

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

**“LA CAUSAL DE DIVORCIO POR HOMOSEXUAL SOBREVENIDA Y LA
VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN, EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”**

Área de Investigación:

Derecho Procesal .

Autora:

Br. Diana Mariela Rodríguez Chamba

Jurado Evaluador:

Presidente: Ortecho Aguirre De Infante, Rocio Belu

Secretario: Rincon Martínez, Angela

Vocal: Albornoz Verde, Miguel

Asesor:

Cruz Vegas, Ruben Alfredo

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8697-4468>

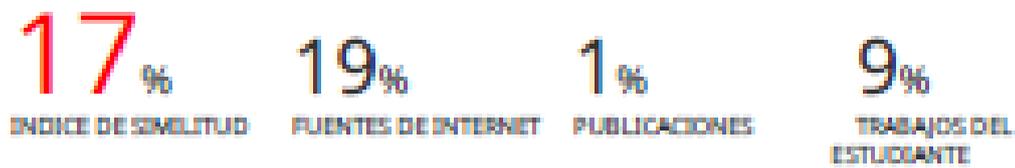
PIURA – PERÚ

2023

Fecha de sustentación: 2023/11/28

LA CAUSAL DE DIVORCIO POR HOMOSEXUAL SOBREVENIDA Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	8%
2	repositorio.uladech.edu.pe Fuente de Internet	2%
3	vsip.info Fuente de Internet	2%
4	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	Submitted to Universidad Católica San Pablo Trabajo del estudiante	1%
6	repositorio.ucp.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	Submitted to Universidad Tecnológica Indoamerica Trabajo del estudiante	1%
8	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	1%

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 1%

Excluir bibliografía

Activo

Declaración de Originalidad

Yo, Ruben Alfredo Cruz Vegas, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada “LA CAUSAL DE DIVORCIO POR HOMOSEXUAL SOBREVENIDA Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”, autor Diana Mariela Rodríguez Chamba, dejo constancia de lo siguiente:

- *El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 17%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 14 de diciembre del 2023.*
- *He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.*
- *Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.*

Piura, 14 de diciembre del 2023

Cruz Vegas, Ruben Alfredo.
DNI: 42664438
ORCID: 0000-0002-8697-4468
Firma:



RODRIGUEZ CHAMBA DIANA MARIELA
DNI: 75501188
FIRMA:



DEDICATORIA

Dedico esta tesis a Dios por guiarme en el buen camino para culminar mis estudios pre-profesionales y seguir avanzando con los objetivos trazados en mi profesional.

A toda mi familia, por el esfuerzo, paciencia y apoyo brindado a lo largo de la proyección y materialización de este trabajo de investigación.

A mí por ser una persona constante para elaborar y cumplir con mis propósitos de vida y ver forjadas todas mis metas.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Privada Antenor Orrego por la formación académica y los valores inculcados para mi desempeño profesional.

Al Doctor Ruben Alfredo Cruz Vegas por haberme guiado académica y profesionalmente para ser la guía de esta investigación.

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se ha buscado problematizar sobre una de las causales de divorcio que existen tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico familiar peruano; específicamente la causal de “homosexualidad sobrevenida”. En tal sentido, a partir de las nociones básicas de divorcio, de los sistemas divorcistas; y de las diversas concepciones a favor o en contra que sobre el presente tema existen, se ha logrado entender dicha institución jurídica.

No obstante, en la siguiente tesis también se ha abordado el tema de la homosexualidad y algún impacto que esta pueda tener en nuestro sistema normativo familiar nacional, sobre todo el abordaje que este fenómeno ha tenido como causal de separación de cuerpos y también del divorcio.

De ahí que, en estricto, nosotros también hallamos hecho una labor de exégesis respecto a la causal ya antes mencionada; pero contrastándola; o, mejor dicho, mirándola desde el tamiz constitucional; pues, hemos analizado tal causal desde el principio de no discriminación.

En tal sentido, la presente investigación ha pretendido demostrar que esta causal de la que venimos hablando, atenta frontalmente contra aquel principio constitucional al cual ya nos refiriéramos.

Por eso, es que después de aplicar diversos métodos de investigación jurídica y con ayuda de las técnicas e instrumentos de investigación indicados y adecuados, hemos podido llegar a demostrar el objetivo general planteado en la presente tesis.

Palabras claves: Matrimonio, divorcio, homosexualidad, igualdad y discriminación.

ABSTRACT

In the present research work, we have sought to problematize one of the grounds for divorce that exist typified in our Peruvian family legal system; specifically the cause of "supervening homosexuality". In this sense, from the basic notions of divorce, of the divorce systems; and from the various conceptions in favor or against that exist on this subject, it has been possible to understand said legal institution.

However, the following thesis has also addressed the issue of homosexuality and any impact that it may have on our national family normative system, especially the approach that this phenomenon has had as a cause of separation of bodies and also of divorce.

Hence, strictly speaking, we have also done a work of exegesis regarding the causal already mentioned above; but contrasting it; or, rather, looking at it from the constitutional sieve; Therefore, we have analyzed such grounds from the principle of non-discrimination.

In this sense, the present investigation has tried to demonstrate that this causal of which we have been speaking, attacks frontally against that constitutional principle to which we already referred.

For this reason, it is that after applying various legal research methods and with the help of the indicated and adequate research techniques and instruments, we have been able to demonstrate the general objective set forth in this thesis.

Keywords: Marriage, divorce, homosexuality, equality and discrimination.

PRESENTACIÓN

Mediante la presente, les saludo muy cordialmente y al mismo tiempo pongo bajo su evaluación, el presente trabajo de investigación titulado:

“LA CAUSAL DE DIVORCIO POR HOMOSEXUAL SOBREVENIDA Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”

Mediante la cual pretendo titularme como abogada, después de una adecuada sustentación y defensa de la misma, defensa esta última que estará acompañada incluso de las agudas preguntas que ustedes tengan a bien efectuar.

Atte.

Br. Diana Mariela Rodríguez Chamba

Tabla de contenido

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
PRESENTACIÓN	v
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.2. OBJETIVOS	6
1.2.1. Objetivo General:	6
1.2.2. Objetivo Específicos:	6
II. MARCO DE REFERENCIA	7
2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO	7
2.2. MARCO TEORÍCO	9
CAPÍTULO I	9
MATRIMONIO Y EL DIVORCIO	9
Subcapítulo I.....	9
El Matrimonio	9
Subcapítulo II	12
El Divorcio	12
A. Concepto	12
B. Naturaleza jurídica	12
C. Características	13
D. Efectos	13
1. En cuanto a los cónyuges	13
2. En cuanto a los hijos	14
E. Teorías sobre el divorcio	15
1. Divorcio sanción	15
2. Divorcio remedio	15
F. Causales del divorcio	16
1. Características	17
2. Clases	17
G. Causales y deberes del matrimonio	18
H. Tipos de causales	19
1. Adulterio	19

2.	Violencia física o psicológica	20
3.	Atentado contra la vida del cónyuge	20
4.	Injuria grave.....	21
5.	Abandono injustificado de la casa conyugal	21
6.	Conducta deshonrosa	22
7.	Toxicomanía	22
8.	Enfermedad grave de transmisión sexual.....	22
I.	Homosexualidad.....	23
1.	Concepto	23
2.	Definición	23
3.	Elementos	23
4.	Clasificación.....	23
5.	Caducidad	23
6.	Prueba.....	23
7.	Causal de inexistencia de matrimonio	24
8.	Causal de anulabilidad o separación / divorcio.....	25
9.	Homosexualidad como causal de separación de cuerpos y divorcio	25
10.	Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años	25
11.	Imposibilidad de hacer vida en común.....	26
12.	Separación de hecho	26
13.	Separación convencional	27
CAPÍTULO II.....		28
EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN		28
A.	El derecho a la igualdad	28
1.	Fases de igualdad	29
a)	Igualdad formal	29
b)	Igualdad material	30
B.	Principio de no discriminación.....	30
2.3.	MARCO CONCEPTUAL.....	31
2.4.	SISTEMA DE HIPOTESIS.....	31
III.	METODOLOGÍA EMPLEADA	32
3.1.	TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	32
3.1.1.	De acuerdo a la orientación o finalidad:	32
3.1.2.	De acuerdo a la técnica de contrastación:	32

3.1.3. De acuerdo al enfoque de investigación:	32
3.2. Población y muestra.....	32
3.2.1. Población:	32
3.2.2. Muestra:	32
3.3. Métodos	32
3.3.1. Analítico:	32
3.3.2. Inductivo:.....	33
3.3.3. Exegético:	33
3.3.4. Dogmático:.....	33
3.4. Diseño de contrastación:	33
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	34
3.5.1. Análisis documental:.....	34
3.5.2. Observación.....	34
3.6. Procesamiento y análisis de datos	34
IV. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....	35
4.1. ANÁLISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS	35
V. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	43
CONCLUSIONES	46
RECOMENDACIONES	48
Referencias	49

I. INTRODUCCIÓN

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Nuestra Constitución política, en consonancia con las demás cartas magnas del mundo, regula en su artículo 2 inciso 2 el Derecho a la igualdad ante la ley, el mismo que prescribe que:

*“Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, **sexo**, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.*

Como se ve es nuestra misma carta magna la que de manera muy taxativa y elocuente expresamente regula este derecho.

Es más, tal principio no solo pertenece al ámbito nacional, sino que; el mismo, tiene asidero internacional como por ejemplo en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹. Del mismo modo tenemos el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos², el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos³ y el artículo 2(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴.

En ese contexto, resulta pues rechazable cualquier signo o nota discriminatoria tanto dentro o fuera de nuestro sistema jurídico;

¹.- “El artículo 26 establece: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

².- “El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

³.- “El artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, supra, establece: El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación”.

⁴.- “El artículo 2(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño (A/Res/44/25), adoptada el 20 de noviembre de 1989, establece: Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

por ello, resulta imperioso, que nosotros, como estudiantes de Derecho, nos mantengamos vigilantes ante el más mínimo atisbo de este cáncer humano. Lo que nos llevaría a forjar una conciencia denunciante de toda aquella práctica discriminatoria. En este sentido, nuestro tema de investigación parte por cuestionar la causal de divorcio por homosexualidad sobrevenida, regulada en el inciso 9 del artículo 333 de nuestro Código Civil; pues según lo prescrito en esta norma, ***la homosexualidad por sí misma sería una causal de divorcio; es decir, basta que se verifique tal condición u opción sexual para que se haya configurado la causal de divorcio,*** antes mencionada.

Respecto a **esta causal**, cabe precisar que esta fue incorporada con la dación del Código Civil de 1984, pues en los anteriores códigos, estaba incluida dentro de la conducta deshonrosa, por ejemplo. Así pues, esta causal se encuentra sustentada en la pérdida de atracción heterosexual en la pareja dirigiendo sus afinidades sexuales hacia personas del mismo sexo, lo que afectaría indudablemente la relación de pareja al punto de tornar imposible la convivencia, aunque la norma no lo detalle de esa manera⁵. Esto último resulta muy importante de destacar, pues tranquilamente podríamos asumir que esta “así llamada causal de divorcio por nuestro Código Civil”, tranquilamente estaría enmarcada en cualquier otra de las causales prescritas por el mismo código.

Cabe señalar que la causal de homosexualidad es una causal objetiva, ya que no implica juzgar sobre el motivo o causa que la

⁵- Varsi Rospigliosi, E. (2011). Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y uniones estables. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

generó, sino únicamente, la comprobación del supuesto de homosexualidad sobreviniente al matrimonio⁶.

Ahora, si bien es cierto que la relación heterosexual es indispensable para el fin reproductor dentro del matrimonio, no resulta coherente con un Estado democrático como el nuestro que una simple orientación o preferencia (como quiera ser llamada) sexual, esté regulada como una causal de divorcio.

Aquí queremos ser enfáticos a efectos que **no se distorsione la idea de nuestra investigación; pues nosotros estamos diciendo que lo que resulta atentatorio contra el derecho a la no discriminación es la causal en sí misma (la homosexualidad sobrevinida)**; pues teniendo en cuenta que el fin principal del matrimonio es la procreación, el hecho de que uno de los cónyuges sea homosexual impediría tan vital finalidad. En tal sentido, **lo que nosotros estamos pretendiendo dar a conocer a es que una causal basada en una orientación sexual, sea tomado como algo negativo y pueda así calificar como una causal de divorcio.**

En tal sentido, **nosotros no estamos diciendo que si dentro de la relación conyugal, uno de los cónyuges se vuelve homosexual, el otro está condenado a soportar tal orientación sexual de su aún pareja; pues, de darse dicha situación, el otro cónyuge tranquilamente podría alegar cualquiera otra de las causales reguladas por nuestra codificación civil,** como por ejemplo la tipificada en el inciso 4 “la injuria grave que haga insoportable la vida en común”; o, la del inciso 6, “la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común”; o, también, la tipificada en el inciso 11, la misma que prescribe “la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente comprobada en juicio”, esta última sobre todo, ya

⁶.- Canales Terrones, C. (2013). La homosexualidad sobreviniente al matrimonio como causal de separación de cuerpos y divorcio. En: AA.VV. El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica.

que es natural que en una pareja haya atracción sexual; y, si esta desaparece, ya sería insostenible la relación marital.

En ese mismo orden de ideas, tener contemplada una norma como **la prescrita en el inciso 9 del artículo 333 (ojo, nos referimos a la causal en sí misma)**, resulta absolutamente ilógico e irracional, pues bajo el mismo razonamiento se podía legislar como causal de divorcio la del cónyuge que después de haber contraído nupcias se vuelva musulmán o ateo, por el simple hecho objetivo de profesar estas religiones; sin embargo, puede resultar como consecuencia de estas orientaciones o preferencias religiosas que tal cónyuge ponga en peligro la vida del otro o le cause violencia física o psicológica; o, le cause injuria grave, que haga insoportable la vida en común, así como caiga en conducta deshonrosa; en estos caso, el cónyuge perjudicado fácilmente podría invocar cualquiera de las causales que están válidamente habilitadas según el antes mencionado artículo 333 antes acotado.

De lo hasta aquí mencionado podríamos afirmar que dado que el derecho a la igualdad protege a todos aquellos que se encuentran en una situación semejante o comparable, el trato distinto debe explicarse por la apreciación objetiva de situaciones de hecho esencialmente diferentes⁷; situación que no se percibe en el inciso 9 del artículo 333 del código civil peruano.

Finalmente, nuestra idea de investigación cobra alto valor académico, cuando hace poco incluso ha sido objeto de comentario por el propio profesor especialista en estos temas de familia Manuel Bermúdez Tapia, en la revista jurídica Gaceta de Familia de setiembre del 2021; quien en un interesante estudio titulado “La inconstitucionalidad de la homosexualidad

⁷.- Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. Francisco J. Eguiguren Praeli. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15730/16166>. El 04 de Febrero del 2018.

sobrevenida como causal de divorcio”, en el que analiza diversas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional (STC N°139-2013-PA/TC, 6040-2015-PA/TC); y, algunos casos de derecho internacional ventilados en el sistema interamericano de derechos humanos, como por ejemplo: Caso Atala Rifo y niñas vs. Chile, Caso Flor Frire vs. Ecuador; Caso Duque vs. Colombia, entre otros.

En tan interesante artículo, el autor, termina concluyendo lo siguiente:

“La homosexualidad sobrevenida no puede ser admitida como una causal para la separación de cuerpos y divorcio en forma sucesiva o autónoma, porque la condición de género no puede establecer una situación que afecta la naturaleza de la dignidad de la persona humana, al generarse una situación negativa que provoca la condición equivalente de daño en otra persona que, en términos prácticos, tampoco puede demostrar una referencia íntima porque su propia realidad no pudo haber sido expuesta a tal nivel que no haya podido evaluar las características de su esposo”.

Como se puede advertir, el tema de investigación que hoy ponemos a vuestra disposición, no es algo que en el vacío se nos haya ocurrido; sino que ya viene siendo objeto de debate en el campo dogmático y hasta jurisprudencial, de ahí que nos aventuremos a formular la siguiente pregunta de investigación:

¿De qué manera la causal de divorcio por homosexual sobrevenida, contemplada en el inciso 9 del artículo 333 del código civil, atenta contra el principio constitucional de no discriminación?

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo General:

Demostrar de qué manera la causal de divorcio por homosexual sobrevenida, contemplada en el inciso 9 del artículo 333 del código civil, atenta contra el principio constitucional de no discriminación.

1.2.2. Objetivo Específicos:

1. Indicar el tratamiento legislativo, doctrinario y jurisprudencial que tiene la homosexualidad en nuestro ordenamiento jurídico.
2. Determinar los alcances jurídicos del principio de no discriminación en el ordenamiento jurídico peruano.
3. Proponer la derogación de la causal de divorcio por homosexualidad sobrevenida en el Código Civil peruano.

II. MARCO DE REFERENCIA

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

(Cáceres Varas, 2017), realizó su investigación denominada “La aprobación de la unión civil y la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de acuerdo a la percepción de la comunidad LGBTI, Perú-2017”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, por la Universidad César Vallejo – Chimbote, en la que concluye:

- “Referido a los motivos que promueven una mayor vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de la comunidad LGBTI, se puede concluir que son las diversas creencias y afiliaciones religiosas el principal motivo tras el que se escudan determinadas personas para promover la discriminación de las personas no heterosexuales, aun cuando no deberían tener influencia alguna en las cuestiones legales al interior de países autoproclamados como laicos”.

(Jicaro Upiachihua A. S., 2020), investigo: “La falta de Regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú y la vulneración del derecho a la igualdad”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogada, por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya – Lima, en la que concluye:

- “Al no encontrarse regulado el matrimonio entre personas homosexuales, se excluye a dicho grupo, quienes piden tener los mismos derechos que los heterosexuales, por lo que, se debe regular el matrimonio igualitario teniendo como referencia principios, normas internacionales y el Derecho comparado donde se promueve y regula la igualdad de derechos y obligaciones entre todas las personas”.

- “La no regulación normativa del matrimonio de personas del mismo sexo no se condice con el desarrollo del test de proporcionalidad realizado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N°0606-2004-AA/TC, debido a que se estaría vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual. La igualdad de las personas ante la ley implica, además, el derecho de contraer matrimonio y con ello, los deberes y obligaciones que de ello deriven”.

(Pozo Espejo, 2017), investigo “El Homosexualismo oculto del contrayente como causal de divorcio en el Perú”, Tesis para optar el Grado Académico de Doctora en Derecho, por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega -Lima, en la que concluye que: “La homosexualidad latente, cuyas manifestaciones no son continuas es un factor que va a incidir plenamente como causal de divorcio en el Perú”

2.2. MARCO TEORÍCO

CAPÍTULO I MATRIMONIO Y EL DIVORCIO

Subcapítulo I

El Matrimonio

El matrimonio es una sociedad y un contrato, siendo que el matrimonio se realiza entre el hombre y la mujer en sociedad, con el fin de la procreación y educación de la prole, la vida en común y la recíproca ayuda en orden a la búsqueda de todo aquello que es necesario para la existencia. (Ugarte Godoy, 1989)

Por ser marido y mujer dos seres ordenados a una misma función o finalidad, en la que quedan implicadas por completo su persona y su actividad, como es la generación de nuevos seres que continúen su vida, esta debe ser común.

El matrimonio, como contrato, es el acuerdo, pacto o convenio por el cual los esposos forman voluntariamente la sociedad conyugal. Se suele llamar al matrimonio como contrato matrimonio *In Fieri*, una expresión latina con significado “en cuanto es hecho” o “producido”, “originado” o “causado”, esta denominación connota, entonces, el carácter de origen de matrimonio como contrato respecto de la sociedad conyugal, la que a su vez suele llamarse matrimonio *in facto*. (Ugarte Godoy, 1989)

Para (Girgis, George, & Ryan, 2020), el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer quienes contraen un compromiso permanente y exclusivo respecto del uno para el otro, el cual se encuentra inherentemente realizado en plenitud mediante generación y crianza conjunta de los niños. Los cónyuges sellan (consuman) y renuevan su unión por medio de actos conyugales,

es decir, actos que son constitutivos de la parte conductual del proceso reproductivo, de tal forma que se unen como una sola unidad reproductiva.

El Código Civil, define al matrimonio como: “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, a fin de hacer vida en común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”.

Un primer elemento, para la ley condición indispensable, para la celebración y la vigencia del matrimonio y de aceptación y exigencia no solamente peruana, sino universal, es la voluntad de los cónyuges. Es más, el código se refiere a la voluntad concertada entre los contrayentes, anulando toda posibilidad de que el matrimonio pueda corresponder a conveniencias de otro tipo que no sean las fundadas en el sentimiento de la pareja. La regla general es que la institución del matrimonio únicamente es posible de constituir y mantener si por parte del marido y la mujer, existe y persiste ánimo favorable para garantizar la vigencia de la relación y los efectos jurídicos que de ella se derivan.

“El matrimonio es el más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada. Se diferencia de los otros contratos, en que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son reglados para las convenciones de las partes, sino que son materia de la ley civil, la cual los interesados, sea cual fuere la declaración de su voluntad, no puede alterar en caos alguna. El matrimonio confiere el estado de la legitimidad de los hijos que nazcan y los derechos, deberes, relaciones y privilegios que de

ese estado se originan (...), en una palabra, domina todo el sistema de la sociedad civil" (Ferrer, 1979)

Subcapítulo II

El Divorcio

A. Concepto

El divorcio es “la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial, fundada en cualquiera de las causales previstas taxativamente por el ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe ser declarado expresamente por el órgano jurisdiccional competente, previo proceso iniciado por uno de los cónyuges”. (Castillo Freyre & Torres Maldonado, 2013)

(Díez Picazo & Gullón, 1990), señalan que: “el divorcio es una decisión del Estado dictada en sus tribunales, previa acción y proceso contradictorio, dado que no puede existir un derecho individual y libérrimo de la persona a la recuperación de su libertad, pues ello sería semejante a los repudios”. Continúa señalando el autor que “tampoco es posible un divorcio por decisión unilateral, es necesario apoyarse en una causa legítima tipificada”.

Sin embargo, a nivel jurisprudencial, se señala que: “El divorcio consiste en la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, poniéndose fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial” (Disolución del vínculo matrimonial., 2003)

B. Naturaleza jurídica

Es un acto jurídico familiar que extingue la relación conyugal. (Varsi Rospigliosi E. , 2011)

C. Características

Para (Varsi Rospigliosi E. , 2011), considera que el divorcio como institución de derecho de familia tiene las siguientes características:

- “Es una institución que no es promovida por el ordenamiento jurídico peruano, tomando en cuenta el principio de promoción y conservación del acto matrimonial. Así pues, se establecen causales cerradas y taxativas en virtud de las cuales se pueda acceder a esta institución de familia”.
- “Implica la disolución jurídica definitiva del vínculo conyugal”.
- “Cuando no hay acuerdo de voluntades debe establecerse una causal. Cuando hay acuerdo de voluntades la disolución del vínculo conyugal se obtiene de manera indirecta, luego de un periodo de separación de cuerpos”.
- “Respecto de la filiación genera el desdoblamiento de los elementos de la patria potestad como tenencia y el régimen de visitas”.

D. Efectos

1. En cuanto a los cónyuges

- “Disolución, la ruptura, la extinción del vínculo matrimonial”;
- “Cesa la obligación alimentaria entre ellos, aunque puede subsistir por acreditarse la imposibilidad para subvenir a sus necesidades”;
- “Causal de extinción del régimen de sociedad de gananciales”,
- “Pérdida por el cónyuge culpable de los gananciales que proceden de los bienes del inocente”;
- “Provoca la extinción de la vocación hereditaria entre ellos”;

- “Posibilita que el cónyuge inocente exija una indemnización por el daño moral. Así pues, la indemnización del daño moral al cónyuge inocente solo resultará amparable cuando exista daño moral resarcible, producto del menoscabo de los intereses jurídicos del cónyuge inocente en su esfera de derechos de la personalidad, ocasionados por las acciones o conductas atribuibles al cónyuge culpable del divorcio, a la luz del artículo 351 del Código Civil”.
- “Desaparece el parentesco por afinidad entre cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 237 del Código Civil, lo dicho no rige para el parentesco en línea recta (suegros y otros ascendientes, y descendientes del excónyuge). También subsiste la afinidad colateral de segundo grado (cuñados y cuñadas) y esta última se mantiene hasta el fallecimiento del excónyuge”.
- “El derecho de la mujer de llevar y conservar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio, si así lo hubiese hecho al casarse, de conformidad con el artículo 24 del Código Civil”.

2. En cuanto a los hijos

Los efectos son análogos a los de la separación de cuerpos de conformidad con el artículo 355 del Código Civil.

- Patria potestad, tenencia y régimen de visitas
- Alimentos

E. Teorías sobre el divorcio

1. Divorcio sanción

El llamado divorcio sanción, “es donde se busca un responsable para luego imponer una sanción, siendo el fin del divorcio sanción, en la cual se relaciona o tiene especial fundamento en uno o varios incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales imputables para uno de los cónyuges, que conlleva a la finalidad del matrimonio, lo que amerita que el cónyuge afectado y con el legítimo interés para accionar la demanda de divorcio”. (Varsi Rospigliosi E. , 2011)

(Gómez Ramos, 2015) sostiene que “los conceptos de “culpable” e “inocente”, son a todas luces in parejas desavenidas. No logra la aplicación suficiente para comprender las crisis de las de estas categorías tradicionales otra cosa que agudizar los conflictos sin resolverlos, pues instala a los esposos en un campo de batalla, en un terreno de confrontación, en el que se sacaran a relucir las miserias de otro, o, terminaran inventándolas para conseguir el divorcio. Este problema se agrava con la forma adversarial y litigiosa como está diseñado el proceso civil, en cuya atmósfera los interesados represen tan nada más que partes contendientes”.

2. Divorcio remedio

Cuando la convivencia se torna intolerable, sin culpa de las partes, este divorcio busca una salida de crisis.

(Chuquipoma Rios, 2021), sostiene que “La aludida teoría del divorcio remedio, busca la posibilidad de ponerle fin al matrimonio de manera menos gravosa para los cónyuges y su entorno familiar, pues es visto como una salida de un conflicto conyugal, es decir frente al fracaso matrimonial,

dando solución a una situación conflictiva, lo rescatable, del divorcio remedio es que busca dar una explicación del porqué del decaimiento del vínculo matrimonial, sino importa la ruptura entre los casados”.

Sin embargo, (Gómez Ramos, 2015), manifiesta que “es un divorcio objetivo por cuanto no busca juzgar las causas del fracaso matrimonial”.

(Chuquipoma Rios, 2021), concluye que: “La teoría del divorcio remedio tiende a la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos. Mientras que el divorcio remedio no indaga el fracaso del matrimonio, ni a quien es imputable tal o cual, hecho, lo que sí importa es que se ha generado una ruptura conyugal, la cual se pone de manifiesto ante la imposibilidad de desarrollar las funciones que envuelven al matrimonio”

F. Causales del divorcio

Las causales son conductas antijurídicas que atentan contra la paz conyugal. Es todo acto u omisión, doloso o culposo, imputable al cónyuge que daña la confianza y respeto matrimonial, permitiendo al cónyuge inocente utilizarla como sustento para requerir la separación de cuerpos o el divorcio. (Varsi Rospigliosi E. , 2011)

Siendo su naturaleza jurídica de la causal de divorcio involucra un hecho ilícito en tanto importa la violación de deberes emergentes del matrimonio.

1. Características

Para (Varsi Rospigliosi E. , 2011) cita a (Méndez Costa & D'Antonio, 2001) y señalan que las causales tienen caracteres especiales: y son:

- “Son de orden público. No pueden desconocerse, modificarse o suprimirse en virtud de la autonomía de la voluntad”.
- “Son determinadas por el juez, por lo que deben ser acreditadas en un proceso judicial”.
- “Se rigen por los principios de taxatividad, gravedad, imputabilidad, invocabilidad, no exclusión entre sí, acreditación probatoria y referencia a hechos posteriores al matrimonio y el de no absorción de una causal por otra”.
- “Son de orden expreso, taxativo; solamente pueden invocarse causales expresamente establecidas por el ordenamiento jurídico. Son autónomas al estar reguladas taxativamente en la ley, los mismos hechos no pueden sustentar dos o más causales”.

2. Clases

(Varsi Rospigliosi E. , 2011), manifiesta que existen 4 clases de clases de causalidades y pueden tener una tipología especial y variada y puede ser:

- **Directas**, “cuando la acción va dirigida específicamente contra el otro cónyuge. Atentado contra su vida, violencia e injuria”.
- **Indirectas**, “cuando la conducta de un cónyuge repercute en el otro. Adulterio, homosexualidad, condena por delito doloso, abandono injustificado, conducta deshonrosa, uso de drogas y enfermedad venérea”.
- **Objetivas**, “aquella que no implica juzgar sobre el motivo o causa que la generó. Separación de hecho,

homosexualidad, condena por delito doloso, enfermedad venérea”.

- **Subjetiva**, “aquella implica juzgar sobre el motivo o causa que la generó. Adulterio, abandono injustificado, conducta deshonrosa, uso de drogas, imposibilidad de hacer vida en común”.

G. Causales y deberes del matrimonio

El matrimonio genera una serie de deberes como son: la fidelidad, cohabitación, asistencia, participación y cooperación en el gobierno del hogar y respeto mutuo. Estos, cuando se ven afectados, generan un debilitamiento o la ruptura del vínculo conyugal.

Sin necesidad de ser categóricos los deberes incumplidos generan las siguientes causales.

Causales	Deberes incumplidos
Adulterio	Fidelidad
Violencia física o psicológica	Respeto mutuo
Atentado contra la vida	Respeto mutuo
Injuria grave	Respeto mutuo
Abandono injustificado de la casa conyugal	Cohabitación, asistencia y participación y cooperación en el gobierno del hogar.
Conducta deshonrosa	Respeto mutuo
Uso de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.	Cohabitación, asistencia y respeto mutuo
Enfermedad grave de transmisión sexual.	Cohabitación, asistencia y respeto mutuo.
Homosexualidad	Respeto mutuo
Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años	Cohabitación, asistencia, participación y cooperación

	en el gobierno del hogar y respeto mutuo.
Imposibilidad de hacer vida en común	Respeto mutuo
Separación de hecho	Cohabitación, asistencia y participación y cooperación en el gobierno del hogar.

H. Tipos de causales

Según el código civil, en el artículo 333, establece 13 causales, sin embargo, se ahondará con mayor profundidad en la causal que es tema de investigación.

1. Adulterio

El deber de fidelidad surge del matrimonio. El Código declara como principio inflexible que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad, artículo 288, entendido el término in extenso como la lealtad conyugal. Fidelidad es sinónimo de fe, buena conducta y entrega. Prima el decoro, el compromiso de abstenerse frente a cualquier acto comprometedor o lesivo contra la dignidad marital. Su fin es la relación monogámica en la que el débito conyugal es exclusivo para con el otro cónyuge y excluyente de las demás personas. (Varsi Rospigliosi E. , 2011)

(Varsi Rospigliosi E. , 2004), señala que: “No todo trato infiel implica un adulterio. Este tiene dos componentes independientes en los que se estructura: i) la infidelidad, mantener una relación sexual coital con una persona que no es cónyuge, y; ii) la paternidad disgregada, procreación del cónyuge fuera del matrimonio. (La inseminación no consentida implicaría una especie de adulterio –teleadulterio o adulterio a distancia– en el que, a pesar de no haberse realizado la cópula sexual se ha

cumplido con la finalidad de esta: tener descendencia de una persona distinta al cónyuge)”.

2. Violencia física o psicológica

La violencia física está referida a los daños corporales que sufre un cónyuge por la acción del otro. La consideración de esta causal es independiente del juzgamiento que procedería realizar en sede penal por las lesiones sufridas, sea por configurarse un delito o una falta con la integridad o salud de la persona. (Varsi Rospigliosi E. , 2011)

La violencia psicológica está referida a los daños mentales, espirituales que se infligen a un cónyuge por la conducta del otro. El daño psíquico consiste en la alteración, modificación, perturbación o menoscabo del equilibrio mental del cónyuge, generalmente permanente y de reconocida magnitud. Este daño genera, por consiguiente, una alteración de la personalidad del cónyuge, de su manera de proyectarse en la familia y en sociedad. (Pereira, 2007)

3. Atentado contra la vida del cónyuge

(Pereira, 2007), manifieste que “es la acción a través de la que un cónyuge intenta matar al otro, pudiendo ser autor principal, cómplice o instigador. Es un acto lo suficientemente grave como para poner el peligro la vida del consorte; no basta afectar la integridad física sino violentar la vida del cónyuge”.

(Rizzardo, 2007) citado por (Varsi Rospigliosi E. , 2011), sostienen que: “esta causal también se configura en la omisión del cónyuge de tomar medidas para el cuidado y la protección en determinadas circunstancias de la vida de la pareja. En las enfermedades y los peligros para la salud y la vida, si el cónyuge se mantiene inerte, deja de

llamar a un médico, o no ayuda eliminar el peligro, o no da las condiciones para la atención hospitalario, la causal está configurada”.

(Plácido Vilcachahua, 2002), manifiesta que: “la calificación de la tentativa en el divorcio es independiente al previo juzgamiento en sede penal. Se ha planteado la cuestión de determinar si los actos preparatorios, no constitutivos de tentativa desde el punto de vista pena, pueden ser considerados como tal a efectos del divorcio, sosteniéndose que aun cuando el acto preparatorio no caiga bajo la acción del Código Penal, nada obsta a que constituyan causal de divorcio. Sin embargo, en sentido contrario, si los actos preparatorios no llegan al grado de tentativa, es decir, al comienzo de ejecución del delito, no se constituirá el presupuesto de esta causal, sin perjuicio de que los hechos configuren injurias graves”.

De otro lado, (Varsi Rospigliosi E. , 2011), considera que aun cuando los actos preparatorios no sean punibles nada obsta a que constituyan injurias graves, y en su caso, sea causal de divorcio.

4. Injuria grave

La injuria grave sería cualquier acto que implique una ofensa a la integridad moral del cónyuge”. “Cualquier acto que manche el honor, la buena reputación, la dignidad o una situación que cause vergüenza o humillación en su entorno familiar o social. Cabe la precisión, no es la misma figura de la injuria penal”. (Pereira, 2007)

5. Abandono injustificado de la casa conyugal

Esta causal implica la separación fáctica que se refleja en la intención manifiesta de sustraerse al cumplimiento de obligaciones familiares por parte del cónyuge que sale de la casa conyugal.

Esta causal está referida al incumplimiento del deber de cohabitación.

6. Conducta deshonrosa

Es el conjunto de actos indecorosos, ilícitos o inmorales que transgreden las buenas costumbres y el orden público atentando contra el respeto y honor del otro cónyuge y contra la dignidad e integridad de la familia

7. Toxicomanía

Esta causal está referida al uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía. Se trata de una dependencia crónica a sustancias psicoafectivas como los estupefacientes, psicotrópicos, psicodislépticos e inhalantes volátiles. Para un sector de la doctrina también se considera el alcoholismo.

La causal se justifica en el grave peligro que significa que uno de los cónyuges ingiera sustancias psicoactivas en forma habitual. Esta causal busca proteger al cónyuge sano.

8. Enfermedad grave de transmisión sexual

Es aquella causal sustentada en la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. Las enfermedades, según el tipo, implicarán un estado biológico con consecuencias jurídicas que el Derecho

regula de manera particular con el fin de proteger a la familia.

Esta causal busca proteger al cónyuge sano.

I. Homosexualidad

1. Concepto

La heterosexualidad constituye un presupuesto para contraer matrimonio, sin el cual no cobra existencia. El matrimonio es un acto esencialmente heterosexual (salvo en los países donde el matrimonio homosexual ya tiene reconocimiento explícito).

2. Definición

Como lo señala el profesor Rospigliosi, es “aquella causal sustentada en la pérdida de atracción heterosexual en la pareja, dirigiendo sus afinidades al mismo sexo. Esta conducta afecta la relación de pareja al punto de tornar imposible la convivencia, aunque la norma no lo detalle de esa manera”. (Varsi Rospigliosi E. , 2011)

3. Elementos

El autor antes citado, señala que “para que se configure se tienen que presentar los siguientes elementos: la homosexualidad; y, que sea sobreviniente al matrimonio”

4. Clasificación

Esta causal es indirecta y pertenece al sistema subjetivo inculpatario del divorcio-sanción.

5. Caducidad

Tal como lo prescribe nuestra legislación familiar: “La acción que se fundamenta en esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida”.

6. Prueba

Resulta necesario un informe pericial o certificado médico.

7. Causal de inexistencia de matrimonio

Los supuestos de homosexualidad e identidad de sexos constituyen, en nuestro medio, ausencia de uno de los elementos, requisitos y condiciones estructurales del matrimonio, relacionadas con la aptitud física. Constituyen ausencia de un elemento fisiológico del matrimonio. En tal sentido, nos encontramos ante un matrimonio inexistente jurídicamente.

Un matrimonio que simplemente no es tal, ya que no calza dentro de la concepción jurídica de la institución, ya que le falta un elemento característico de esta: la heterosexualidad de los contrayentes.

Nuestro ordenamiento jurídico no considera tal sanción de manera expresa y precisa, sin embargo, contamos con una definición legal de matrimonio, en el ya citado artículo 234 del Código Civil, que considera que: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. (...)”. Y como estamos ante una norma imperativa, que, a su vez, refleja una disposición que interesa al orden público y a las buenas costumbres, debemos complementar el referido artículo, con el artículo V del Título Preliminar, que establece que: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

En tal sentido un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, en nuestro medio es un matrimonio inexistente, sometido a la sanción de nulidad virtual, en dicho acto matrimonial, es un acto jurídico que infringe normas de orden público y las buenas costumbres.

8. Causal de anulabilidad o separación / divorcio

La homosexualidad es causa de anulabilidad del matrimonio (art. 277, inc. 5) sustentada en el error en la identidad. Aguilar Llanos dice que esta causal debe interpretarse respecto del cónyuge agraviado, quien toma conocimiento del estado de su cónyuge “ya dentro del matrimonio, y si este conocimiento se da dentro de los dos años de celebrado el matrimonio tendría dos acciones a su favor, la anulabilidad del matrimonio y la de separación, y si el conocimiento se da luego de superado los dos años de matrimonio, la única vía será la separación”. (Aguilar Llanos, 2013)

9. Homosexualidad como causal de separación de cuerpos y divorcio

La homosexualidad que en nuestro medio puede configurar una causal de separación de cuerpos y divorcio específica, es únicamente aquella que se pueda comprobar que es sobreviniente al matrimonio. Eso se desprende del artículo 333 del Código Civil que establece que: “Son causas de separación de cuerpos: (...) 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio (...)”. Los elementos y características de esta causal específica serán analizadas líneas abajo. (Canales Torres, 2013)

10. Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años

(Plácido Vilcachahua, 2002), manifiesta que: “La causal se sustenta en la condena por delito doloso a pena privativa mayor de dos años. Se excluye a la condena por delito culposo. La motivación puede fundarse en el hecho de la separación que impone la privación de libertad o por la conducta reprobable causante de la pena”.

Esta causal no va ligada a ningún hecho contrario al cónyuge que invoca la sentencia condenatoria como causal de separación de cuerpos o de divorcio. (Varsi Rospigliosi E. , 2011)

11. Imposibilidad de hacer vida en común

La causal de incompatibilidad de caracteres representa el desquiciamiento del matrimonio, siendo una causa justa para solicitar el divorcio. Es aquella falta de compenetración y de asociación libre, voluntaria y armónica entre las personas.

No hay entendimiento, ni una relación fluida; solo una absoluta falta de correspondencia. “Esto se da en algunos matrimonios en razón que los cónyuges no se entienden en nada y convierten su relación marital en inllevadera”. (Varsi Rospigliosi E. , 2011)

(Rizzardo, 2007), sostiene que “ningún principio moral o ético podrá exigir que mantenga una unión donde ha desaparecido el respeto, la comprensión, la amistad, el compañerismo. Lo contrario implicaría mantener un matrimonio puramente externo, estando los cónyuges separados en los sentimientos, en el amor, en los ideales y en el afecto. La inestabilidad de la vida real en común recomienda la separación”.

12. Separación de hecho

Como su nombre lo indica implica una separación fáctica, una ausencia de convivencia que se aprecia en la práctica y que afecta la relación jurídica conyugal.

Doctrinariamente, la separación de hecho constituye una causal no culposa sustentada en uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio: la vida en común. Se presenta como el incumplimiento del deber que los cónyuges tienen en compartir el lecho, techo y mesa. Esta causal es de orden objetivo al

demostrar un hecho real y directo: la falta de convivencia por un plazo determinado e ininterrumpido. Se presenta como una fórmula necesaria para incorporar la teoría del divorcio-remedio por la propia realidad social, familiar, económica y política que hoy vive nuestro país. Ponen fin a matrimonios ficticios.

Una vez ocurrida, cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de expresar motivo alguno, sino únicamente la probanza del paso del tiempo ininterrumpido solicitará la separación de hecho en demostración que el paso del tiempo es la más clara y contundente demostración de falta de voluntad para hacer vida en común.

Cuando hay una separación de hecho, se puede decir que el matrimonio existe solo en términos jurídicos, pero dejó de existir en el plano de los hechos, es solo una reminiscencia.

13. Separación convencional

La separación convencional es la manifestación concorde de voluntades de los cónyuges, que puede motivar un decaimiento o disolución del matrimonio.

Con el concurso de voluntades y cumpliendo con los requisitos legalmente establecidos, la resolución judicial, acta notarial o resolución de alcaldía se limitan a la aprobación y homologación del acuerdo conyugal.

Llamado mutuo disenso, separación consensual o negocial. No se trata de una causal. Es el acuerdo, conjunto y armónico, de voluntades a través del cual los cónyuges deciden la continuidad de su relación marital.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

A. El derecho a la igualdad

(Jicaro Upiachihua A. S., 2020), señala que la igualdad es un concepto tridimensional, pues es a la vez, derecho, principio y valor. Dentro del ordenamiento jurídico se encuentra reconocido como uno de los derechos fundamentales conforme al inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Dicho dispositivo también lo reconoce como principio, teniendo así esa doble condición legal. Es también un valor, y desde esa perspectiva. (Montoya Megal, 2007) en *“la igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental manifiesta: “La igualdad es un valor de alcance general quizás el más importante de todos, junto a la libertad en los sistemas políticos modernos, indispensable para cimentar el Estado social y democrático de Derecho en el que vivimos. Su fundamento es el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos por el hecho de serlo dignidad que es innata a la persona e inalterable por razón de las circunstancias, lo cual se traduce en la afirmación de una serie de derechos fundamentales inviolables y en la asignación al poder político de la función de garantizarlos y de facilitar su ejercicio”.*

“El principio de igualdad prohíbe las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, pues existe trato desigual cuando se producen discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de religión, sexo, raza, etc.” (García Cespedes, 2020)

Los principios de igualdad y no discriminación tienen su fundamento en que todos los hombres son iguales ante la Ley y que tiene derecho a igual protección de la ley contra toda discriminación y contra toda incitación a la discriminación.

El derecho a disfrutar los derechos humanos sin ser discriminado es uno de los principios fundamentales de la normar internacionales de derechos humanos. Este principio aparece prácticamente en todos los instrumentos importantes de derechos humanos, así como en la Carta de las Naciones Unidas. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíben la discriminación en razón de la “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

1. Fases de igualdad

El principio de igualdad consta de dos fases primordiales, siendo la primera fase la igualdad formal y su relación directa con la discriminación, y la segunda, es la igualdad material y su relación indirecta con la discriminación. (Nieves Mujica, 2007)

a) Igualdad formal

(García Céspedes, 2020) cita a (Belleza Salazar, 2010), sostienen que: “es aquella que tiene dos manifestaciones, la igualdad ante la ley como tal y la igualdad en la aplicación de la ley, con lo que se limita el trato diferenciado sin que medie justificación razonable y proporcionada, en la norma”.

b) Igualdad material

(García Cespedes, 2020) cita a (Belleza Salazar, 2010), manifiesta que: “debe ser entendida como la búsqueda de superación de las desigualdades reales, socio- económicas y culturales que existen en la sociedad, es recogida en el Estado social y democrático de derecho, en donde desliza la igualdad como, igualdad de condiciones y oportunidades”.

B. Principio de no discriminación

La discriminación tiene lugar cuando una persona recibe un trato menos favorable que otras debido a características que no guardan relación con las competencias de la persona o las calificaciones exigidas para el empleo. Todos los trabajadores y solicitantes de empleo tienen derecho a recibir el mismo trato, independientemente de cualquier otro atributo, excepto su capacidad para hacer el trabajo. Puede haber discriminación en la etapa previa a la contratación, durante el empleo, o al término del contrato.

La no discriminación es un derecho humano fundamental. Es esencial para que los trabajadores puedan elegir su empleo libremente, desarrollar su potencial al máximo y ser remunerados en base al mérito. (OIT, 2022)

Igualdad y no discriminación no son la misma cosa. El principio de igualdad es el mayor, que incluye al de no discriminación. Esta es un derivado de aquella, una concreción, efecto o reflejo de la igualdad. (Nieves Mujica, 2007)

La igualdad es el género y la no discriminación es una de sus especies. Un instrumento de la igualdad. Se trata de una prohibición de discriminar. La no discriminación es el

contenido mínimo de la igualdad, un pequeño paso en el camino de la igualdad.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

- **Adulterio**

Entiéndase a las relaciones sexuales entre uno de los cónyuges con otra persona distinta a su cónyuge. (Ossorio, 2010)

- **Discriminación**

Acción mediante la cual se hace algún tipo de distinción infundada entre personas sobre las cuales no se tendría que distinguir. Implica un trato desigual dentro de una relación de equitatividad o equivalencia.

- **Divorcio**

Implica la ruptura del vínculo matrimonial de manera definitiva. Esta ruptura puede darse a través de un pronunciamiento judicial después de un proceso en el cual se ha invocado alguna de las causales prescritas en la ley. Cabe precisar también, que es posible un divorcio de mutuo acuerdo previa la declaración de una separación conyugal (Ossorio, 2010)

produce un estado de intoxicación, crónico o transitorio, sumamente dañino. (Ossorio, 2010)

2.4. SISTEMA DE HIPOTESIS

La causal de divorcio por homosexual sobrevenida, contemplada en el inciso 9 del artículo 333 del código civil, vulnera el principio constitucional de no discriminación ya que se basa en una situación diferenciadora injustificada, toda vez que toma como punto de referencia una condición o preferencia sexual de uno de los cónyuges, lo cual no es condenable y más bien resulta irracional.

III. METODOLOGÍA EMPLEADA

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. De acuerdo a la orientación o finalidad:

Esta investigación es de tipo teórica, pues a través de este trabajo de investigación se ha buscado generar mayor conocimiento jurídico a efectos de apoyar con mayores fundamentos que terminen por concluir que la causal de “homosexualidad sobrevenida” es atentatoria contra la Constitución vigente.

3.1.2. De acuerdo a la técnica de contrastación:

La presente investigación es de tipo descriptivo; pues, a partir de la observación de las categorías jurídicas involucradas en nuestro estudio, tales como el divorcio, los sistemas divorcistas, las causales del divorcio, los derechos fundamentales, hemos descrito la realidad problemática presentada.

3.1.3. De acuerdo al enfoque de investigación:

Esta investigación tiene un enfoque cualitativo, ya que en ningún momento hemos necesitado de la cuantificación de los datos en estructuras numéricas o estadísticas.

3.2. Población y muestra

3.2.1. Población:

El conjunto de dogmática, legislación y jurisprudencia que sobre el divorcio y el principio de no discriminación o de igualdad ante la ley.

3.2.2. Muestra:

El conjunto de dogmática, legislación y jurisprudencia que sobre el divorcio y el principio de no discriminación o de igualdad ante la ley.

3.3. Métodos

3.3.1. Analítico:

Ya que en este trabajo de investigación se han analizado diversas categorías jurídicas en nuestro marco teórico, tales como divorcio, sistemas divorcistas, las causales del divorcio,

derechos fundamentales, el principio de no discriminación e igualdad ante la ley.

3.3.2. Inductivo:

Este método nos permitió a partir de la particularidad de las categorías analizadas; así como, de la distinta doctrina analizada, arribar a razonamiento generales. Por ejemplo, a partir de la opinión de algunos dogmáticos que también han profundizado sobre la causal en cuestión y el derecho a la no discriminación, hemos podido arribar a las conclusiones plasmadas en el capítulo respectivo.

3.3.3. Exegético:

Sin duda alguna este método de investigación jurídica ha sido de vital importancia; pues, hemos tenido que recurrir analizar literalmente cada término del artículo 333 inciso 9, el mismo que versa sobre la causal de divorcio por “homosexualidad sobrevenida”; al mismo tiempo hemos tenido que analizar exegéticamente el inciso 2 del artículo 2 de nuestra carta magna.

3.3.4. Dogmático:

Este método nos ha permitido conocer la opinión experta de distintos especialistas los mismos que han sido todos citados en las referencias bibliográficas correspondientes. Esto nos ha permitido profundizar en el conocimiento de las categorías jurídicas comprometidas en nuestro tema de estudio.

3.4. Diseño de contrastación:

No experimental, ya que hemos observado al fenómeno problemático en su contexto natural, es decir, en la regulación que nuestro Código Civil peruano le da a la causal sobre la cual versa el presente tema de investigación y su relación con el principio constitucional a la discriminación.

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.5.1. Análisis documentario:

El análisis de documentos nos ha permitido analizar la distinta literatura jurídica que se ha revisado para la elaboración de nuestro marco teórico, análisis y discusión de resultados de investigación; del mismo modo, esta técnica nos ha permitido recopilar los distintos antecedentes de investigación citados. Cabe precisar que el instrumento de investigación utilizado ha sido la ficha bibliográfica, ficha resumen y ficha contextual.

3.5.2. Observación

Esta técnica de investigación nos ha sido útil para poder percibir, a través del análisis de alguna jurisprudencia la problemática que ha dado origen al tema de investigación; del mismo modo, la observación ha sido útil para ubicar propuestas de solución. Para esta técnica de investigación hemos utilizado como instrumento de investigación una lista de cotejo.

3.6. Procesamiento y análisis de datos

En primer lugar, se ha procedido a recopilar información relevante sobre nuestro objeto de estudio, posteriormente esta información se ha organizado en función a los tópicos que integraban nuestro índice tentativo esbozado, posteriormente se procedió a revisar los repositorios de tesis; y, junto a la revisión de la literatura pertinente se estructuró el marco teórico, posteriormente se elaboró la presentación y discusión de resultados; y, finalmente nuestras conclusiones y recomendaciones.

IV. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

4.1. ANÁLISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS

- **Indicar el tratamiento legislativo, doctrinario y jurisprudencial que tiene la homosexualidad en nuestro ordenamiento jurídico.**

Partimos haciendo precisión en cuanto al concepto etimológico de la homosexualidad, al respecto tenemos que el mismo deriva del griego ὅμο que significa homo “igual”, y del latín *sexus* que significa sexual; lo cual hace referencia a una orientación sexual, la misma que se define como aquella interacción o atracción sexual, así como también emocional, sentimental y de carácter afectiva dirigida a individuos del mismo sexo.

Al respecto, Fernández, Gutiérrez & Quijano (2013), refiere que tal término es pasible de definición tanto en la cultura popular como en la ciencia, y se denomina como aquellas relaciones sexuales que se materializa entre personas del mismo sexo, las cuales no pueden evitar la formación de lazos de carácter emocional.

Siguiendo esa misma línea, Tapia (2017), precisa que la homosexualidad viene a ser aquella orientación o afinidad respecto de personas del mismo sexo, asimismo, refiere que viene a ser aquella ausencia del componente fisiológico de la unión matrimonial que conlleva a una infracción a la obligación de aquel deber de respeto mutuo entre sí de los cónyuges.

Al respecto, en cuanto al tratamiento legislativo que le otorga nuestro ordenamiento jurídico a la homosexualidad, tenemos, que éste ha sido pasible de consideración como causal de divorcio, cuando tal orientación sobreviene en un matrimonio; en ese sentido, es necesario hacer precisión que dicha causal de manera individual se regula en el código de 1984, ya que, si bien anteriormente ya era pasible de regulación la misma se encontraba dentro de la causal de actos deshonorosos en el código civil de 1936; sin embargo, dicha regulación en el código

mencionado fue pasible de críticas, pues, consideraban que la homosexualidad no debía ser considerada como una conducta deshonrosa ya que afectaba derechos de orden constitucional como viene a ser la dignidad, la integridad moral, igualdad ante la ley y la no discriminación. Sin embargo, a nuestro parecer la actual regulación de la causa de homosexualidad sobreviviente, también se constituye en una causal vejatoria, pues, trasgrede los mismos derechos de orden constitucional, derivándose una doble afectación de tal causal, ya que, la misma incidiría negativamente en el cónyuge afectado, pues, al demandar dicha causal podría ser receptor de ataques vulnerarios, discriminatorios, mofa, burla, crítica social, que terminaría por afectar la psiquis de la demanda, del demandado, y de los hijos (si es que hubieren).

Es menester precisar, que la jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto, siendo que el Tribunal Constitucional ha tenido resoluciones que esbozan su punto en contra en cuanto a la homosexualidad, siendo que en la STC N°139-2013-PA/TC se precisa:

“La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en ‘la naturaleza de las cosas’ (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo”

(...)

“Que la transexualidad sea una patología, que genere sufrimiento y que requiera tratamiento e intento de curación, además de la comprensión social, es indiscutible”

Dicha jurisprudencia evidencia que la homosexualidad es considerada como una enfermedad por parte del máximo intérprete de la constitución, así como también asumía que esta orientación podría afectar la naturaleza del matrimonio; sin embargo, a la actualidad se materializa una evaluación de la homosexualidad razón del contexto familiar, lo que da origen a la sentencia del tribunal constitucional N° 2868-2004-AA-TC, en la cual se refiere que:

“El Tribunal no alienta que, al interior de las instalaciones de la Policía Nacional del Perú, sus miembros puedan efectuar prácticas homosexuales; tampoco, por cierto. Lo que juzga inconstitucional es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros”

Al respecto, cuando se habla de la causal de divorcio por homosexualidad sobreviniente al matrimonio, se genera una interrogante, ¿debería ser pasible de sanción aquella ocultación dolosa de la homosexualidad sobrevenida? La respuesta es no, ya que aquella condición de género no puede ser considerada como un suceso que afecta la naturaleza de la dignidad de la persona humana, pues, al generarse una situación negativa que provoca la condición equivalente de daño en otra persona que, en términos prácticos, tampoco puede demostrar una referencia íntima porque su propia realidad no pudo haber sido expuesta a tal nivel que no haya podido evaluar las características de su esposo” (Bermúdez - Tapia, 2021)

➤ **Determinar los alcances jurídicos del principio de no discriminación en el ordenamiento jurídico peruano.**

Tenemos regulado a este derecho en el Artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe lo siguiente:

*“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
(...) inciso 2. A la igualdad ante la ley.
Nadie debe ser discriminado por motivo
de origen, raza, sexo, idioma, religión,
opinión, condición económica o de
cualquiera otra índole”.*

Dicho artículo expone que, en virtud a la igualdad ante la ley, ninguna persona puede ser pasible de discriminación por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole. Cabe precisar que dicho artículo se relaciona directamente con lo que señala la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna, en donde se precisa que dicho derecho materia de comentario, a su vez tiene tratamiento internacional, pues, el mismo tiene regulación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; asimismo, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, además del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y finalmente en la Convención Americana que versa sobre Derechos Humanos.

A razón de este Derecho, se tiene que, la historia ha demostrado que estamos frente a uno de los logros de mayor relevancia a la luz de la revolución francesa y americana, ya que, es por estos hitos históricos que se logró un equilibrio con la capacidad jurídica de las personas sin que se ponga en hegemonía cualquier tipo de distinción. (García, 2015)

Este reconocimiento que hace nuestra Constitución Política del Perú, no solo se agota en el solo hecho de reconocer la igualdad, sino también se asegurarla para todas las personas

independientemente de la edad y la capacidad ya sea intelectual o estado de conciencia.

Como dice el maestro Humberto Nogueira (2006) que dicha igualdad en dignidad que pregona una constitución, se predica en cuanto a todas y cada una de las personas y no de las personas jurídicas. Pues; la igualdad de las personas, no es sino, un valor dotado de espiritualidad y moral que le es inherente a aquellos por su condición; por cuanto, dicha igualdad en dignidad, se relaciona con la igualdad ante la ley, y se constituye como una perspectiva que también adopta el ámbito constitucional en todos los Estados, así como también la regulación que le dan los diferentes tratados que versan sobre derechos humanos. Es pues, lo que revela que dicha igualdad básica es asumida por todos los ordenamientos jurídicos, ya que es a través de dicha máxima constitucional que se busca erradicar la discriminación social, por ende, se genera una prohibición subjetiva que proscribe tal discriminación ya sea por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole.

De lo dicho, se tiene que el derecho pasible de análisis, implica que todas las personas deben ser tratadas de igual forma por el Estado, ergo, todo trato diferenciado está proscrito, ya que, dicho trato dotado de desigualdad constituye discriminación. Sin embargo, el fenómeno real nos revela que en la sociedad existen una serie de desigualdades en la sociedad, lo cual obliga a lo Estado a adoptar medidas que estén orientadas a que el reconocimiento constitucional del derecho a la igual no se agote en la mera formalidad, sino, existan igualdad en las oportunidades para que se puedan ejercer correctamente los derechos fundamentales de los cuales gozan los ciudadanos, a eso se le conoce como igualdad material. (Huerta Guerrero, 2003)

Un punto importante a precisar, es que dichas medidas pueden generar un trato desigual, sin embargo, ello no quiere decir que sea discriminación, sino, estaríamos frente a una diferenciación.

➤ **Proponer la derogación de la causal de divorcio por homosexualidad sobrevenida en el Código Civil peruano.**

Como se ha precisado en líneas precedente, en nuestro ordenamiento jurídico se ha tratado a la homosexualidad como causal de divorcio; pues, cuando tal orientación sobreviene en un matrimonio, se puede demandar por dicha causal; en ese sentido, es necesario hacer precisión que dicha causal de manera individual se regula en el código de 1984, ya que, si bien anteriormente ya era posible de regulación la misma se encontraba dentro de la causal de actos deshonrosos en el código civil de 1936. Al respecto, se refiere que el tema de la homosexualidad se constituye como un tema controversial no solo en el ámbito jurídico, sino, también a la luz de una sociedad que se desenvuelve bajo el sesgo de la familia natural; por ende, hay quienes piensan que la homosexualidad se constituye como alteraciones o problemas físico – psicológicas, o también como desviaciones morales. Sin embargo, lo dicho no es suficiente para justificar un divorcio que termina por sancionar a aquel cónyuge que se orienta por una persona de su mismo sexo.

La causal posible de comentario, se encuentra sustentada en la pérdida de atracción heterosexual en la pareja dirigiendo sus afinidades sexuales hacia personas del mismo sexo, lo que afectaría indudablemente la relación de pareja al punto de tornar imposible la convivencia, aunque la norma no lo detalle de esa manera. (Varsi Rospigliosi E. , 2011)

Esto último resulta muy importante de destacar, pues tranquilamente podríamos asumir que esta “así llamada causal de divorcio por nuestro Código Civil”, tranquilamente estaría enmarcada en cualquier otra de las causales prescritas por el

mismo código. Cabe señalar que la causal de homosexualidad es una causal objetiva, ya que no implica juzgar sobre el motivo o causa que la generó, sino únicamente, la comprobación del supuesto de homosexualidad sobreviniente al matrimonio. (Canales Terrones, 2013)

Ahora, si bien es cierto que la relación heterosexual es indispensable para el fin reproductor dentro del matrimonio, no resulta coherente con un Estado democrático como el nuestro que una simple orientación o preferencia (como quiera ser llamada) sexual, esté regulada como una causal de divorcio; máxime, si la reproducción ya no se constituye más como un fin del matrimonio. Es por ello, que en la presente investigación lo que se busca, es dar a conocer que la causal in comento (basada en una orientación sexual), sea tomada como *algo negativo y pueda así calificar como una causal de divorcio*. En tal sentido, nosotros no referimos que si dentro de la relación conyugal, uno de los cónyuges se vuelve homosexual, el otro está condenado a soportar tal orientación sexual de su aún pareja; pues, de darse dicha situación, el otro cónyuge tranquilamente podría alegar cualquiera otra de las causales reguladas por nuestra codificación civil, como por ejemplo la tipificada en el inciso 4 “la injuria grave que haga insoportable la vida en común”; o, la del inciso 6, “la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común”; o, también, la tipificada en el inciso 11, la misma que prescribe “la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente comprobada en juicio”, esta última sobre todo, ya que es natural que en una pareja haya atracción sexual; y, si esta desaparece, ya sería insostenible la relación marital.

Por ende, a la luz de lo precisado, consideramos que la causal in comento, debería ser pasible de derogación, pues, la regulación de una disposición que atente con derechos de arraigo constitucional como el contemplado en el artículo 2° que versa sobre la no discriminación, así como también, la regulación de una

causal que se convierte en innecesaria, pues, sin el uso de la discriminación contenida en la causal mencionada, la cónyuge afectada puede invocar otra causal de divorcio que no sea ofensiva para el cónyuge que no puede detener aquello que nace de la libertad de sentir.

V. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Nuestra Constitución política, en consonancia con las demás cartas magnas del mundo, regula en su artículo 2 inciso 2 el Derecho a la igualdad ante la ley, el mismo que prescribe que:

*“Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, **sexo**, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.*

Dicha disposición expone que, en virtud a la igualdad ante la ley, ninguna persona puede ser pasible de discriminación por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole. Cabe precisar que dicho artículo se relaciona directamente con lo que señala la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna, en donde se precisa que dicho derecho materia de comentario, a su vez tiene tratamiento internacional, pues, el mismo tiene regulación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; asimismo, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, además del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y finalmente en la Convención Americana que versa sobre Derechos Humanos.

Este reconocimiento que hace nuestra Constitución Política del Perú, no solo se agota en el solo hecho de reconocer la igualdad, sino también se asegurarla para todas las personas independientemente de la edad, la capacidad ya sea intelectual o estado de conciencia, la orientación sexual, la religión, y todo lo que pregona el artículo in comento.

Sin embargo, a nuestro parecer esta garantía, derecho y principio de orden constitucional no ha sido respetado por nuestro Código Civil de 1984, pues, éste en su artículo 333 inciso 9, regula a la homosexualidad por sí misma como una causal de divorcio; es decir, basta que se verifique tal condición u opción sexual para que se haya configurado la causal de divorcio. Lo cual a nuestro parecer

resulta atentatorio, pues, al demandar por tal causal basada en la orientación sexual de uno de los cónyuges, sea tomada como un aspecto negativo, y sea calificada como una causal de divorcio.

Pues, aquella condición de género no debería ser considerada como un suceso que afecta la naturaleza de la dignidad de la persona humana, pues, al generarse una situación negativa que provoca la condición equivalente de daño en otra persona que, en términos prácticos, tampoco puede demostrar una referencia íntima porque su propia realidad no pudo haber sido expuesta a tal nivel que no haya podido evaluar las características de su esposo” (Bermúdez - Tapia, 2021)

Lo referido, toma sentido cuando la “así llamada causal de divorcio por nuestro Código Civil”, tranquilamente estaría enmarcada en cualquier otra de las causales prescritas por el mismo código. Cabe señalar que la causal de homosexualidad es una causal objetiva, ya que no implica juzgar sobre el motivo o causa que la generó, sino únicamente, la comprobación del supuesto de homosexualidad sobreviniente al matrimonio. (Canales Terrones, 2013)

Es por ello, que en la presente investigación lo que se busca, es dar a conocer que la causal in comento (basada en una orientación sexual), sea tomada como algo negativo y pueda así calificar como una causal de divorcio. En tal sentido, nosotros no referimos que si dentro de la relación conyugal, uno de los cónyuges se vuelve homosexual, el otro está condenado a soportar tal orientación sexual de su aún pareja; pues, de darse dicha situación, el otro cónyuge tranquilamente podría alegar cualquiera otra de las causales reguladas por nuestra codificación civil, como por ejemplo la tipificada en el inciso 4 “la injuria grave que haga insoportable la vida en común”; o, la del inciso 6, “la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común”; o, también, la tipificada en el inciso 11, la misma que prescribe “la imposibilidad de hacer vida en

común, debidamente comprobada en juicio”, esta última sobre todo, ya que es natural que en una pareja haya atracción sexual; y, si esta desaparece, ya sería insostenible la relación marital.

Por ende, a la luz de lo precisado, consideramos que la causal in comento, debería ser pasible de derogación, pues, la regulación de una disposición que atente con derechos de arraigo constitucional como el contemplado en el artículo 2° que versa sobre la no discriminación, así como también, la regulación de una causal que se convierte en innecesaria, pues, sin el uso de la discriminación contenida en la causal mencionada, la cónyuge afectada puede invocar otra causal de divorcio que no sea ofensiva para el cónyuge que no puede detener aquello que nace de la libertad de sentir.

CONCLUSIONES

1. La causal de divorcio por homosexual sobrevinida, contemplada en el inciso 9 del artículo 333 del código civil, atenta contra el principio constitucional de no discriminación; puesto que esta causal de divorcio está fundamentada en la orientación sexual de una persona, en la forma como esta expresa su sexualidad y su apego sentimental; más aún, que nuestra misma carta magna señala taxativamente que nuestro Estado no ampara ningún tipo de discriminación.
2. nuestro ordenamiento jurídico legal se refiere muy poco al tema de la homosexualidad; pues, el único libro del código en el que encontramos de alguna manera mención a dicho tema es en el de familia; sin embargo, cabe precisar que el punto de vista que recibe este por parte de nuestros legisladores es desde una óptica negativa; pues, por ejemplo en el caso del tema que hoy investigamos, toma a la homosexualidad como algo negativo; y, prueba de ello es que la incorpora dentro de las causales del divorcio sanción. Sin embargo, a nivel doctrinario y jurisprudencial el punto sobre la homosexualidad es distinta; pues, estos formantes han ido un poco más acorde con los diversos cambios sociales y de derechos humanos; por tal razón es que nosotros nos atrevemos a decir que esta causal de divorcio resulta ser vulneratorio del principio de no discriminación.
3. El principio de no discriminación; implica un tratamiento equilibrado entre sujetos idénticos; ello implica que allí donde existan diferencias naturales, estas sean respetadas; pues, no se puede tratar igual a los desiguales; y, el hecho de que haya diferencias entre las personas; y, que por tal razón merezcan tratos diferenciados, bajo ninguna circunstancia puede llevarnos a afirmar que se está rompiendo dicho principio.
4. En este trabajo de investigación no se está diciendo que, si una persona está casada otra que, sexualmente no gusta del sexo opuesto; deba estar condenada a mantener el vínculo matrimonial indeliblemente; pues, en dicho caso nuestro artículo 333 nos ofrece

un abanico de causales de las que se podría elegir alguna de ellas para procurar e incluso obtener una sentencia fundada de divorcio que le permita realizar su vida plenamente.

RECOMENDACIONES

1. Luego de haber realizado la presente investigación, nuestra recomendación no podría ser otra más que la derogación del inciso 9 del artículo 333 del Código Civil; es decir eliminar de las causales de divorcio la homosexualidad.

Referencias

- Aguilar Llanos, B. (2013). *Derecho de Familia*. Lima: Legales.
- Belleza Salazar, M. (2010). *El Principio de Igualdad y su Incidencia de Género en el derecho laboral*. Lima: Caballero Bustamante S.A.C.
- Bermúdez - Tapia, M. (2021). La Inconstitucionalidad de la homosexualidad sobrevenida como causal de divorcio. *Gaceta de Familia*, 81-90. Obtenido de file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/fam2021N02GacetaFamiliaLainconstitucionalidaddelahomosexualidadsobrevenidacomocausaldedivorcio.pdf
- Cáceres Varas, V. M. (2017). *La aprobación de la unión civil y la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de acuerdo a la percepción de la comunidad LGTBI, Perú-2017*". Chimbote: César Vallejo.
- Canales Terrones, C. (2013). *La homosexualidad sobreviniente al matrimonio como causal de separación de cuerpos y divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Canales Torres, C. (2013). La Homosexualidad sobreviniente al matrimonio como causal de separación de cuerpos y divorcio. En G. J. S.A, *El Divorcio. En la legislación, doctrina y jurisprudencia*. (págs. 150-154). Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil.
- Castillo Freyre, M., & Torres Maldonado, M. (2013). Análisis de la enfermedad grave de transmisión sexual como causal de divorcio. En G. C. Civil., *El Divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia*. (pág. 15). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Chuquipoma Rios, O. F. (2021). *Fundamentos Jurídicos que sustentan la modificación del contenido normativo de la figura del divorcio a partir de la disociación del mecanismo matrimonial del contenido del derecho de familia*. Cajamarca: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.

- Díez Picazo, L., & Gullón, A. (1990). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- Disolución del vínculo matrimonial., Casación N° 2239-2001 (Corte Suprema de la República 31 de Enero de 2003).
- Fernandez Valle, W. (2019). *Comentarios a la Ley de Conciliación Extrajudicial Peruana. Ley 26872*. Lima: Ubi Lex Asesores S.A.C.
- Fernández, A. V. (2013). Representaciones sociales sobre la homosexualidad en estudiantes heterosexuales de Psicología y de Biología: un estudio descriptivo. *Teoría*, 40-62. Obtenido de <http://www.teocripsi.com/ojs/index.php/TCP/article/view/103/87>
- Ferrer, F. (1979). *Cuestiones de Derecho Civil*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni.
- García Céspedes, E. M. (2020). *La vulneración del principio constitucional a la igualdad frente a la discriminación remunerativa en las empresas del sector privado*. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- García, V. (2015). El Derecho a la igualdad. *Academia de la Magistratura*.
- Girgis, S., George, R., & Ryan, A. (2020). ¿Qué es el Matrimonio? *Revista en Derecho*, 89.
- Gómez Ramos, E. M. (2015). *Los modelos legislativos del divorcio sanción vs divorcio remedio según el ordenamiento peruano*. Pimentel: Universidad Señor de Sipán.
- Huerta Guerrero, L. (2003). El Derecho a la Igualdad. *PUCP*.
- Jicaro Upiachihua, A. S. (2020). *La falta de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú y la vulneración del derecho a la igualdad*. Lima: Universidad Antonio Ruiz de Montoya.
- Jicaro Upiachihua, A. S. (2020). *La falta de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú y la vulneración del derecho a la igualdad*. Lima: Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

- Méndez Costa, M. J., & D'Antonio, D. H. (2001). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.
- Montoya Megal, A. (2007). *Igualdad de mujeres y hombres: comentario a la Ley Orgánica 3/2007*. Madrid: Arazandi.
- Nieves Mujica, J. (2007). *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: PUCP-Fondo Editorial.
- Nogueira Alcala, H. (2006). El Derecho a la Igualdad Ante la Ley, No discriminación y Acciones Positivas. *Universidad Católica del Norte*, 61-100.
- OIT. (22 de Enero de 2022). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/WCMS_151902/lang--es/index.htm
- Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasa S.R.L.
- Pereira, C. M. (2007). *Direito de familia*. Rio de Janeiro: Instituicoes de Direito Civil.
- Plácido Vilcachahua, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia. Nuevo enfoque del estudio del Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Pozo Espejo, S. R. (2017). *El Homosexualismo oculto del contrayente como causal de divorcio en el Perú*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Rizzardo, A. (2007). *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense.
- Tapia Castañeda, H. R. (2017). *La homosexualidad sobreviniente como causal de divorcio, trasgrede los derechos constitucionales del supuesto cónyuge infractor*. Trujillo. Obtenido de <https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/2787>
- Ugarte Godoy, J. J. (1989). El Matrimonio. *Revista Chilena de Derecho*, 754-756.

Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley.

Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica .

Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia - Tomo II*. Lima : Gaceta Jurídica S.A.