

Efectos jurídicos de la pandemia de la COVID-19 en las uniones homoafectivas en el Perú

Legal effects of the COVID-19 pandemic on homoaffection unions in Peru

CERDÁN BLANCO, Deyci Marleni(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho Constitucional de Derecho. III. Igualdad y no discriminación. IV. Las uniones homoafectivas. V. Derechos y obligaciones afectados de los miembros de las uniones homoafectivas a consecuencia de la COVID-19. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: Actualmente concurrimos a un fenómeno social, al cual no podemos ser ajenos, somos conscientes de su proliferación y su falta de regulación, nos referimos a las uniones homoafectivas; en ese contexto, se debe regular estas uniones a través de un contrato, otorgándose derechos y obligaciones que deben tener dentro de una convivencia. Somos conscientes de los desafíos legales, sociales y las brechas de conservacionismo, pero los derechos humanos no están restringidos a concepciones filosóficas, ideológicas o jurídicas, sino por el contrario, el carácter progresivo de los derechos humanos reclama que toda situación o fenómeno jurídico debe ser regulado; máxime si asistimos a la coyuntura social, económica y jurídica actual sumamente difícil.

(*) Abogada. Maestrante en la mención: Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. demacebl@gmail.com

Regulación que se justifica en el modelo adoptado por nuestro Estado; esto es, en el Estado Constitucional de Derecho y la consagración constitucional de la dignidad humana y el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación.

Palabras Clave: Unión homoafectiva, dignidad, igualdad; y, no discriminación.

Abstract: *Currently we are attending a social phenomenon, to which we cannot be unaware, we are aware of its proliferation and its lack of regulation. We refer to homo-affective unions; In this context, these unions must be regulated through a contract, granting rights and obligations that they must have within a coexistence. We are aware of the legal, social challenges and conservation gaps, but human rights are not restricted to philosophical, ideological or legal conceptions, but on the contrary, the progressive nature of human rights demands that any legal situation or phenomenon must be regulated; especially if we attend the current extremely difficult social, economic and legal situation.*

Regulation that is justified in the model adopted by our State; that is, in the Constitutional State of Law and the constitutional consecration of human dignity and the fundamental right to equality and non-discrimination.

Key words: *Homo-affective union, dignity, equality; and, non-discrimination.*

I. Introducción

Los efectos de la pandemia son inevitablemente, bastos y transversales; ha desnudado nuestra realidad no solo sanitaria, sino también jurídica; se hace notar las deficiencias para hacer presente a determinadas consecuencias que va a acarrear esta situación global. En este aspecto, se hace necesario hacer un análisis entorno a un sector de la población, respecto de la imposibilidad de hacer efectivo determinados derechos por vacío o laguna legislativa.

Es de basto conocimiento que al contraer nupcias una unión heterosexual, surge dentro de estas una sociedad de gananciales o si se quiere, se puede optar por la separación de bienes; en el primero de los casos, los miembros tienen las mismas consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades, etc., en igualdad de condiciones; por consiguiente, se tiene un reconocimiento social, moral y legal, el último en mención abarca básicamente no en su totalidad derechos de índole patrimonial; sin embargo, embarcados dentro de una unión homoafectiva, resulta imposible concebir alguna protección jurídica, evidentemente al existir nula regulación y protección, por tanto, hay vulneración de derechos.

Existe legislación internacional entorno a la protección de las uniones homoafectivas, los que los otorgan efectos y consecuencias jurídicas, lo que demuestra que es una práctica tomada en las sociedades modernas, puesto que, se está regulando fenómenos jurídicos actuales.

El presente ensayo pretende mostrar, a partir de un análisis constitucional la posibilidad de la regulación de las uniones homoafectivas y la desafectación de sus derechos constitucionales.

II. Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho no es solo la existencia de una mera norma legal, sino también son directrices (principios - reglas); aunado a ello, la interpretación jurídica se aleja del formalismo, dando paso a la Argumentación Jurídica.

Dentro de este modelo, aparentemente los derechos como máxima expresión están garantizados y se hacen efectivos; empero, el adoptar un cierto y determinado modelo no basta, por cuando lo que engloba a ello, son las normas legales, para hacerlo de uno u otro modo viable; es por ello que, frente a esas debilidades, indeterminaciones y vacíos, se hace necesario adentrarse en el derecho como ente regulador y proponer soluciones, encontrarlas y aplicarlas, con el único afán de proteger al ser humano, como bien lo consagra el artículo uno de la Constitución Política del Perú.

Entorno a este modelo Añon señala que, dentro del contenido de la Constitución, los derechos son la pieza fundamental; pues este modelo atribuye a los derechos el papel de ser la justificación más importante del Derecho y del Estado y, por tanto, desde esta perspectiva, el Estado no es sino un instrumento de tutela de los derechos fundamentales y como tal fundamento impone fines y objetivos que deben ser realizados. Uno de las fisonomías que mejor definen el Estado Constitucional de Derecho es la orientación del Estado de la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: no se trata, pues, de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución. (p. 28); citando a L. Ferrajoli, señala que, los derechos fundamentales son como aquellas expectativas o facultades de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías, como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: [...] la tesis da contenido a la idea de que el modelo de Estado Constitucional, el Derecho y el poder encuentran su legitimidad en su presupuesto de orden externo que no es sino la persona como valor, y la primacía axiológica de este postulado sobre cualquier otro (p. 28).

Por su parte, Chanamé Orbe sostiene que, «[...] los derechos fundamentales son connaturales al ser humano, el derecho positivo lo que ha hecho es reconocer positivamente los tratados internacionales y constituciones de cada Estado [...]» (2019, p. 199).

II.1. La constitucionalización de los derechos humanos

Nuestra Constitución tiene un doble contenido, material y formal; el primero señala que, la persona, tiene un valor en sí misma, por ser lo que es. Cual sea su valor hoy no tiene discusión: la Persona vale como fin, en ese marco, los derechos humanos han de ser definidos como el conjunto de bienes humanos debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le permitirá alcanzar grados de realización en la medida en que con ellos logra satisfacer necesidades y exigencias humanas esenciales (Castillo Córdova, 2018, p. 21). (Lo resaltado es nuestro); el segundo señala que, tiene carácter subordinado al contenido material: el poder existe, se organiza y desenvuelve para favorecer la plena realización de la persona, es decir, para promover la plena vigencia de sus derechos humanos. Si la persona tiene condición de fin supremo, y los poderes públicos tienen la condición de medios o instrumentos a su servicio, entonces, las competencias, procedimientos y las formalidades previstas para su desenvolvimiento solo serán legitimados políticamente y válidas jurídicamente, si efectivamente se dirigen a promover la plena realización de la persona a través de la plena vigencia de sus derechos humanos (2018, p. 24).

Los derechos han nacido e inspirado para el hombre, es decir, son inherentes al ser humano, los poseen por su condición de tal, el de ser *persona humana*, por el ser y valor de la persona; no por decisiones políticas, legislativas o acciones del Estado.

II.2. La dignidad humana como base de respeto de la integridad de los derechos constitucionales

El Estado Peruano considera a la persona y su dignidad como fin supremo; en ese sentido, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución; pues, se concibe sobre la integridad del orden jurídico sin que logre reducirse o minimizarse a la defensa de los tradicionales derechos civiles y políticos, sino que, abarca también los derechos económicos, sociales y culturales [...], es decir, «la dignidad humana no es un mero enunciado formal, sino más bien un valor ético positivado que convierte a todos los derechos constitucionales en normas eficaces de aplicación inmediata». (Mesía Ramírez, 2018, p. 35) (Lo subrayado es nuestro).

En ese entendido Immanuel Kant, citado por Chanamé Orbe, sostiene que, «[...] la persona humana posee una dignidad tan alta y característica que nunca debe ser utilizada como un medio sino como un fin. La dignidad humana, según el autor, era [y es] la base de los derechos humanos [...]» (2019, p. 202), por su parte, Fernández Sessarego, citado por Chanamé Orbe nos dice que, «[...] la defensa de

la persona humana y el respeto constituyen la razón del derecho, por ello, el derecho es un instrumento libertador de la persona [...]» (2019, p. 202), por lo que, la dignidad humana se configura como el presupuesto esencial de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás (Chanamé Orbe, p. 226).

Entonces, la dignidad humana se entiende que es el reconocimiento de todo hombre como ser humano y no como otra cosa u objeto. Dignidad que es inherente a su ser, es decir, a su esencia e intrínseca naturaleza. En otras palabras, la dignidad lo constituye todo, ese mínimo esencial valorativo que corresponde a toda persona por ser tal. Así tenemos que para el constitucionalista Néstor Pedro Saguez (citado por Espezuía Salmón) y a su vez citado por Chanamé Orbe, señala que, la dignidad humana genera dos ámbitos: una garantía negativa en cuanto impone al estado y también a los particulares, abstenerse de atacar la dignidad, por ejemplo, en el sentido de afirmar positivamente. Ello implicaría al Estado que pueda asegurar ciertas obligaciones tendientes a cerciorar, por ejemplo, un mínimo de igualdad de oportunidades y de condiciones de vida, aptas para el despliegue de tal personalidad, lo que puede apurar el modelo llamado del estado de prestaciones (2019, p. 224).

Varsi Rospigliosi, entorno a la dignidad humana expresa:

Es el principio máximo, super principio, macro principio o principio de principios [...]. Fácilmente puede argumentarse que el principio de la dignidad es hoy una de las bases de apoyo de los sistemas jurídicos modernos. Es impracticable reflexionar sobre los derechos desconectados del concepto y de la idea de dignidad. Se afirma en la doctrina que «la dignidad humana es la premisa de la idea de la justicia humana, porque es ella que dicta la condición superior del hombre como ser de razón y sentimiento». La noción de la dignidad humana incluye el núcleo existencial que es esencialmente común a todos los seres de la raza humana, el núcleo duro como también lo llaman. Debemos, con respecto a la dimensión personal de la dignidad, tener la obligación general de respetar, proteger y descalificar cualquier procedimiento, comportamiento o actividad que cosifique el individuo. La dignidad es contraria a todo precepto de reificación del ser. Según Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Varsi Rospigliosi, la dignidad es la calidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y la comunidad, envolviendo un complejo de derechos y deberes fundamentales que garantizan su desenvolvimiento contra cualquier acto de trato inhumano o degradante así como las condiciones mínimas para una vida sana, facilitando y hacien-

do posible la promoción de su participación activa y corresponsables en el destino de su propia existencia y la vida en comunión con los otros seres humanos [...]. Habitualmente, el problema surge en relación con la homosexualidad en vista del «carácter homofóbico y heterosexista que caracteriza a casi todas las complejas sociedades contemporáneas». En este sentido, dice Roger Raupp Rios, citado por Varsi Rospigliosi, frente a estos elementos se concluye que el respeto de la orientación sexual es punto fundamental para la afirmación de la dignidad humana y no es aceptable, jurídicamente, que prejuicios puedan legitimar restricciones de derechos y servir para fortalecer estigmas sociales y el pisoteo de los fundamentos constitucionales de un Estado democrático. En nombre del principio de la dignidad humana, entre otros [...], es necesario que se concedan [...] derechos a los homosexuales [...]. (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 108-109).

No se puede seguir ignorando a un sector de la población, por cuanto no puede decirse que el ser humano es el fin supremo de la sociedad y del Estado; y a la vez se los siga segregando del Ordenamiento Jurídico.

II.3. Dignidad y Libertad Sexual

Entorno a la libertad, Varsi Rospigliosi sostiene que es denominada también como autodeterminación (selfdetermination). Es el valor supremo del ser humano, pues se puede a un ser humano asesorar, recomendar, pero no se puede imponerle a un individuo qué hacer con su vida; pues deberes para consigo mismo no pueden imponerse, solo los deberes para con los demás se exigen. En palabras de María Berenice Dias, citado por Varsi Rospigliosi, en vista del principio de la libertad, se garantiza el derecho a formar una relación de pareja, una unión estable heterosexual u homosexual. Existe libertad de disolver el matrimonio o la unión estable, como el derecho de reconstruir nuevas estructuras de convivencia; después de todo, es la libertad, la posibilidad de una coordinación consciente de los recursos necesarios para el desenvolvimiento de la personalidad y la realización de la felicidad personal. (2011, p. 110-111); por tanto, la relación entre la protección de la dignidad de la persona y la orientación homosexual es directa (2011, p. 114) por lo que, en nombre del principio de la dignidad humana, la libertad y la igualdad debe considerarse a las uniones homoafectivas [...], independientemente del ajuste legal en el Perú (2011, p. 119).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene Landa que:

Ha señalado incidentalmente que el respeto a la dignidad se da de manera independiente de la condición existencial de la persona, es decir, «de la

situación y de las circunstancias en que se encuentre»; por tanto, es completamente inherente al ser humano por su condición de tal. Asimismo, la dignidad goza de un efecto de irradiación a los demás derechos fundamentales, de forma directa o también indirecta. (2006, p. 8).

Pues bien, estando a lo antes señalado podemos determinar que en efecto, las uniones homoafectivas son un desafío social y legal al que estamos enfrentados, puesto que, existe desprotección y rezago en el ámbito jurídico; en razón a que su exclusión se ha justificado, no en basas jurídicas, técnicas y normativas; sino, por el contrario en la moral pública, en las buenas costumbres y hasta en el texto constitucional de protección a la familia nuclear; existen supuestos defensores de la legalidad, los que evidentemente no se condicen con la realidad; pues, los intereses de particulares y de grupos determinados se privilegia frente a la realidad.

III. Igualdad y no discriminación

La igualdad, para Varsi Rospigliosi, es equiparidad, semejanza, similitud, equidad entre las personas sin beneficiar, ni perjudicar unas de otras. Implica que las personas tienen el mismo valor ante la ley. Debe ser fuente de regulación de la vida social observando los criterios de proporcionalidad y sentido común. La igualdad está visceralmente relacionada con el principio de la libertad. Solo hay libertad, si existe igualdad. Como dice María Berenice Dias, citada por Varsi Rospigliosi «si no hay el presupuesto de la igualdad, habrá dominación y sumisión, no la libertad». Con las palabras de Chaim Perelman, citado por Varsi Rospigliosi uno puede extraer el verdadero significado de la igualdad: «La idea de justicia, sugiere para todos, inevitablemente, la idea de igualdad segura». Por cierto, esta es la misma línea de pensamiento adoptada por San Tomás de Aquino quien sostiene que la justicia coincide exactamente con la igualdad. (2011, p. 111).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso «Atala Riffo y Niñas Vs. Chile» ha establecido que:

El derecho a la igualdad y no discriminación está contemplado en la propia Convención Americana desde distintas perspectivas. Primero, al consignar que todas las personas son titulares de los derechos y libertades que reconoce sin discriminación alguna. Al asociar la igualdad a la dignidad de la persona, la CIDH explica el principio de igualdad y no discriminación como la base misma del orden público nacional e internacional. Así desde una segunda perspectiva, el principio de igualdad y no discriminación implica la obligación de los Estados no solo de abstenerse de realizar actos que con-

duzcan a discriminación de hecho o de derecho, sino también a implementar medidas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades (Gómera Juárez, p. 49).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo ha hecho un análisis entorno al derecho a la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI, sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación la Corte ha establecido que:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico (p. 32).

El derecho a la igualdad, es un derecho relacional, porque, según lo instituido por el Tribunal Constitucional⁽¹⁾:

El principio-derecho de igualdad se constituye en un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. Posee además una naturaleza relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional solo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y plena del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantiza. (Mesía Ramírez, 2018, p. 116).

Al constituirse como un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales, entonces también lo es para las personas que, por una u

(1) Expediente N.º 0004-2006-PI/TC f. j. 121

otra manera se les está restringido este derecho, más para las minorías que se les está limitando de manera explícita.

La igualdad es también una obligación constitucional impuesta a los poderes públicos. Estos no pueden tratar a las personas según su libre consideración, ni llevar a cabo tratamientos discriminatorios, sino que han de brindar un trato similar a todos cuantos se encuentren en iguales condiciones de hecho, esto último no implica que los poderes públicos no puedan hacer tratamientos diferenciados, se trata simplemente de que, si lo hacen, dicho tratamiento debe estar fundado en elementos objetivos y razonables.

IV. Las uniones homoafectivas

IV.1. Concepto

Para Varsi Rospigliosi las uniones estables homoafectivas nos dice que:

Forman un núcleo familiar y, como tal, hacen emerger las consecuencias jurídicas de todo tipo. Sea la constitución o reconocimiento de la unión, su término, la parentalidad ejercida por uno o ambos miembros de la pareja, los efectos jurídicos son infinitos y no siempre debidamente protegidos (2011, pp. 429-430).

Para Medina G., las uniones *homoafectivas* «[...] son uniones de dos personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida que es conocida públicamente (...)» (s/a, p. 38) (cursivas son nuestras).

Entorno a las uniones homoafectivas, Varsi Rospigliosi hace un análisis entorno a ello, sosteniendo que:

Hecho cristalizado es que la homosexualidad existió desde tiempos remotos. En la antigua Grecia fue aceptada y respetada, mientras que, en Roma, tolerada. Con el paso del tiempo, las nuevas costumbres parametradas y los códigos sociales comenzaron a rechazarla. Estudiada por las ciencias sociales, por la psicología y por las ciencias biológicas. La homosexualidad pasó de ser un concepto tornado con la enfermedad para identificarse como una caracterización, un modo de ser distinto de la mayoría. Comienza a ser tomada como natural, nada tiene de artificial. Cada tema relativo a la sexualidad parece estar cubierto con una cierta «aura de silencio» causando intensa inquietud y curiosidad insaciable. Existe una tendencia para conducir y controlar el ejercicio de la sexualidad que culmina con la tentación de la so-

ciudad de ver la moral en términos puramente de comportamiento sexual. (2011, p. 106). Apartándonos de arraigados dogmas sociales podemos decir que en la etapa actual de la estructura social se traduce en una modernidad líquida en la que existen diferentes maneras de expresar y experimentar el afecto, surgiendo distintas formas de compartir la vida que exigen de un reconocimiento social y legal (2011, p. 207).

En el Perú, el jurista Varsi Rospigliosi acuñó el término *homoafectividad*, el que es tratado en el Tomo II del Tratado de Derecho de Familia – Matrimonio y uniones estables, sustentando que:

Durante mucho tiempo, la homoafectividad fue estigmatizada dejando de lado a los homosexuales encerrados en un «universo paralelo», marginados de muchas formas y modos. En los últimos años la sociedad ha demostrado ser algo más tolerante y poco a poco está cambiando su forma de ver las relaciones paritarias entre los seres, independientemente de su sexualidad. Los homosexuales comenzaron a ganar visibilidad en el mundo contemporáneo y empiezan su búsqueda de justicia. Este deseo de justicia se conecta con la búsqueda de la felicidad, interconectados con el reconocimiento de la igualdad de derechos y dignidad, sin distinción de ningún tipo. La preocupación por la legalidad de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo integra la agenda del pensamiento jurídico internacional [...]. En los debates sobre el reconocimiento legal de los matrimonios homoafectivos, los argumentos de justicia son importantes en dos niveles. El primer, y más profundo, es el que consiste en argumentos extraídos del campo de la filosofía política y jurídica. Los otros argumentos se sustentan en un análisis del Derecho Constitucional acerca del reconocimiento legal de las relaciones entre personas del mismo sexo. Tal reconocimiento podrá, en función de la Constitución que se trate, darse a través de la acción legislativa [...], por decisión judicial [...]. Es, por supuesto, posible la interacción entre los dos niveles. En una sociedad con una Constitución escrita como la nuestra, los argumentos filosóficos-jurídicos pueden inspirar al magistrado en la interpretación de las disposiciones constitucionales. Tenemos que recordar que cualquier país que pretende ser democrático y guardián de los derechos humanos no debe y no puede concertarse en la discriminación arbitraria, como en el caso de la discriminación por razón de sexo o por orientación sexual (2011, p. 107-108).

Ahora bien, en la lógica propuesta de un Estado Constitucional de Derecho, es perfectamente factible la posibilidad de la regulación de las uniones homoafectivas en el Perú; es pues, posible afirmar que los sistemas jurídicos en estudio tienen

todas las herramientas para tratar de manera coherente las nuevas formas de arreglos [...] afectivos. Cualquier país que pretende ser democrático y guardián de los derechos humanos no puede tolerar la discriminación arbitraria, como es el caso de discriminación por razón de sexo o por orientación sexual. Lo contrario sería ir contra el criterio social. (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 429).

V. Derechos y obligaciones afectados de los miembros de las uniones homoafectivas a consecuencia de la COVID-19

Es un hecho cierto de la negación de la regulación de las uniones homoafectivas, por la consideración de las instituciones establecidas en nuestro Ordenamiento Jurídico, como es la familia; empero, es cierto también que nuestro modelo de Estado propugna la protección y efectivización de los derechos constitucionales.

La COVID-19 trae inevitablemente consecuencias jurídicas y afectación de derechos, en unos en mayor proporción que otros; pues dentro de este grupo están las personas que conforman las uniones homoafectivas, los que ven afectados sus derechos en mayor medida; por el hecho de no tener una regulación o acogimiento legal, por lo que se vulnera no solo los derechos constitucionales, sino también derecho patrimoniales y obligacionales.

Estas uniones homoafectivas necesitan regulación en base al Estado Constitucional de Derecho, sobre el que se asienta nuestro modelo de Estado y el que propugna el respeto del derecho a la igualdad y no discriminación; aunado a ello, se debe regular de manera urgente la situación jurídica de estos grupos y estas minorías, pues es inevitable que producto de esta caótica situación que se vive se va a ver afectado sus derechos sucesorios⁽²⁾,

- (2) Es importante el avance que se ha tenido en relación a la sucesión del conviviente, puesto que, se protege al fenómeno uniones de hecho y no nos atenemos a la realidad; puesto que, ello significaría la proliferación de estas y la consiguiente vulneración de derechos que si se actúa a la prontitud se salvaguardaría, en ese contexto Bustamante Oyague ha sostenido que: El conviviente supérstite tiene derechos como heredero forzoso y con derecho a concurrir con los demás a heredar que provengan de la línea descendiente o de la línea ascendiente del conviviente-causante (2015, p. 280). En definitiva, la inscripción registral de la unión de hecho vigente a la fecha del fallecimiento del causante-conviviente, brinda, en principio condiciones jurídicas positivas, para que sea declarado heredero el conviviente supérstite. La vocación sucesoria del conviviente supérstite le confiere el derecho de accionar la defensa de sus derechos hereditarios, como demandar a las personas que hayan preterido sus derechos sucesorios, contradecir la desheredación efectuada por el conviviente, defender sus derechos en la partición de la herencia, la nulidad de la partición de herencia, ejercer la acción de partición de herencia si correspondiese, así mismo demandar la reivindicación de herencia, en casi que la herencia la posean otros herederos del causante, demandarla indignidad en

a la propiedad⁽³⁾, a la seguridad social, a los alimentos entre otros; puesto que, son también seres humanos y como tal reclama un cuidado y una mirada; en lo que podemos concluir que en efecto, existen las figuras legales para ampararlas como el contrato⁽⁴⁾; por lo que, concepciones ideológicas y morales no pueden ser óbice para la progresión y aplicación de los derechos humanos.

cualquiera de los supuestos que establece el Código Civil, exigir respeto a la casa-habitación en que existió el hogar de hecho: el ejercicio del derecho de habitación vitalicia o el derecho de usufructo, exigir el derecho de colación a otros herederos, como también solicitar el cese de la indivisión hereditaria, entre otras acciones (2015, pp. 284 – 285).

De lo esbozado podemos concluir que los miembros de las uniones homoafectivas pueden tener derechos sucesorios que se tiene que establecer en el contrato de convivencia, siendo esta sucesión por ley o en su defecto y a consideración de los miembros pueden efectuarlo por testamento, el que debe ser perfectamente válido; asimismo, podemos sostener que los miembros de las uniones homoafectivas tienen derechos como herederos forzosos; por otro lado es de precisar que en caso de sucesión intestada de uno de ellos, el conviviente podrá instar la petición de herencia, a través de un proceso notarial o judicial.

- (3) El derecho a la propiedad está regulado en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú que establece que, el derecho a la propiedad es inviolable. El estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

En relación al derecho a la propiedad, los miembros de la unión homoafectiva tienen la opción de crear sus propios acuerdos entorno al manejo de sus propiedades, asimismo, para determinar el reparto de sus bienes en la posibilidad de que se finiquite el contrato y en su defecto de este, les corresponderá el 50 % y 50 % a cada uno, en función al patrimonio adquirido durante la unión homoafectiva.

Por otro lado, es importante precisar que, los miembros de las uniones homoafectivas tienen derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto, el que debe solicitarse dentro del plazo de un año desde el cese de la convivencia homoafectiva; y esta no debe afectar derechos mínimos contemplados en la ley o en el contrato de convivencia.

Por su parte, es pertinente precisar que, la transferencia de bienes muebles e inmuebles se efectuó de manera bilateral, en ese sentido, se establece la prohibición expresa de celebrar contratos de manera unilateral por parte de uno de los miembros de la unión homoafectiva en perjuicio del otro.

Finalmente, es importante precisar que, el miembro de la unión homoafectiva tiene derecho a la indemnización por muerte de uno de los miembros, cuando esta haya sido por causa de un accidente.

- (4) El Código Civil, en el artículo 1351 define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Entonces, como señala Osterling Parodi y Castillo Freyre, siendo el contrato una fuente de las obligaciones, él crea, justamente, una obligación que es considerada una relación jurídica con contenido patrimonial. Esto se corrobora cuando el artículo 1402 del Código Civil señala que el objeto

Reguladas las uniones homoafectivas se cubriría un vacío normativo existente dentro de nuestra legislación nacional actual, entorno a la segregación de determinados sectores de la población y la consiguiente efectivización del principio de derecho a la igualdad y no discriminación; pues los derechos que se protegen son de transcendental importancia para garantizar el pleno desarrollo del ser humano y la adecuada convivencia en sociedad.

El respeto al libre desarrollo, a la personalidad y a su orientación sexual es un punto fundamental para la afirmación de la dignidad humana y obviamente no es concebible, a nivel jurídico, que se siga restringiendo derechos, aunado a ello, se fortalezca los estigmas sociales y el pisoteo de los fundamentos constitucionales de un Estado democrático; entonces, se debe conceder derechos a estos miembros de

del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. Consecuentemente, si es este el objeto del contrato, entonces la obligación, cuando de él emana, debe tener carácter patrimonial. (Osterling Parodi y Castillo Freyre, p. 711).

En el orden de ideas antes expuesto, podemos verificar que en efecto es posible la regulación de determinados derechos patrimoniales y obligacionales de los miembros de las uniones homoafectivas; en razón a que estos no afectan instituciones o concepciones del Estado peruano; en ese contexto, los miembros de las uniones homoafectivas pueden regular las relaciones patrimoniales y obligacionales relacionadas a su vida en común con la suscripción de este contrato de convivencia; este contrato debe efectuarse por escrito, mediante escritura pública, bajo sanción de nulidad en el que se indican de manera expresa todos los requisitos que se debe incluir, puesto que, con la celebración del contrato de convivencia se estaría salvaguardando la vulneración del derecho a la dignidad humana, por cuanto las personas que pertenecen a estas minorías no son menos dignas, sino por el contrario con las mismas prerrogativas que cualquier otra, por lo que no se debe limitar su pleno desarrollo.

Por otro lado, se debe tener en cuenta además que la suscripción del contrato de convivencia se efectúa a partir de la decisión libre y voluntaria de los miembros que la integran, más aún si comporta el plano netamente individual de las decisiones del individuo.

Por su parte, debemos tener en consideración que, no se están sacrificando ningún valor ni principio, pues lo que está simplemente es satisfaciendo derechos consagrados a nivel constitucional, pues sin sacrificar a la familia se puede también lograr la protección de los derechos y su plena satisfacción, pues se está limitando de manera desproporcional estos derechos y con ello la vulneración de los demás derechos fundamentales.

En ese sentido, como nos dice Atienza Rodríguez, el Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo. [...] Atribuir una especial importancia a la interpretación entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica. Y otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin desconocer por ello los valores del «legalismo»; el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo, o del jurista post-positivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales (Castillo Córdova, 2018, p. 29).

las uniones homoafectivas, en nombre del principio de la dignidad humana y del derecho a la igualdad y no discriminación.

Es claro que las uniones homoafectivas no cuentan con regulación normativa, jurisprudencial ni legal, ni existen atisbos de regulación; entonces, sin una regulación adecuada no se puede garantizar el pleno ejercicio de los mismos; en ese contexto lo que se busca en primer término es regularlo y como consecuencia lógica se garantizaría el pleno ejercicio de estos derechos, más aun si se cuenta con respaldo del Estado Constitucional de Derecho, los instrumentos internacionales⁽⁵⁾, la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, la legislación internacional⁽⁶⁾ que lo ha regulado de manera basta y extensa.

Al regular las uniones homoafectivas, la lógica consecuencia es la protección de los derechos que vienen inmersos en ella; en la actualidad, la situación de los bienes (patrimonio) y obligaciones de las personas que están inmersas dentro de las uniones homoafectivas, es de incertidumbre; a esto se suma la nula regulación de su situación como tal y demás que de ellos deriven.

En nuestro Sistema Sustantivo Civil, no existe ningún tipo de previsión legislativa que fije parámetros entorno al patrimonio de los integrantes de las uniones homoafectivas.

Ahora bien, los miembros de la unión homoafectiva podrían pactar convencionalmente, con ciertas limitaciones la manera en que se establezca un contrato de convivencia, entorno al patrimonio y a las obligaciones, en relación a los derechos patrimoniales se puede pactar entorno a la propiedad, que estos tienen el derecho al 50 % del patrimonio adquirido dentro de la convivencia homoafectiva; aunado a ello, es viable legitimar a los miembros a solicitar una pensión alimenticia a la resolución, disolución u otras circunstancias o cuando uno de ellos no tenga la posibilidad para subsistir, el que debe ser establecido por un periodo de tiempo,

- (5) Artículo 2, inciso 1 y 26 del El Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. Artículo 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 1, inciso 1 y 2; y, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1 y 5 de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e intolerancia.
- (6) Por citar algunos, Italia a través de la Ley N.º 76 del 20 de mayo de 2016; Uruguay a través de la Ley N.º 18.246; y, México mediante la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

en función a la duración de la convivencia o en su defecto por el plazo límite de 2 años; es procedente también la propuesta entorno a los derechos sucesorios a la muerte de uno de los miembros.

Entonces, los cohabitantes pueden regular las relaciones vinculadas con su vida en común con la suscripción de un contrato de convivencia; las que pueden efectuarse: por escrito, bajo pena de nulidad; y, por escritura pública o escritura privada con suscripción firmada por un notario que certifica su cumplimiento de las reglas imperativo y al orden público.

La unión homoafectiva es un acto efectuado por dos personas de diferente sexo, mayores de edad, con plena capacidad de uso, goce y disfrute de todos sus derechos, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua. Esta unión va a generar efectos frente a terceros al ser inscrita. Las causales de extinción de las uniones homoafectivas son claras, en ese sentido, la unión se extinguiría por: mutuo acuerdo; muerte de uno de los miembros; por matrimonio de uno de los integrantes, muerte de uno de los miembros de la relación; e, incumplimiento de alguna de las cláusulas o condiciones previamente establecidas en el contrato.

Las uniones homoafectivas deben tener regulación dentro de nuestro sistema sustantivo civil a través de los contratos de convivencia, pues no existe fundamento para dejarlas de lado, máxime si los Estados deben implementar las medidas necesarias para proteger derechos de estas minorías y por consiguiente la adecuada protección de sus derechos y la proscripción de la discriminación, por tanto, fundamentos retrógrados no pueden ser justificación para su regulación; asociado a ello, se ha establecido también que la igualdad y no discriminación se condicen con la dignidad humana, las que es base y fundamento del orden público y por ende del Estado.

Ahora bien, bajo ese análisis, es perfectamente procedente la regulación de este fenómeno; pues, nuestro Ordenamiento jurídico, protector de relaciones y vínculos jurídicos no debe tutelar simples o puros valores en sí mismo, sino situaciones concretas presentadas en nuestra sociedad.

Producto de esta situación, es evidente la vulneración de los derechos de estos miembros; pues es innegable que estos existen en nuestro país, y que producto de esta pandemia, uno de los miembros puede no hacer efectivos sus derechos, por ejemplo a la muerte de uno de los miembros, uno de ellos no tendría derechos sucesorios o si uno de ellos sufre de alguna enfermedad el otro no puede tener o gozar de un derecho de seguridad social, solo es una muestra de los derechos que se verían efectuados, por ello es que se reclama su pronta regulación bajo esta fórmula jurídica.

VI. Conclusiones

1. La regulación de las uniones homoafectivas, obedece a una necesidad de promoción y protección del derecho a la igualdad y no discriminación; asimismo, garantizar el ejercicio de determinados derechos patrimoniales y obligacionales.
2. La regulación de las uniones homoafectivas a través de un contrato dentro de nuestro Derecho sustantivo civil se sustentan en la dignidad humana, base del derecho a la igualdad y no discriminación, por cuanto, la falta de regulación normativa resulta perjudicial a la dignidad de la persona, la que es inherente a ella y como consecuencia de ello se está discriminando por razón de la orientación sexual.
3. La falta de regulación a estas minorías, ha traído inevitablemente afectación de derechos; pues uno de los miembros, pese a la existencia de esa relación, no puede tener acceso a determinados derechos establecidos en el ordenamiento jurídico peruano.
4. Los efectos jurídicos de la COVID-19 son transversales; empero, hay una minoría que no se está tomando en cuenta; y que en efecto la afectación de sus derechos son bastos; entonces merece un análisis más allá que académico; sino por el contrario debe dar un análisis más a fondo y poder regularlas.

VII. Lista de referencias

- AÑON, M. J. s/a. *derechos fundamentales y Estado Constitucional*. http://drept.unibuc.ro/dyn_doc/relatii-internationale/cds-public-2015-Estado-Constitucional.pdf
- BUSTAMANTE OYAGUE, E. (2015). *Análisis sistemático del Código Civil a tres décadas de su promulgación* (coordinador Juan Espinoza Espinoza). Primera edición. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. (2018). *Los precedentes vinculantes del tribunal constitucional*. 3.^a ed. Gaceta Jurídica.
- CHANAMÉ ORBE, R. (2019). *Tratado de derecho constitucional*. Primera edición. Lima: Pacífico editores S.A.C.
- CHUNGA CHÁVEZ, C. (2003). Alimentos. En *Código Civil Comentado*. (t. 3). Primera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- GÓMERA JUÁREZ, S. (2018). El caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile: Sobre la relación entre derechos, razonamiento judicial y estereotipos. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4734/5.pdf>

- LANDA, C. (2006). *Los Derechos Sexuales y Reproductivos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*. Recuperado de http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_142.13.pdf
- MEDINA, G. (S/A). *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Argentina: Rubin - Culzoni EDITORES. Recuperado de <file:///C:/Users/HP/Downloads/Graciela%20Medina-%20Los-homosexuales-y-el-derecho-a-contraer-matrimonio-.pdf>
- MESÍA RAMÍREZ, C. (2018). *Los derechos fundamentales. Dogmática y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- OSTERLING PARODI Y CASTILLO FREYRE, (S/A). *Algunos conceptos sobre la teoría general de las obligaciones*. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Algunos%20conceptos%20sobre%20la%20teoria%20general%20de%20obligaciones.pdf>
- VARI ROPIGLIOSI, E. (2011). *Tratado de derecho de familia, matrimonio y uniones estables*. (t. 2) (2^a ed.) Lima: Editorial, Gaceta jurídica S.A. Recuperado de http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/5231/Vari_matrimonio_union_estables.pdf?sequence=3&isAllowed=y

(2011). *Tratado de derecho de familia*. (t. 2). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.