Constitución Política del Perú en su artículo 2º, inciso 2 prohíbe la discriminación basada en motivo de sexo que, como ya se explicó, conduce a una discriminación por orientación sexual, así como también prohíbe cualquier y todas las demás formas de discriminación. El artículo 4º de la Constitución consagra el derecho fundamental a contraer matrimonio. Nos parece estar allí la base para la discusión de la inconstitucionalidad de los dispositivos infraconstitucionales que hacen a la heterosexualidad un presupuesto para el matrimonio.

Es verdad que la propia Constitución dice que: "La forma del matrimonio y las causas de

separación y de disolución son reguladas por la ley”, lo que al parecer es una referencia al Código Civil, siendo este el que, finalmente, establezca quién puede o no casarse, y en su caso con quién hacerlo. Sin embargo, la Ley Fundamental debe ser leída sin las gafas de la ley ordinaria vigente debiendo tener en cuenta el interés individual que trascienda en una paz colectiva sustentada en igualdad de oportunidades de ser feliz.

Debe tenerse en cuenta que la Constitución peruana establece el principio de promoción del matrimonio, pero no ofrece una definición, ni establece quién puede ser parte activa de un matrimonio. Mientras que el artículo 234º del Código indica *expressis verbis* que el matrimonio es la unión entre un varón y una mujer. Sin embargo, es fundamental recordar y hacer hincapié en que la ley ordinaria debe seguir lo establecido por la *Lex Fundamentalis* y no el revés, bajo pena de inversión de las fuentes del Derecho. No se puede sacar el diseño constitucional basado en la ley ordinaria, ya que ello equivaldría a un error metodológico grave, la inversión de la jerarquía de los actos normativos.

Por lo dispuesto en el artículo 2º, inciso 2 de la Constitución supone que toda diferenciación jurídica sustentada en la orientación sexual es inconstitucional. Además, **a priori**, afrenta la isonomía toda ley que supedita su aplicación a la orientación sexual de la persona en cuestión. Por tanto, la restricción del matrimonio entre personas del mismo sexo es, en principio, inconstitucional al no tener argumentos claros y concluyentes para justificar la diferenciación.

Esto es lo que sucede con la posición de muchos juristas, quienes afirman que el matrimonio homosexual está prohibido por el Derecho Civil, y punto. Sin embargo, ¿dónde está el argumento, la justificación de esos supuestos? ¡Dizque en la tradición!, o acaso, en la conceptualización que ofrece el derecho infraconstitucional. Tales argumentos son, por lo menos, débiles e insuficientes.

Debe existir una lectura de la ley ordinaria de conformidad con los dictados constitucionales, de lo contrario, existirá una inversión metodoló-

gica grave. El camino a seguir debe ser: apreciar lo que el Código Civil dice acerca de la esencia del matrimonio y, posteriormente, discutir su conformación con la Carta Magna.

5. En el debate sobre la legalización del matrimonio homosexual, el punto referente a la adopción por parte de parejas del mismo sexo aparece como el más delicado y controversial, pues entra a tallar otro principio: el interés superior del niño. ¿Cuál es su posición frente a este tema?

MH: Es un grave error creer que el punto más álgido o “delicado y controversial” es el de la adopción. En la Argentina después de la sanción de la ley 26.618 que extiende el matrimonio a todas las personas (ergo, derogada el requisito de ser hombre y mujer para contraer matrimonio entre otras modificaciones), no ha habido casi adopciones por parte de parejas del mismo sexo. ¿La razón? Por ahora, porque ya había varias parejas heterosexuales en registros de pretensos adoptantes, no se han otorgado niños a parejas casadas del mismo sexo. ¿Por dónde pasó el tema más “delicado y controversial”? Las técnicas de reproducción humana asistida que ya se vienen llevando adelante hace años en el país a pesar de no tener una ley especial que la regule. La ley de matrimonio igualitario colocó sobre el escenario la gran cantidad de niños que nacen en el marco de una pareja conformada por dos mujeres que se sometían a técnicas con material genético (semen) de un tercero (conocido o no) y por el cual nacieron niños dentro de esta pareja casada de mujeres. ¿El niño tiene dos madres? ¿Cómo juega la filiación en ese caso? ¿Opera la presunción de “paternidad” del “marido” de la madre? Estos fueron los interrogantes más fuertes que se oyeron en un primer momento y que ya después a dos años de la ley –como suele suceder– se aquietan las aguas. La respuesta la ha dado nuevamente la obligada perspectiva de derechos humanos. Si un niño nace en un matrimonio conformado por hombre y mujer, éste tiene automáticamente doble vínculo filial; ergo, los niños nacidos en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres también; de lo contrario, se incurre en una abierta discriminación entre hijos de parejas



heterosexuales de homosexuales, violándose el interés superior del niño. Máxime cuando por el desarrollo de la ciencia, algunos casos de niños nacidos en el marco de un matrimonio por dos mujeres, el óvulo no correspondía a la mujer que lo dio a luz sino a su cónyuge, por lo cual, el niño también tenía carga genética con quien no dio a luz y que algunos autores sostenían que no podía ampliarse la presunción de filiación del cónyuge. Por eso en la Argentina estamos en plena reforma integral del Código Civil, en la cual no se habla más de "presunción de paternidad matrimonial" sino que se alude a la "presunción de filiación matrimonial" ya que puede haber un padre o una madre (otra madre o comadres). La gran interrogante no es en sí la adopción, sino si atenta o respeta el interés superior del niño el ser criado por parejas del mismo sexo. Y para ello es necesario volver a traer a colación el mencionado caso Atala Riffó c/ Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia obligatoria para países que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos como los nuestros, en el que se dice:

"Al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un daño válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. (...) (Párrafo 121).

Es más, en esta misma sentencia se trae a colación un fallo de la Corte Suprema de Justicia de México del 16/08/2010 en el que se afirma, de manera elocuente:

"No existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar

evidencias de ello. Ni el Procurador General de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados. La carga de la prueba está en quienes sostienen, prejuiciosamente, que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una pareja heterosexual. En realidad, quienes tienen esa creencia hacen una generalización inconsistente, a partir de algún dato particular o anecdótico y lo elevan a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se llaman estereotipos y éstos, a su vez, son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia"

MCH: El interés superior del niño no puede determinarse, a priori, con base en la orientación sexual de los adoptantes, sino que debe ser evaluado y calificado por la autoridad judicial, según el caso. La homosexualidad, por sí misma, no es un factor que caracteriza las peores condiciones para el ejercicio del rol paterno o materno. Esta es una elección acerca de la vida sexual del individuo, que puede ser ejercida en privado, sin perjuicio de los demás.

Ser homosexual es perfectamente compatible con el desarrollo de una parentalidad efectiva. Las investigaciones indican que los niños criados por padres homosexuales no tienen ningún problema fuera de lo común. En resumen, la fuerza y la estabilidad de la familia, así como la capacidad de ejercer la parentalidad de los individuos son más bien definidos por el afecto, el compromiso, la responsabilidad de las personas con sus hijos y no por su género o su orientación sexual.

EVR: Esto es lo más complicado. Un matrimonio implica la realización de la pareja a través de su descendencia (propia o prestada, pero suya) si permito el matrimonio debo permitir la adopción, no hay justificación para aceptar uno y negar otro. Además, la adopción de homosexuales está permitida en otras legislaciones (Asturias, Holanda, Navarra) es más, actualmente en muchas otras legislaciones internacionales

se está promoviendo la adopción del hijo del compañero homosexual denominándose a estas instituciones adopciones de integración o adopciones integrativas.

6. Tras lo expuesto, en el debate matrimonio homosexual vs unión de hecho, ¿qué opción encuentra más adecuada?

MH: Una vez más, la respuesta se funda en el reiterado principio de igualdad: a iguales derechos, igual denominación. El matrimonio y las uniones de hecho son dos figuras diferentes, al menos así lo es en el derecho argentino. Las personas pueden optar por constituir un matrimonio con ciertos derechos y obligaciones, o una unión con muy pocos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente, y en la reforma proyecta algunos más. Son dos figuras que ambas deberían estar abiertas a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes. ¿Por qué a los heterosexuales les permito contraer matrimonio y a los homosexuales no? Más allá de que a estos últimos le permita conformar una unión de hecho, el debate en el campo del derecho matrimonial no se agota, es más, se recrudece porque se coloca más en evidencia la abierta discriminación entre unos y otros.

MCH: Algunos sostienen que la creación de formas jurídicas propias como uniones de hecho y parejas registradas sería lo suficientemente como para el reconocimiento de los derechos de los homosexuales. Pero tengamos en cuenta que, a menudo, los efectos de estos institutos son restringidos, limitándose, en general, a los aspectos económicos resultantes de relaciones de afecto.

La unión de hecho está permitida, ¡Fabuloso! Pero debe ser una opción en la organización de vida de la pareja, no la única. La prerrogativa de elección que se otorga a los heterosexuales debe extenderse a los homosexuales: casarse o no, debe ser cuestión de preferencia de la pareja.

EVR: La una y la otra son válidas. Distinta, no cabe comparación entre ellas. No es cuestión

de decir "... Bueno, al menos permitamos que se unan pero que no se casen". A mi criterio, los homosexuales o a las personas de género tienen derecho a matrimoniarse o convivenciarse.

7. En 2004, el Tribunal Constitucional estableció que la homosexualidad no era una conducta indigna, y que, por el contrario, la Constitución peruana no distingue a las personas por su orientación sexual (Expediente 2868-2004-AA/TC, Fundamento 23). En ese sentido, ¿qué rumbo pronostica tomará la legislación peruana en materia de derechos de homosexuales?

MH: Que se sostenga algo tan obvio como lo es que la homosexualidad no es una conducta indigna, no significa o no quiere decir que en breve la legislación peruana reconozca el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. ¿Acaso decir que la homosexualidad no es una "conducta indigna" es una postura que merezca ser destacada al punto de ser "aplaudida"? ¿Qué hubiera pasado si el Tribunal Constitucional decía que "no es indigno ser negro" o no es "indigno ser judío"? La gran mayoría hubiera dicho que tales afirmaciones esconden una mirada discriminatoria. Igual afirmación cabría decir con respecto a que la homosexualidad no es una "conducta indigna". ¿"No es una conducta indigna" es lo mismo que decirlo en positivo "es una conducta digna"? Tampoco es casualidad el formato en negativo que se utiliza, ello también permite reafirmar la mirada reticente o de desconfianza que gira en torno a la homosexualidad.

MCH: Como extranjera, ajena a las cámaras legislativas peruanas, parece difícil de opinar. Pero, tomando el ejemplo de Brasil, es posible que el poder judicial anticipe a la legislatura. Nuestra Cámara de Representantes y el Senado tienen una banca fuerte religiosa que impiden que avance y sea aprobado cualquier proyecto de ley que se ocupe de los homosexuales. Por lo tanto, nuestro Tribunal Supremo - acusado de activismo judicial - se ha manifestado y equiparó las uniones estables homosexuales a las heterosexuales, en 2011. Si el poder legislativo peruano sigue siendo tan

silencioso como lo fue y sigue siendo el brasileño, éste puede ser el camino a seguir.

EVR: Quieran o no, el matrimonio homoafectivo es una realidad que llegará pronto, les guste o disguste a muchos, es cuestión de tiempo, de espera, los derechos de las personas no pueden depender de ideologías ni de apasionamiento. Los derechos son cuestiones naturales y el amor, es humano, sea como fuere, merece legalizarlo.

8. Finalmente, no podemos dejar de referirnos a una realidad que trasciende el ámbito jurídico: la discriminación social y los prejuicios que en general, como colectivo peruano, tenemos respecto a los homosexuales. ¿Cómo cambiar esta situación?

MH: Hace 30 años o más decir que uno era hijo de padres divorciados era un estigma. Hoy no lo es. Hace más 60 años, que una mujer estudiara medicina o abogacía era visto de manera extraña. Hoy no lo es ¿Por qué? Porque el tiempo ha permitido que la sociedad comprenda, acepte y reconozca otras cosas diferentes a lo que era "lo normal" en ese momento. Así son las grandes transformaciones culturales. Épocas de transiciones, de movilizaciones, de resistencias para que después haya aceptación y por ende, no discriminación. Esto es lo que está pasando en Argentina. A más de dos años de la sanción de la ley de "matrimonio igualitario", no se puede afirmar que la discriminación hacia este grupo social desapareció, pero al menos no están más "fuera de la ley" como si fuera algo "anormal" que debe ser "aniquilado"; todo lo contrario. Todos

los "colectivos" son una construcción social, y así como se han construido sobre la base de la discriminación, se pueden "de construir" para el lado del reconocimiento y aceptación y para ello, la ley que permita el matrimonio a las parejas del mismo sexo es un paso muy importante.

MCH: El tema de la discriminación social permea muchas otras áreas de la vida humana. Para mí, este tipo de conducta sólo comenzará a ser erradicada de nuestra sociedad (hablo la nuestra porque lo mismo pasa en Brasil) a través de un medio: la educación. Tenemos que enseñar a las nuevas generaciones que hay diferentes tipos de familia. Que existen diferentes maneras de experimentar y expresar el afecto y la sexualidad. Y que son todos normales. Además de las políticas públicas para combatir los prejuicios y la discriminación, hay que tener en cuenta que la educación comienza en el hogar. No ayuda el Gobierno promover campañas educativas si digo a mi hijo que es malo, desagradable o pecado que dos hombres estén juntos o casados. El cambio debe venir desde dentro. Y este cambio aún tardará décadas, tal vez siglos..

EVR: Sin duda los homosexuales son un grupo minoritario, débiles jurídicos y, como tal, merecen ser insertados en el medio jurídico social en base a la *inclusión legal*. ¿Por qué ellos no? Es la pregunta que no acepta respuesta negativa ... Por qué ellos, al igual que nosotros —los heterosexuales— tienen plena capacidad de goce, de hacerse hombres y mujeres a través del sinfín de instituciones naturales, como son el matrimonio y la adopción.