

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA DIVERSIDAD SEXUAL
TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTRA EN
DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTORA

MARIA VICTORIA SOTO FARFAN

ASESORA

ELENA CECILIA ALVITES ALVITES


Setiembre, 2019

RESUMEN

Tras la Segunda Guerra Mundial y las nefastas atrocidades cometidas en ellas, se crea el Sistema Universal e Interamericano de protección de Derechos Humanos que recoge valores comunes mínimos de la civilidad como la igualdad y no discriminación los cuales integran la dignidad humana; principios-derechos que han sido recogidos por nuestra Constitución. En este contexto de derechos fundamentales se enmarca la presente tesis, dado que tiene como objetivo principal evidenciar que las personas LGTBI aún padecen discriminación social, legislativa y judicial, por el hecho de tener una sexualidad no binaria o heteronormativa convirtiéndolos en ciudadanos de segunda clase, carentes de derechos, pues no acceden a derechos tan básicos como la salud, educación, trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros. En ese sentido, a través de un estudio comparativo, descriptivo y analítico de la dogmática de los derechos fundamentales, así como de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional se constata dicha situación; asimismo, se advierte la necesidad de reconocer constitucionalmente la unión de las personas homoafectivas a través del matrimonio igualitario, además se compara con la experiencia constitucional en América Latina. Con todo ello, se concluye que la binariedad sexual (varón-mujer) sigue siendo el modelo social imperante que excluye e invisibiliza a las personas LGTBI y no brinda respuestas a sus necesidades ni protege sus derechos, razón por la que el Estado debe adoptar políticas públicas que transversalicen la igualdad de derechos y erradiquen la discriminación contra las personas con sexualidades diversas.



A Jhon, Adrián y Salomé



Con inmensa gratitud al maestro Enrique Bernales por haber fomentado el conocimiento a una de las ramas del derecho más apasionante: el derecho constitucional

ÍNDICE

Pág.

Resumen.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Índice.....	v
Abreviaturas, acrónimos y siglas.....	vi
Introducción.....	1

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1.	La Constitución y los derechos fundamentales	3
1.2.	La dignidad	7
1.3.	Derecho de la libertad	12
	1.3.1. Libertad negativa	13
	1.3.2. Libertad positiva.....	14
	1.3.3. Libertad real.....	15
1.4.	El derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	16
1.5.	El derecho a la igualdad.....	19
	1.5.1. La igualdad material y las acciones afirmativas	23
	1.5.2. Acciones afirmativas a nivel educativo.....	25
1.6.	La discriminación	29
	1.6.1. Trato desigual, arbitrario y discriminatorio.....	31
	1.6.2. Discriminación hacia el colectivo LGTBI	33
	1.6.3. La homofobia	35
	1.6.4. Discriminación por parte del Estado peruano.....	38
	1.6.5. Movimiento de liberación LGTBI	41
1.7.	La orientación sexual como motivo prohibido de discriminación en la Constitución Política del Perú	43
1.8.	Derechos sexuales	51

CAPÍTULO II

DIVERSIDAD SEXUAL Y LA DISCRIMINACIÓN

2.1.	La comunidad LGTBI, una minoría invisible en la sociedad	55
2.2.	Diversidad sexual (precisiones terminológicas–LGTBI)	61
	2.2.1. La orientación sexual	62
	2.2.2. Identidad de género	63
	2.2.3. La homosexualidad – gay (G)	65
	2.2.4. Bisexualidad (B).....	66
	2.2.5. La transexualidad (T)	66
	2.2.6. Travestidas	70
	2.2.7. Intersex (I).....	71
	2.2.8. Questioning (Q).....	73
	2.2.9. Asexualidad	74
	2.2.10. Teoría de queer	74
	2.2.11. Queer.....	75
2.3.	Análisis de la jurisprudencia peruana.....	75
	2.3.1. Sentencia recaída en el Expediente N° 00926-2007-PA/TC (Caso “C.F.A.D.”)	76
	2.3.2. Sentencia recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC (Caso José Antonio Álvarez Rojas).....	80
	2.3.3. Sentencia recaída en el Expediente N° 2273-2005-PHC/TC (Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas)	83
	2.3.4. Sentencia recaída en el Expediente N° 00139-2013-AA/TC (Caso PEMM).....	84
	2.3.5. Sentencia recaída en el Expediente N° 06040-2015-PA/TC (Caso Ana Romero Saldarriaga)	89
2.4.	Casos expuestos ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos	92
	2.4.1. Perú: Luis Alberto Rojas Marín –Informe N° 99/14.....	93
	2.4.2. Chile: Sandra Cecilia Pavez Pavez - Informe N° 30/15.....	94
	2.4.3. Honduras: Vicky Hernández y Familia- Informe N° 64/16	96
	2.4.4. El Salvador: Alexa Rodríguez-Informe N° 73/19	97
	2.4.5. Ecuador: Homero Flor Freire - Informe N° 81/13- (fondo)	98
	2.4.6. Análisis de los casos.....	101

CAPÍTULO III

LAS RELACIONES HOMOAFECTIVAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1.	El derecho a tener una familia.....	107
	3.1.1. Caso Atala Riffo y niñas contra Chile	110
	3.1.2. Caso Duque contra Colombia	111
3.2.	Reconocimiento constitucional de las uniones de las parejas del mismo sexo	114
	3.2.1. Proyecto N° 00718/2016-CR: Ley que establece la Unión Civil no matrimonial para personas del mismo sexo	117
	3.2.2. Proyecto de Ley N° 3273-2013-CR: Ley del Régimen de Sociedad Solidaria	118
	3.2.3. Proyecto de Ley N° 961/2016-CR: Ley de matrimonio civil igualitario	119
3.3.	Reconocimiento de las uniones afectivas entre las personas del mismo sexo en América Latina.....	121
	3.3.1. Argentina	121
	3.3.2. Uruguay	123
	3.3.3. Chile.....	124
	3.3.4. Colombia.....	125
	Conclusiones	128
	Recomendaciones	134
	Bibliografía.....	139

Abreviaturas, acrónimos y siglas

AFP	Administración de Fondo de Pensiones
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CC	Código Civil
CEDAW	Convención para todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer (siglas en ingles)
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DEMUS	Estudio para la defensa de los derechos de la mujer
DNI	Documento Nacional de Identidad
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EPS	Entidad Prestadora de Salud
ESSALUD	Seguro Social de Salud
INPE	Instituto Nacional Penitenciario
LGTBI	Lesbianas, Gais, Transexuales, Bisexuales e Intersex
MIMP	Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
MINEDU	Ministerio de Educación del Perú
OEA	Organización de Estados Americanos
ONP	Oficina de Normalización Previsional
ONU	Organización de las Naciones Unidas
P	Poliamorosos o Pansexuales
ICCPR	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (siglas en ingles)
PNP	Policía Nacional del Perú
PROMSEX	Centro de Promoción y Defensa de Derechos Sexuales y Reproductivos
Q	Queer
QQ	Estado de cuestionamiento (en inglés questioning)
RAE	Real Academia Española
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

El colectivo LGTBI viene sufriendo históricamente un trato discriminatorio ya sea por su orientación sexual, identidad o expresión de género no convencional o heteronormativa; sin embargo, esta discriminación a pesar de no ser aludida explícitamente por la Constitución se ha convertido en un asunto constitucional central. La discriminación por no tener una sexualidad que se encuadre dentro de la llamada binaria (hombre-mujer) afecta a un número considerable de personas abiertamente declaradas, así como las que son percibidas como tales, privándoles de sus derechos más elementales como la dignidad, libertad, igualdad, propiciando crímenes de odio.

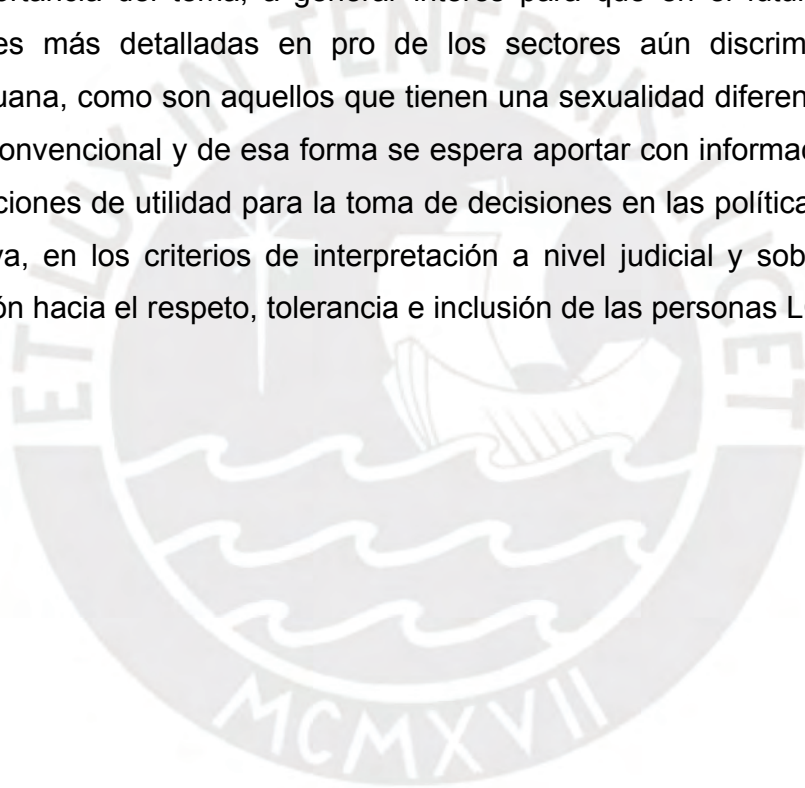
Si bien las personas LGTBI representan a las que tienen una sexualidad diferente a la heteronormativa; también es cierto que debemos tener presente que cada una de las que agrupa este acrónimo tiene distintos motivos de reivindicación. Las hemos tratado juntamente con el objetivo de hacer visible la discriminación común que padecen por tener una sexualidad no imperante en nuestra sociedad.

En este sentido abordaremos como marco teórico a la dogmática de los derechos fundamentales implicados con la discriminación de las personas LGTBI, así como los principios que sustentan el reconocimiento de sus derechos, asimismo, explicaremos el fenómeno de la sexualidad y la “normalidad” binaria como causa de exclusión de personas con sexualidades diversas, haciendo un análisis respecto de la protección de sus derechos y el desempeño del Estado a través de políticas públicas frente a este problema de exclusión.

Por otro lado, se analizará las principales sentencias dictadas por el TC del Perú, a fin de verificar el nivel de protección en el ámbito jurisdiccional ordinario de los derechos de las personas LGTBI, las sentencias dictadas por la Corte IDH y los recursos declarados admisible por la CIDH con el objeto de analizar las directrices de observancia obligatoria que dicta dicho organismo supranacional y evidenciar las violaciones que se realizan contra el colectivo LGTBI en el ámbito de la Región.

Por último, se abordará la problemática de las uniones homoafectivas estables relacionado con su reconocimiento jurídico y se analizará la viabilidad de contar con instituciones jurídicas que las regulen y les brinden una protección similar con las que cuentan las parejas heterosexuales, y se verificará su situación, en dicho aspecto, a nivel regional.

Es preciso indicar que la principal motivación de la realización de la presente tesis es contribuir desde una perspectiva de los derechos fundamentales a tomar conciencia sobre la importancia del tema, a generar interés para que en el futuro se realicen investigaciones más detalladas en pro de los sectores aún discriminados en la sociedad peruana, como son aquellos que tienen una sexualidad diferente (diversidad sexual) a la convencional y de esa forma se espera aportar con información relevante y recomendaciones de utilidad para la toma de decisiones en las políticas públicas de acción positiva, en los criterios de interpretación a nivel judicial y sobre todo en la concientización hacia el respeto, tolerancia e inclusión de las personas LGTBI.



CAPÍTULO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. La Constitución y los derechos fundamentales

El final de la Edad Moderna fue marcado por convulsiones sociales (Revolución Estadounidense y Francesa) en ese entonces la democracia era entendida como un cauce de manifestación de la voluntad popular mayoritaria, pues si bien se reconocía ciertos derechos individuales, también lo es que la formación del Estado era prioritaria; no obstante, tras dos conflictos mundiales sucesivos, la cultura jurídica occidental se vio obligada a reconstruir una parte pequeña de su andamiaje al adquirir casi de golpe la convicción de que el querer de la mayoría tenía límites y objetivos no derogables en sede parlamentaria.

Se retornaba así, con una fundamentación distinta, a aspectos centrales del antiguo iusnaturalismo como por ejemplo reaparece la noción de *derechos humanos*. Estos, con un catálogo específico y paulatinamente pormenorizado se constituyeron en un punto de mira imprescindible para la regulación de las relaciones entre los Estados. La persona se erigía decididamente en el protagonismo internacional, produciendo en los ordenamientos un notable refuerzo y perfeccionamiento de los derechos fundamentales en sus respectivas instituciones (Relaño 2003: 17-18).

La transformación conceptual de los derechos constitucionales cuyos inicios se remontan a la época de *Weimar* culmina bajo la Constitución de *Bonn* con una doble cualificación de los *derechos fundamentales*. Se conciben por un lado como derechos subjetivos de libertad que hacen parte de la esfera jurídica de su titular individual y como normas objetivas de principio que tienen valor para todos los ámbitos del derecho. Según Alexis Estrada esta doble cualificación coexiste en una relación de tensión, pues es el resultado de la implantación de la denominada teoría objetiva que redundará en una ampliación del contenido de los derechos fundamentales, los cuales no se reducen a actuar en relación del individuo con el poder público, sino como valores supremos que rigen para todo el ordenamiento jurídico, también informan las

relaciones recíprocas entre particulares y limitan la autonomía privada al mismo que fungen como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado (2001: 297).

En este sentido, la persona humana viene a ser el centro de protección del Estado, siendo los derechos fundamentales su principal preocupación; sin embargo, su reconocimiento pasó por una serie de etapas para su consolidación:

- a. El proceso de **positivización** de los derechos deriva de los planteamientos del iusnaturalismo racionalista al centrar el paso del Estado de naturaleza al de sociedad en el contrato social, así como la justificación, a través suyo, del Poder, cuya primera función soberana era crear derecho (Peces 1999: 154). En otras palabras, el proceso de positivización o constitucionalización de los derechos fue el reconocimiento de los derechos a nivel normativo en las cartas constitucionales de los países o en los instrumentos internacionales.
- b. Ahora bien, el proceso de **generalización** de los derechos consiste en el progresivo reconocimiento de los derechos fundamentales. Las primeras formulaciones históricas de los derechos naturales partían de la igualdad natural de todos los seres humanos, y por consiguiente, de la consideración de todos como titulares, por influencia del iusnaturalismo (Peces 1999: 162), tal como fue declarado en el modelo americano a través de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, así como en el modelo francés que cuyo preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, señalaba que “los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre” y en su artículo primero prescribía “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

En este sentido, el proceso de generalización supuso la extensión de la satisfacción de los derechos a colectivos que antes no lo poseían, lo cual justamente se expresa a partir del derrocamiento de los estados estamentales (propios del feudalismo) que dio paso a un discurso que construía una

formulación genérica, abstracta e intemporal de los derechos, basado en la defensa de la igualdad natural de los seres humanos.

En términos generales, la universalidad de los derechos fundamentales tiene que ver con la forma de redacción de los preceptos que contienen derechos, es decir, si permite concluir que un cierto derecho se adscribe universalmente a todos los sujetos de una determinada clase (menores, trabajadores, campesinos, ciudadanos, mujeres, indígenas: lo importante es que sea atribuible a *todas las personas* que tengan la calidad establecida por la norma), entonces se habla que estamos ante un derecho fundamental universal (Carbonell 2010: 33).

Luigi Ferrajoli considera que los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar [...] entendido “universal” en el sentido lógico y no valorativo de cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar sean sus titulares (2001: 291-292).

- c. El proceso de **especificación** también llamado proceso de concreción por Peces Barba, supone no solo la selección y matización de lo ya existente, sino que aportan nuevos elementos. La especificación se produce en relación con los titulares de los derechos, con los contenidos de estos y tiene una conexión indudable con su consideración como un concepto histórico, es decir, inserto en la cultura política y jurídicamente moderna (Peces 1999: 180).

Norberto Bobbio señala que esta etapa se dio en virtud del paso del hombre abstracto al hombre concreto, del individuo considerado como ciudadano al individuo considerado en los distintos roles o estatus que puede tener la sociedad. Si la universalización puso en claro que los derechos pertenecen a *todas* las personas con independencia de su lugar de nacimiento o residencia, de sus características físicas, de sus preferencias y sus ideologías, la especificación quiere responder a las preguntas “¿qué hombre?, ¿qué

ciudadano? (Citado en Carbonell 2010: 41). El proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas pasa por la generalización de estos al reconocimiento de derechos hacia aquellas con características diferentes a las demás, incidiendo en su especial vulnerabilidad social con la finalidad de que los derechos no sean meras declaraciones en ellas, sino sean reales o concretos.

El Tribunal Supremo español refiere que las minorías deben cumplir con tres rasgos principales para otorgarles protección: que sufra un prejuicio (pensamiento estereotipado basado en hechos falsos y a menudo enraizados en la simple hostilidad) que tenga un pasado y un presente de discriminación y que carezca de poder político, como por ejemplo cuando una medida discrimina a los homosexuales, parece plausible pensar a menudo que lo hace a causa de una creencia irracional, visceral en su inferioridad o enfermedad o a causa de completa ignorancia de los hechos relevantes (Rey 2012: 221-223).

Asimismo, según Allport el prejuicio es una antipatía que se apoya en una generalización imperfecta o inflexible, puede sentirse o expresarse, puede estar dirigida hacia un grupo en general o hacia un individuo, por el hecho de ser miembro de un grupo. El efecto final del prejuicio, así definido, es colocar al objeto del prejuicio en una situación de desventaja no merecido por su propia conducta (1971: 24).

Con base a esos criterios consideramos que las personas el que tienen una orientación sexual diferente a la heterosexual, las que tienen una identidad de género o expresión de género no convencional, denominadas bajo las siglas LGTBI (lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex) constituyen una minoría que merece protección, debido a que cuentan con los mismos rasgos de los grupos sociales vulnerables; por tanto, permiten distinguirlas como una en desventaja, dado que sufren de ideas prejuiciosas por parte de la sociedad (creyéndolos inferiores o enfermos), tienen un pasado y un presente de discriminación y carecen de poder político.

1.2. La dignidad

Francisco Fernández señala que uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo contemporáneo o también llamado de la segunda postguerra es la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental (1995: 49). El primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, prescribe “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Peter Häberle concibe a la dignidad de los seres humanos es el valor fundacional del ordenamiento y de ella deriva el plexo de derechos fundamentales que son reconocidos a todos los individuos que conforman la familia humana, lo denomina, además, como “premisa antropológica del Estado constitucional”(2003:169); asimismo, una de las definiciones más citadas es la de Von Wintrich para quien la dignidad consiste en que “el hombre, como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea” (Citado en Fernández 1995: 52).

Nosotros siguiendo a Emmanuel Kant señalamos que la dignidad tiene dos contenidos uno negativo por el cual a nadie se le puede ser tratado como un mero medio, sino como un fin en sí mismo, es decir, la persona es un límite en sí mismo, y, una faz positiva que nos indica que la persona es un ser autónomo, con la capacidad de autolegislarse, autodeterminarse y encauzar su vida conforme su decisión.

Por otro lado, en cuanto a quien corresponde a la titularidad de la dignidad del ser humano; según la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 1): “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, es decir, la persona es concebida en términos absolutos, esto

es, la atribución de la dignidad de la persona, entiéndase sujeto de derecho no depende ni su nacionalidad ni de ninguna otra circunstancia personal.

De la misma forma el artículo 1.2) de la CADH, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, a cuyo tenor, prescribe que “(...) persona es todo ser humano”; en otras palabras, la dignidad es predicable a todo ser humano, sin ninguna distinción. No obstante, pese a que la dignidad es atribuible a toda persona independientemente de las características o particularidades de cada uno, en el caso de las personas LGTBI existen factores sociales que obstaculizan el reconocimiento de este primordial derecho, en muchos casos nos encontramos con problemas deducidos de concepciones de carácter moral, tal es el caso de las sociedades occidentales que se encuentran profundamente influenciadas por la visión de la sexualidad que en general desarrolló el cristianismo.

Si bien la posición católica tradicional sobre las personas LGTBI llevó, en algunos casos, a su exclusión de las actividades de la iglesia; no obstante, algunas comunidades religiosas se posicionaron abiertamente como aliadas de estas, incluyendo a varias comunidades protestantes y a sectores de la Iglesia anglicana en el mundo entero como el arzobispo de Ciudad del Cabo, Njongonkulu Ndungane, su antecesor Desmond Tutu y el ex arzobispo del África Central Walter Makhulu. En distintas partes del mundo hay comunidades judías católicas y musulmanas que apoyan sus derechos.

Incluso dentro de la Iglesia católica ya se aboga por un replanteamiento moral más sofisticado e importante acerca del tema, como la desarrollada por un grupo de teóricos íntimamente ligados al Vaticano, conocidos como la Nueva Escuela de Derecho Natural, en ella por ejemplo la orientación sexual hacia personas del mismo sexo aparece concebida como un fenómeno natural, como cualquier *handicap* con el que se nace, la persona no se encuentra “condenado” *a priori*, sino que la condena viene dada por la realización de prácticas homosexuales que son consideradas contrarias a la dignidad humana, en otras palabras, una persona que no tiene preferencias heterosexuales católico que quiera vivir según las enseñanzas morales

tiene que elegir entre llevar una vida de castidad y celibato o de casarse y pasar el resto de su vida bajo la ficción de la heterosexualidad (Citado en Rivas 2001: 297-298).

Asimismo, en el Informe de cómo lograr credibilidad y fortalecer el activismo se señaló que cualquier intento de expresión y disfrute de la propia sexualidad se encuentra fuera del ámbito de lo moralmente aceptable, se considera contrario a la dignidad humana (Global Right 2010: 212).

Esta línea de pensamiento se advierte también en las declaraciones del Vaticano a través del documento conocido por su título en latín *Instrumentum Labori* que subraya la gran brecha entre las enseñanzas oficiales de la Iglesia sobre moral sexual, su aceptación y comprensión por parte de los fieles de todo el mundo, aunque el nuevo documento no apunta a ningún cambio inmediato en la condena de la iglesia a los actos homosexuales y su oposición al matrimonio gay y la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo, no obstante, empleó un lenguaje menos moralizante y más compasivo que anteriores comunicados del Vaticano (Perú 21 2014: 9).

En relación al pensamiento del papa Francisco no se puede advertir de manera clara su postura, pues los comentarios públicos son de respeto y no discriminación hacia los LGTBI, sin embargo, en la entrevista del 27 de agosto de 2018 que brindó a los periodistas que viajaban con él, en su vuelo de regreso desde Irlanda hacia Roma, uno de ellos le preguntó: ¿ qué les diría a los padres que identifican tendencias homosexuales en sus hijos?, ante dicha inquietud, el pontífice aseguró que rezaría, no condenaría, dialogaría, comprendería y les dejaría “espacio”, asimismo, tras dicha declaración, indicó que: *“cuando la homosexualidad es manifestada desde la infancia, aún queda mucho por hacer, incluso desde la psiquiatría, y que el caso es distinto cuando se evidencia luego de los 20 años”*, también señaló: *“nunca diré que el silencio es un remedio. Ignorar a su hijo o hija con tendencias homosexuales es un defecto de paternidad o maternidad”* [el subrayado es mío], acotó; sin embargo, esta controversial recomendación de recurrir al psiquiatra para tratar la homosexualidad en los niños fue retirada en la versión oficial de la conferencia de prensa, señalando

que “cuando el papa se refiere a psiquiatría, está claro que quería dar un ejemplo sobre las diferentes cosas que se pueden hacer”, afirmó Paloma García Ovejero, una portavoz del Vaticano (Ángulo 2018).

Cabe resaltar que la enseñanza oficial de la Iglesia católica en especial acerca de la homosexualidad es que objetivamente es un desorden y que no pueden casarse por la Iglesia. Respecto a que, si un gay puede ser sacerdote, se dice que el papa Francisco continúa la misma línea de su predecesor Benedicto XVI, quien emitió un documento que señalaba que los hombres con tendencias homosexuales profundamente arraigadas no se les deberían permitir estudiar para el sacerdocio (Gallaher 2018).

El documento titulado “Sobre los criterios de discernimiento vocacional en relación con las personas de tendencias homosexuales antes de su admisión al seminario y a las órdenes sagradas”, refiere lo siguiente:

Desde el Concilio Vaticano II hasta hoy diversos documentos del Magisterio y especialmente el Catecismo de la Iglesia Católica han confirmado la enseñanza de la Iglesia sobre la homosexualidad. El Catecismo distingue entre los actos homosexuales y las tendencias homosexuales. Respecto de los actos enseña que en la Sagrada escritura éstos son presentados como pecados graves. La Tradición los ha considerado siempre intrínsecamente inmorales y contrarios a la ley natural. Por tanto, no puede aprobarse en ningún caso.

Por lo que se refiere a las tendencias homosexuales profundamente arraigadas, que se encuentran en un cierto número de hombres y mujeres, son también éstas objetivamente desordenadas y con frecuencia constituyen, también para ellos, una prueba. Tales personas deben ser acogidas con respeto y delicadeza; respecto a ellas se evitará cualquier estigma que indique una injusta discriminación. Ellas están llamadas a realizar la voluntad de Dios en sus vidas y a unir al sacrificio de la cruz del Señor las dificultades que puedan encontrar.

A la luz de tales enseñanzas este Dicasterio, de acuerdo con la Congregación para el Culto Divino y la Disciplina de los Sacramentos, cree necesario afirmar con claridad que la Iglesia, respetando profundamente a las personas en cuestión, no puede admitir al Seminario y a las Órdenes Sagradas a quienes practican la homosexualidad, presentan tendencias homosexuales profundamente arraigada o sostienen la así llamada cultura gay. Dichas personas se encuentran, efectivamente, en una situación que obstaculiza gravemente una correcta relación con hombres y mujeres.

De ningún modo pueden ignorarse las consecuencias negativas que se pueden derivar de la Ordenación de personas con tendencias homosexuales profundamente arraigadas.

Si se tratase, en cambio, de tendencias homosexuales que fuesen sólo la expresión de un problema transitorio, como, por ejemplo, el de una

adolescencia todavía no terminada, éstas deberán ser claramente superadas al menos en tres años antes de la Ordenación diaconal (Vaticano: 2005).

En otras palabras, para la Iglesia católica las personas con una orientación sexual diversa son personas que si bien merecen ser tratadas con respeto y misericordia, también lo es que sus actos son considerados inmorales y contrarios a la ley natural, son “objetivamente desordenadas”, es decir, son vistos como personas anormales, no son mirados desde una perspectiva de igualdad, sino como pecadores y no aptas para el ejercicio del sacerdocio y las órdenes sagradas; posición que deja de lado otros aspectos de la persona, centrándose únicamente en su sexualidad.

Un Estado laico es entendido como una forma de organización político - social que busca la neutralidad del Estado frente a la religión, garantizando la libertad e igualdad de las personas; en otras palabras, el Estado ya no responde a la doctrina de la Iglesia, sino a la voluntad del pueblo, reconociendo a esta como una sociedad diversa. Asimismo, Blancarte Roberto señala que más que una separación formal entre el Estado e Iglesia, se puede decir que “la laicidad supone la autonomía de lo política frente a lo religioso, independientemente de las diversas formas de relación entre el Estado y las Iglesias o convicciones religiosas institucionalizadas” (Citado en Abad 2012: 19). Nuestro Estado es uno laico por tanto debe reconocer la dignidad de las personas independientemente de su orientación sexual, identidad o expresión de género.

A nivel social muchas veces las personas LGTBI son considerados como inferiores, pecadores, enfermos, malos, delincuentes, criminales, anormales o llegado incluso a despojarlos de su condición de ser humanos; pero la dignidad trasciende de esas ideas e impone al Estado y los privados deberes de respeto, protección y garantía.

El Estado tiene obligaciones negativas o pasivas “de no hacer” como obligaciones positivas o activas “de hacer”, a efectos de brindarles protección legal para que superen circunstancias desfavorables o remuevan obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio pleno de sus derechos fundamentales que son expresión de la dignidad intrínseca de todos los seres humanos, sin exclusión (Siles 2010: 40-41).

El Estado es un ente que debe garantizar la dignidad de las personas sin excepción a fin de lograr el pleno desarrollo de la faceta individual de ellas. En este orden, Oeling de los Reyes señala que solo un Estado que proporcione los medios para un desarrollo pleno de la personalidad y asegure la posibilidad de vida del ciudadano de acuerdo con un patrón de conducta libremente elegido, eleva la faceta de dignidad individual a la idea superior de dignidad humana como fundamento real del ordenamiento constitucional (Citado en Kresalja 2008: 17-18).

1.3. Derecho de la libertad

La libertad es un concepto flexible que tiene tantos matices que pueden aplicarse no solo al individuo y a sus conductas, sino a los animales y a las cosas; en ocasiones expresa un sentido físico y en otras ideas morales o jurídicas.

Miguel Carbonell empieza definiendo a la libertad intuitivamente como aquella que se refiere a un estado personal contrario a la esclavitud, asimismo, refiere que será libre quien no esté sujeto a ningún poder, es decir, a cualquier tipo de influencia o determinación de su conducta. Si alguien puede ejercer cualquier tipo de poder sobre nuestra persona entonces no somos completamente libres (2004: 274).

Los desacuerdos en las concepciones acerca de la libertad individual dentro del pensamiento liberal suelen expresarse en los extremos de mayor o menor libertad, puesto que algunos otorgan un espacio más amplio a la esfera de acción del individuo y a su autonomía, mientras otros una naturaleza más restrictiva y limitada. En este sentido las concepciones en términos generalmente aceptados por los teóricos suelen llamarse como: libertad negativa (permiso), libertad positiva (autonomía y autodeterminación) y la libertad real.

1.3.1. Libertad negativa

Es aquella que considera a la libertad como licencia, es decir, sujeta al dictamen colectivo, reduce la dimensión de actuación del individuo a favor de la sociedad y su ordenamiento.

Noberto Bobbio considera que la libertad negativa es aquella situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos. La libertad negativa suele llamarse también libertad como “ausencia de impedimentos” (posibilidad de hacer) o libertad como “ausencia de constricciones” (posibilidad de no hacer). Esta libertad consiste en hacer (o no hacer) todo lo que las leyes, entendidas en sentido lato y no solo en sentido técnico jurídico, permiten o bien no prohíben (y que en cuanto tales permiten no hacer) (1993: 97-99). Esta forma de entender a la libertad negativa, según lo recuerda el mencionado autor tiene como referentes a pensadores liberales primigenios como Hobbes¹, Locke² y Montesquieu³.

Si bien el individuo es libre de actuar, también lo es que la libertad (negativa) constituye una licencia dada al individuo con límites que no debe soslayar lo previamente consensuado en la sociedad y que esta expresado en normas; por tanto, el Estado puede intervenir en decisiones que le afecten a él y a la sociedad en general.

¹ Bobbio señala que cuando Hobbes recogió el principio *libertas silentium legis*, precisó “[p]ero, dado que las leyes nunca han limitado ni pueden limitar todos los movimientos y acciones de los ciudadanos en vista de su variedad, quedan necesariamente innumerables cosas que las leyes no ordenan ni prohíben, y cada uno puede hacer u omitir, según su criterio. Con respecto de ellas se dice que cada una goza de su libertad, debiéndose entender, en este caso, que la libertad es aquella parte del derecho natural que las leyes civiles permiten y dejan a discreción de los ciudadanos” (1993: 98).

² La libertad de los hombres, bajo el gobierno consiste en “una libertad que me permite seguir mi propia voluntad en todo aquello en lo que la norma no prescribe, así como no estar sometido a la voluntad en todo aquello en lo que la norma no prescribe, así como no estar sometido a la voluntad inconstante, incierta, desconocida y arbitraria de otro hombre.” (Bobbio 1993: 99).

³ La libertad es el derecho de hacer aquello que las leyes permiten.

1.3.2. Libertad positiva

Norberto Bobbio define como aquella situación en que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros. Esta forma de libertad se identifica con la “autodeterminación” o “autonomía” (1993: 100). Laporta señala que la libertad negativa se entiende como ausencia de obstáculos o constricciones, la positiva presupone la presencia de un elemento crucial la voluntad, el querer hacer algo, la facultad de elegir un objetivo una meta (Citado en Carbonell 2004: 281).

La libertad positiva puede tener una connotación individual (autonomía) y otra colectiva (autodeterminación). Carlos Santiago Nino considera que el principio de la autonomía individual consiste en la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción debe limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual y la satisfacción de los ideales en virtud que cada uno sustente e impida la interferencia mutua en el curso de tal persecución (1989: 205).

Según Bovero Michelangelo con la expresión libertad positiva se indica aquella forma o especie de libertad que coincide con el poder sobre sí mismo, la autonomía “de acuerdo con este concepto de libertad, una persona puede ser definida como libre en la medida en que reconocemos que puede tomar decisiones por sí misma, que es capaz de querer, de determinar su propia voluntad en un sentido o en el otro, de escoger” (2002: 79).

En cambio, la autodeterminación es ejercida por las colectividades sociales, es decir, un grupo conformado por personas con motivaciones diversas, tales como minorías étnicas, rurales, entidades, asociaciones, el mencionado autor señala que “la expresión autonomía política se puede entender como autonomía colectiva, o más bien la autonomía como determinación del

colectivo, considerado por analogía como un individuo artificial, hobbesianamente compuesto por personas naturales; en esta acepción, la autonomía política indica alguna forma (y en algún grado) de independencia de un sujeto colectivo frente a otros sujetos” (2002: 88).

1.3.3. Libertad real

Algunos filósofos contemporáneos no se quedan centrados en esas dos categorías de libertad, sino que además indican que hay una libertad auténtica (libertad real) cuando la soberanía de una persona consiste en querer hacer cosas que puede hacer y no solo aquella que desea. Philippe Van Parijs precisa que una sociedad libre es aquella que satisface al menos tres condiciones: 1) Existe alguna estructura de derechos bien defendida (seguridad), 2) en esta estructura cada persona es propietaria de sí misma (propiedad de sí), 3) en esta estructura cada persona tiene la mayor oportunidad posible de hacer cualquier cosa que pudiera querer hacer ordenación (*leximin de la oportunidad*) (1995: 4).

Dicho de otro modo, el referido autor propugna el pase de la libertad formal a la libertad real incorporando tres componentes: seguridad, propiedad de sí y oportunidad (elemento determinante, pues la libertad formal solo incorpora los dos primeros) (1995: 4-6); es decir, aquella posibilidad por la cual una persona es libre de manera auténtica, debido a que cuenta con los recursos económicos que posibiliten tal situación.

Finalmente, nosotros consideramos que el Estado es quien debería regularlas conductas que merecen ser restringidas con el fin de aguardar la paz social maximizando en la medida de lo posible el ejercicio de los derechos fundamentales y no sobrecriminalizar conductas o formas de vida que no afectan a los demás. El ejercicio de la sexualidad apela a uno de los aspectos más relevantes del liberalismo: la defensa de un ámbito en el que el individuo pueda tomar cualquier decisión, sin la interferencia del Estado.

1.4. El derecho al libre desarrollo de la personalidad

En cuanto al libre desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad, el TC peruano no sienta una posición acerca de si este representa un derecho fundamental innominado que encontraría su fundamento en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú o si por el contrario es un derecho fundamental que se ubicaría en el artículo 2 inciso 1), cuando reconoce el derecho de toda persona a su libre desarrollo.

En la Sentencia recaída en el Expediente N° 007-2006-PI/TC, el TC se decanta por considerar que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad resulta ser un derecho fundamental innominado o implícito derivado de la dignidad de la persona.

47. El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución). En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad.

Sin embargo, en la Sentencia dictada en el Expediente N° 00032-2010-PI/TC, el TC deja atrás esta posición y replanteando sostuvo que al establecerse este derecho dentro del artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política, gozaría de mayor legitimidad.

21. Tal derecho, como bien lo han advertido las partes de este proceso, es el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aunque en anterior jurisprudencia este Tribunal ha sostenido que éste es un derecho innominado y que, consecuentemente, encontraría su fundamento en el artículo 3° de la Constitución (cfr. STC 0007-2006-PI, F. J. 47), analizadas con mayor detenimiento las cosas, la manifiesta indeterminación de esta cláusula, aconseja a la jurisdicción constitucional –en razón de su carencia de legitimidad democrática directa– a no acudir a ella, a menos que el derecho fundamental cuya esencialidad ética es indiscutida y que es necesario proteger, no derive razonablemente de la semántica de los derechos expresamente enumerados por la Norma Fundamental. Y es que, si es posible establecer esta razonable relación, la interpretación constitucional que da cuenta de la existencia jurídica del respectivo derecho fundamental, gozará, además, de un mayor margen de legitimidad democrática al encontrar como fuente directa la expresa mención de un derecho por parte del Poder Constituyente en la Norma Fundamental. En otros términos, tal como en anterior ocasión ha dejado establecido este Tribunal, “en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos

constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos 'no enumerados' y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada”.

El TC consideró en la citada Sentencia que se debía apelar al artículo 3 de nuestra Constitución Política solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que en modo alguno pueda considerársele incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita.

En este sentido, sostuvo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentra reconocimiento en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución del Estado que se refiere a que toda persona tiene derecho a su libre desarrollo.

22. Si bien en este precepto no hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

Nosotros consideramos que efectivamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad (entendido desarrollo no necesariamente como progreso, pues no toda actividad de las personas nos lleva obligatoriamente a lo que pueda ser considerado como avance, mejora o progreso; sino como desenvolvimiento o rumbo) no se encuentra expresamente reconocido en nuestra Constitución de 1993 a diferencia de lo establecido en la Constitución de 1979 que en su artículo 2, inciso 1, establecía que toda persona tiene derecho: “A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolviendo de su personalidad”.

Sin embargo, constituye un derecho fundamental que si bien podría formar parte del derecho al libre desarrollo, así como este último derecho forma parte de un derecho continente que es el derecho a la libertad; no obstante consideramos necesaria su protección de manera específica como un derecho implícito derivado de la dignidad humana que tiene como objeto de protección la libertad de actuación del ser humano

respecto a determinados ámbitos de la vida para la autoconstrucción de su ser, en cuanto ser moral, regulando aspectos cotidianos que podrían ser considerados aparentemente sencillos, pero que son de suma importancia porque permite definir su modo de vida y que quieren hacer, mientras no se afecte a los demás y se respete el orden público.

En este sentido, este derecho nos permite determinar nuestro destino, desde realizar actividades tan básicas como de qué manera vestimos, qué tipo de alimentación queremos (vegetariano, vegano, carnívoros, flexitarianos, etc.), cómo vestimos, hasta cosas más profundas como qué tipo de pareja escogemos. El derecho al libre desarrollo de la personalidad no podría ser limitado, a menos que exista un fin constitucional que restrinja o limite su ejercicio a través de medios razonables y proporcionales.

Vale decir, que este derecho comprende a la orientación sexual, identidad y expresión de género de una persona, las cuales, viene a ser condiciones indispensables para la vida del ser humano, este derecho que es reconocido a todos no puede ser exclusiva de las personas heterosexuales, por cuanto, es condición indesligable para el logro de los planes o proyectos de vida propuestos y no puede ser negado a las personas que tengan una sexualidad no heteronormativa.

Por otro lado, es importante precisar que la Corte IDH en el Caso de Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile dictada el 24 de febrero del 2012 dejó sentada la posición que dichas categorías constituyen un componente fundamental de la vida privada de las personas y que existe una clara conexión con el desarrollo de la identidad, el plan de vida de cada persona, incluyendo su personalidad y las relaciones con otros seres humanos.

1.5. El derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad se encuentra consagrado en el artículo 2, numeral 2 de nuestra Constitución Política, al mencionar que toda persona tiene derecho: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, opinión económica o de cualquier otra índole”, asimismo, este derecho también encuentra reconocimiento en otros instrumentos internacionales o supranacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú que señala “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se **interpretan** de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” [el resaltado es mío].

En este sentido, podemos citar los siguientes:

- a. La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2.1: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas 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”.
- b. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26: “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”.
- c. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.2: “Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el

ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Artículo 3: “Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”.

- d. La Carta de las Naciones Unidas, artículo 55: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: (...). c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.
- e. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley”.

Estas normas internacionales coinciden en reconocer al derecho a la igualdad como un derecho indesligable de la persona humana, cuya observancia y respeto es irrenunciable, un anhelo normativo de suma importancia; asimismo, es considerado como modelo esencial del contenido de la dignidad humana. Según Gutiérrez y Sosa la igualdad no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, sino que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona (*mínimum* de humanidad respecto del cual no cabe distinciones) que es merecedora de una especial protección frente a otros entes existentes (2013: 99).

El TC peruano afirmó, en reiterada jurisprudencia que la igualdad consagrada constitucionalmente detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio constituye el componente axiológico del ordenamiento constitucional que vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico de

manera transversal. Como derecho fundamental constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata, asimismo, del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado en base a una razón proscrita por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otros (“motivos” “de cualquier índole”) que jurídicamente resulten relevantes⁴.

Por otro lado, según Fernando Rey la igualdad puede ser entendida como un criterio de distribución de recursos escasos, debido a ello se plantea siempre en contextos de reparto y de modo problemático está asociada también a la idea de justicia e incluso de derecho. Es una pauta de lo que una sociedad, en un período concreto, postula como razonable para medir la legitimidad o ilegitimidad de una desigualdad jurídica de trato entre un conjunto de individuos, respecto a un criterio previamente determinado (*tertium comparationis*) (2011: 65-66).

Con base de este criterio quien solicite la aplicación del principio de igualdad debe aportar un término de comparación adecuada y suficiente que permita verificar si efectivamente se brindó un trato diferenciado con una argumentación o justificación razonable.

Nuestro TC en la Sentencia dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI/TC de fecha 1 de abril de 2005, fundamento 62 precisa que se debe distinguir la diferenciación y la discriminación: “La diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y por tanto frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”.

⁴ Podemos ver este criterio por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 045-2004-PI/TC de 29 de octubre del 2005 (f. 20), y en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC de 1 de abril del 2005 (f. 59-61).

Entonces, el trato diferenciado está permitido cuando exista causas objetivas y razonable que lo justifique, mientras que la discriminación está prohibida, al tratarse de rasgos vinculados a la raza, sexo, idioma, etc., lo cual resulta manifiestamente intolerable.

La igualdad como derecho subjetivo se desarrolla, por un lado, como la prohibición de la discriminación y por otro en obligaciones de acción como por ejemplo en tratos favorables a grupos que se encuentran en situaciones de desventaja (como el colectivo LGTBI). La Constitución del Perú permite el trato desigual; sin embargo, prohíbe el discriminatorio, es decir, cuando no existe una razón constitucionalmente válida que la justifique. Esta regla no solo es impuesta al legislador en el diseño o proyectos de las normas de carácter general, sino también en los diversos ámbitos públicos y privados.

Todas las personas tienen el derecho a ser tratadas de manera igual, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género. Un caso importante en cuanto al reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI se dio en la ONU, pues señaló que reconocerían los matrimonios de personas del mismo sexo de trabajadores de la mencionada organización, a pesar de ser nacionales de un país que no acepte las uniones de este tipo.

El entonces secretario general Ban Ki-moon manifestó que la igualdad comienza en casa, al anunciar que los empleados que estén casados con una persona del mismo sexo tendrían todos los beneficios y derechos con independencia de las leyes del país de origen de esos funcionarios, debido a que era el Estado de origen el que determinaba la situación civil de un trabajador de Naciones Unidas: “todos los trabajadores forman parte de la ONU y deben ser tratados de igual manera” (Centro de Noticias de la ONU 2014).

La igualdad es aquel derecho inherente que tiene todo ser humano de ser reconocido como iguales ante la ley y de disfrutar todos los demás derechos que se otorga de manera incondicional, sin discriminación; por ello, no se puede brindar un trato

diferente por el solo hecho de tener una sexualidad diferente (no hegemónica a nivel social). La diversidad sexual no es una causa válida para ser tratado de manera diferente no hay razones ni objetivas ni razonables.

1.5.1. La igualdad material y las acciones afirmativas

La igualdad material o también llamada de oportunidades implica el establecimiento de diferencias de trato en función de criterios de desigualdad no solo jurídicamente razonables, sino que enervan cualquier posible discusión sobre la validez de la diferencia de trato jurídico debido a que se brinda en favor de ciertos grupos sociales marginados o en situación de vulnerabilidad como los niños y las niñas, los adultos mayores, las personas con discapacidad física o psíquica, los consumidores, la familia, etc.

La igualdad material o real, en el Estado social, se ubica dentro del esquema conceptual de la “igualdad formal”: la igualdad real es la misma igualdad “formal” cuando entran en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador (Rey 2011: 75). En otras palabras, si bien todos los ciudadanos tienen el derecho de ser tratados de la misma forma, también lo es que existen grupos vulnerables que por su naturaleza se encuentran en desventaja, dado que no pueden acceder a determinados servicios brindados por el Estado o por los particulares, poniéndolos en una posición de inferioridad. En estos casos el Estado debe aplicar “acciones afirmativas” a fin de compensar esta situación.

Se hace referencia a acción afirmativa a las medidas dirigidas a potenciar la capacidad de un grupo social para aumentar su peso social y permitir que ejerza con más eficacia la acción política para defender sus derechos, es decir, las acciones afirmativas son aquellas medidas destinadas a favorecer el acceso a determinados bienes, derechos y servicios escasos para colectivos o personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ello.

Consideramos pertinente hablar de acciones positivas o afirmativas y no llamarlas discriminación positiva, toda vez que el término discriminación en el derecho internacional se utiliza, como lo indica Mc. Clain “en un sentido peyorativo de una distinción injusta, irrazonable, injustificada o arbitraria, aplicable a cualquier acto o conducta que niega a ciertos individuos igualdad de trato con respecto a otros individuos, por su pertenencia a grupos particulares de la sociedad” (Citado en Lerner Naton 1991:43), lo cual, podría acarrear no solo la estigmatización del grupo desfavorecido, sino también el fortalecimiento de la exclusión social.

Las personas que tienen una sexualidad diferente a la imperante están dentro de este grupo en desventaja, debido a que históricamente han sido víctimas de la más brutal discriminación generando una cultura de acoso y del insulto, una cultura de miedo y de la sumisión entre las víctimas, se han perpetuado y generado hábitos de muy difícil corrección. Según Herrera el daño ocasionado es tan profundo, tan permanente y se les coloca en una posición de desigualdad que es necesario aplicar medidas compensatorias de las englobadas en los conceptos de discriminación positiva y acción afirmativa (2001: 249).

Estas medidas implican tanto la disposición de medidas jurídicas de acción positiva como la resolución e interpretación de las normas legales favorables al colectivo tradicionalmente en desventaja, también incluirían campañas institucionales para concientizar a la sociedad del daño ocasionado a las personas con sexualidades diversas como por ejemplo campañas de sensibilización a través de los medios públicos de comunicación; asimismo, Juan Herrera considera que se insertaría una agresiva política de lucha contra actos de discriminación, insultos públicos o ridiculizaciones, programas de información y asesoramiento en los centros de enseñanza media, concesión de fuertes subvenciones a las organizaciones de defensa de los derechos de gays y lesbianas, así como a los medios de comunicación (2001: 349).

Fernando Rey no cree que se pueda utilizar los métodos y estrategias empleados por otros colectivos para aminorar la desigualdad:

(...) no es posible extrapolar la estrategia de lucha de otros colectivos (con sus planes de igualdad de oportunidades, sus organismos públicos de impulso, etc.) a este campo; no obstante, los poderes públicos están obligados a que la discriminación social que sufren los homosexuales [nosotros hacemos extensible a las personas LGTBI] no prevalezca de ningún modo, para tal fin, el Estado deberá adoptar medidas de igualdad de oportunidades, en los diversos campos, pues hay en este ámbito un margen para su aplicación, aunque sea menor que en otros (mujeres, comunidades étnicas, etc.) y, lógicamente, específico” (2012: 2125).

Si bien el colectivo LGTBI sufre un profundo estigma social y no es un grupo de fácil determinación como el de cualquier otra minoría, pues por ejemplo en el caso de la orientación sexual las personas no lo revelan, tornando que la aplicación de acciones afirmativas o medidas equilibradoras se complique; sin embargo, ello no es óbice para reformularlas de acuerdo con las necesidades propias de cada uno de los colectivos LGTBI.

1.5.2. Acciones afirmativas a nivel educativo

Consideramos que uno de los motivos importantes de desigualdad y discriminación hacia los grupos vulnerables es el desconocimiento, la falta de respeto y la intolerancia, por ello, la educación en las niñas y los niños es importante para apaliar esta situación. En nuestro país, estuvo en discusión el Currículo Nacional de la Educación Básica del Ministerio de Educación, aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, el 2 de junio de 2016, comprende al enfoque de igualdad de género que en su página 23, señala:

Todas las personas tienen el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente. La Igualdad de Género se refiere a la igual valoración de los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de mujeres y varones. En una situación de igualdad real, los derechos, deberes y oportunidades de las personas no dependen de su identidad de género y, por lo tanto, todos tienen las mismas condiciones y posibilidades para ejercer sus derechos, así como para ampliar sus capacidades y oportunidades de desarrollo personal, contribuyendo al desarrollo social y beneficiándose de sus resultados. Si bien aquello que consideramos “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones.

Desde que nacemos, y a lo largo de nuestras vidas, la sociedad nos comunica constantemente qué actitudes y roles se esperen de nosotros como hombres y como mujeres. Algunos de estos roles asignados, sin embargo, se traducen en desigualdades que afectan los derechos de las personas como por ejemplo cuando el cuidado doméstico asociado principalmente se transforma en una razón para que una estudiante deje la escuela [el subrayado es mío].

A raíz de la publicación de este segmento en el mencionado Plan Curricular se produjo en nuestro país movimientos, colectivos “pro familia” que denunciaban que el MINEDU quería imponer una llamada “ideología de género”, el grupo que conglomeró la mayoría de adeptos es el denominado “con mis hijos no te metas”, quienes argumentaban que el Plan Curricular fomentaba la homosexualidad; no obstante, si leemos detenidamente el segmento antes mencionado no se evidencia lo mencionado, ni algo que no pertenezca a la realidad.

En relación a la parte que hemos subrayado podemos mencionar que es un dato biológico (sexo masculino y femenino); sin embargo, el género se va construyendo (autoconstrucción) día a día por influencia de nuestro entorno; entonces la identidad de género es la forma como nos percibimos o si nos identificamos con el sexo biológico con el que nacemos, pero más allá de lo señalado, podemos observar que lo se quiere con ese enfoque es la igualdad y no discriminación por razón de género. En los colegios se observa que los roles de las mujeres y los hombres se encuentran delineados, por lo que, se busca la igualdad en los trabajos asignados a cada uno de ellos, asimismo, con esto se pretende evitar la discriminación, el “*bullying*” a los alumnos que quizá son diferentes a los demás o tienen una sexualidad no hegemónica.

Cabe mencionar que contrariamente a lo que señalamos, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Perú, como motivo de la demanda Acción Popular promovida por el colectivo “Padres en Acción”, en primera instancia, anuló parcialmente el enfoque de igualdad de género, en la parte que subrayamos, esto es “[s]i bien aquello que consideramos “femenino” o

“masculino” se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones”.

Esta Resolución consideramos errada, puesto que a través de dichas líneas no se promueve la homosexualidad y no se dice nada ajeno a la realidad, tal es así que la Corte Suprema finalmente revocó dicha Sentencia y la declaró infundada la demanda en todos sus extremos, con el voto dirimente del magistrado Omar Toledo Toribio⁵.

Contra este Plan se une la Conferencia Episcopal Peruana (CEP) a través del Obispo Robert Francis Prevost quien manifestó a los diarios locales que “se está buscando promover otro tipo de igualdad con la finalidad de decir que se quiere vivir como uno quiere, creando categorías en la sociedad (orientaciones sexuales), las que hace daño a la constitución de la familia” (Perú 21 2017); no obstante, reiteramos que a través de dicho enfoque no se crea categorías es algo que existe y que se quiere ocultar o invisibilizarlo. Es evidente que la educación de nuestro país todavía sigue marcada por las enseñanzas de la Iglesia católica.

El citado Currículo Nacional va acorde a lo considerado por la Convención *Belem do Pará*, artículo 8: “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimen o exacerban la violencia contra la mujer”.

Vale decir, en todo proceso educativo y a nivel transversal se debe adoptar programas curriculares, a fin de que se modifiquen las conductas arraigadas que causan prejuicio y discriminación, con el objeto de erradicarlas y más bien

⁵ Sentencia publicada íntegramente en el Portal Web del Poder Judicial, el 3 de abril de 2019.

se inserten un enfoque de género basado en la diversidad acerca de la orientación sexual, género y expresión de este.

De igual modo, en caso de las mujeres ya sean lesbianas, bisexuales, trans e intersex se debería acoger políticas públicas a fin de que lleven una vida sin discriminación, pues en ellas recae una doble discriminación por el hecho de ser mujeres, toda vez que desde ya tenemos una sociedad machista (aún existe patrones de conducta arraigados contra la mujer) y por asumir una sexualidad distinta a la heteronormativa.

Esta situación es un tema sensible, debido a que la educación y el respeto por los niños, niñas y adolescentes deben tener especial cuidado; no obstante, consideramos necesaria la adopción de comisiones altamente especializadas que excluya cualquier información o contenido curricular que brinde una visión parcializada, estigmatizadora hacia las personas LGTBI y que más bien fomente e impulse el respeto y la tolerancia hacia la diversidad sexual.

Se necesita políticas de información, de tolerancia, respeto e inclusión de este colectivo que les permita resolver los problemas que les aquejan en su vida diaria; comprometiendo de ser el caso a los líderes de opinión, a los medios de comunicación, a las instituciones religiosas y a la sociedad en su conjunto.

Nuestras instituciones educativas no cuentan con un programa curricular definido contra la discriminación hacia las personas con sexualidades diferentes; en consecuencia, consideramos, necesario la inclusión en los planes curriculares y en los materiales de estudio la temática de la no discriminación, el fomento de la tolerancia y respeto mutuo, así como, la actualización, capacitación y sensibilización de los docentes.

Debería además adoptarse medidas para prevenir y sancionar a los actos denominados como *bullying*, que es el acoso físico o psicológico al que someten a unos alumnos, mayormente a otros compañeros e incluso en ciertas

ocasiones profesores y demás autoridades del centro de enseñanza, cuando está motivada por la discriminación por orientación sexual o identidad de género.

El Ministerio de Educación, a través de sus órganos de fiscalización debería revisar e incentivar la inclusión en los reglamentos internos: la tolerancia, respeto e inclusión de las personas LGTBI, asimismo, no debería sancionarse las expresiones de género de los alumnos y alumnas (prendas de vestir o accesorios) que no se encuentren asociados a la sexualidad imperante. Se debe llevar a cabo políticas de no discriminación contra las niñas, niños y adolescentes LGTBI o los que sean percibidos como tales, en los centros educativos, de salud e incluso dentro del ámbito familiar, adoptando políticas integrales de desarrollo, teniendo como principio el interés superior de niño y del adolescente.

1.6. La discriminación

El Perú es un país diverso y plagado de discriminaciones, las relaciones entre sus habitantes no se basan en la equidad y el mutuo reconocimiento, sino en la exclusión y la discriminación. Existen amplios sectores de la población que ven limitados el ejercicio de sus derechos, las causas de exclusión son múltiples y variadas: la posición económica, la raza, la etnia, el sexo, la clase, la generación entre otras. Según Cosme una de las causas está relacionada con las prácticas corporales, socializadas, vinculadas con el ejercicio de la sexualidad, la afectividad y la construcción de identidad de género, en especial del trato discriminatorio que se les brinda a las personas con prácticas corporales no hegemónicas o sexualidades y afectividades no hegemónicas (2007: 9-14).

En varios idiomas el término “discriminación” tiene dos significados un significado neutral como equivalente a “distinción” o “diferenciación” en favor o en contra de una persona, una cosa o una cualidad, así se suele decir: “es menester discriminar entre el bien y el mal” y un significado despectivo o negativo, en algunos idiomas esta es la

única connotación, equivalente a “discriminación en contra”, frecuentemente basado en prejuicio, por ejemplo cuando se dice: “África del Sur discrimina en el trato de los negros”, la única y clara interpretación posible de tal afirmación es que los negros en África del Sur están sometidos a un trato diferente sino el peor que el trato acordado a otros sectores de la población (Lerner 1991: 42-43).

Nosotros emplearemos el término discriminación aplicada a un individuo o grupo social con un rasgo nocivo, adverso y negativo basado en sentimientos contrarios y despectivos basados en prejuicios, sin un fundamento válido o razonable.

En este sentido, volvemos a la idea de que si no existe una causa razonable⁶ que justifique el trato diferente estamos ante una discriminación en los términos explicitados. Los textos constitucionales tienen el mandato imperativo de “prohibición de discriminación” que se observa cuando concurre alguno de los elementos o criterios proscritos de diferenciación: raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Esta prohibición de no discriminación se encuentra prevista de manera expresa en el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada también Pacto de San José: “Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

La prohibición de no discriminación se puede clasificar en directa e indirecta, será *directa* cuando toda norma o acto brinda un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a cualquiera de los supuestos arriba enumerados y será *indirecta*

⁶ En la doctrina española se suele distinguir la razonabilidad o clasificación razonable y la doctrina de clasificación sospechosa, por ejemplo el Tribunal Constitucional Español exige apreciar la razonabilidad de la diferencia jurídica de trato tan solo la existencia de alguna mínima justificación de la finalidad pretendida, entonces la doctrina de la clasificación (o diferencia jurídica de trato) *razonable* o principio general de igualdad (cuya vulneración produce una discriminación en sentido amplio) o la doctrina de la clasificación *sospechosa* o prohibición de la discriminación en sentido estricto por alguna de las causas establecidas en un texto constitucional. (Rey 2011: 76).

aquella situación en la que una disposición o criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a una persona en desventaja particular con respecto a otras.

El TC peruano al analizar un caso de discriminación contra la mujer, en la Sentencia dictada en el Expediente N° 5652-2007-PA/TC, considera que la prohibición de discriminación directa se da a través por ejemplo de una norma política o un acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo; y, la prohibición de discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formales neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.

1.6.1. Trato desigual, arbitrario y discriminatorio

Nuestro TC señala que está permitido el trato desigual ante situaciones diferentes, siempre en cuando esta distinción tenga una justificación razonable, en el Expediente N° 02974-2010-PA/TC.

7. La igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derechos y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (...).

En otras palabras, será un trato arbitrario (ilícito) cuando no encontremos justificación alguna para realizar la diferenciación, pero no se basa en aquellos motivos de alta repercusión social como en el caso de la discriminación que se constituye como una transgresión agravada al derecho a la igualdad.

Consideramos necesaria esta distinción de trato diferenciado arbitrario o también llamado ilícito con la discriminación, a fin de evitar no solo aquellas graves afectaciones al derecho a la igualdad (relacionadas a motivos reprochables por la sociedad, pues subestiman la dignidad de las persona,

estos pueden ser: su raza, sexo, orientación sexual, origen, idioma, condición socioeconómica, credo y opinión política), sino también impedir tratos o comportamientos desiguales pese a encontrarse en condiciones iguales.

En el Expediente N° 79-2009/CPC-INDECOPI-CAJ, iniciado de oficio por el Indecopi contra el Banco Interamericano de Finanzas se aprecia de manera clara cuando un trato es diferenciado, pero lícito: “Una persona quiso ingresar a una agencia bancaria acompañado de otra que portaba un arma de fuego. El personal de seguridad del banco activo las alarmas e impidió el ingreso de ambas, ante un claro peligro. Posteriormente, en su denuncia, la representante del usuario afectado señaló que esta era un recluso que había obtenido un permiso especial del Instituto Nacional de Penitenciaría (INPE), quien fue acompañado por personal policial vestido de civil. La denuncia, fue declarada infundada en última instancia administrativa, puesto que no se acreditó cuando se produjeron los hechos”.

En este caso, vemos que no se le permitió ingresar a la persona con portar un arma, sin embargo, había una especial justificación para que se le permitiera el acceso a dicho local que se trataba de reo que había obtenido un permiso especial para retirar dinero en compañía de un efectivo policial; en este sentido, era pertinente brindarle un trato diferenciado.

Un trato diferenciado ilícito será la negativa al acceso de productos o servicios debido a motivos simples, pero injustificados, es decir, puede ocurrir cuando no se puede celebrar el contrato, existan barreras que muestren un trato desigual, este trato puede evidenciarse cuando se impide el ingreso a una discoteca o un restaurante por ciertos motivos, así como cuando al consumidor se le niega, retarda o limita los servicios a los productos ofertados, pero debido a motivos arbitrarios, sin llegar a ser discriminatorios.

1.6.2. Discriminación hacia el colectivo LGBTBI

En el plano social y a nivel internacional la discriminación por la orientación sexual en los años ochenta estuvo influenciada por la aparición del sida. Así se relata la historia de esta asociación.

En mayo de 1981, el principal organismo de vigilancia epidemiológica de los Estados Unidos, *Center for Disease Control* (CDC) recibió una información alarmante e inusual del doctor Michel Gottlieb que trabajaba en un centro médico de Los Ángeles: “cinco hombres jóvenes habían sido tratados en los hospitales de Los Ángeles por una forma extraña de neumonía (*Pneumocystiscarinni*). Hasta entonces este mal solo era registrado en pacientes con una severa deficiencia de su sistema inmunológico. El 5 de junio de ese año, el Boletín semanal de CDC - *Morbidity and Mortality Report* - informó con detalle de estos casos que habían sido identificados y tratados entre octubre de 1980 y mayo de año siguiente” (Citado en Cueto 2001: 27).

Un factor común que tenían muchos de estos casos era la homosexualidad de los pacientes. Este hecho llevo a los médicos a hacer las primeras asociaciones entre la enfermedad y “el estilo de vida” de quienes la adquirían, generalizando sobre los “riesgos” de la “promiscuidad” sexual de la comunidad gay o el uso de drogas recreacionales como nitritos de amilo, utilizadas como estimulantes sexuales y conocidas como *popers*; sin embargo, a pesar que no existía ninguna relación biológica entre las drogas mencionadas, la orientación sexual y la enfermedad, estas generalizaciones se difundieron ampliamente debido al prejuicio, permitiendo la asociación entre la enfermedad y la homosexualidad. Arrizabalaga considera que un reflejo de la combinación de incertidumbre y prejuicio que existió entonces fueron las diferentes definiciones clínicas de lo que era un caso de sida y los nombres que tuvo inicialmente la enfermedad, algunos hostiles como: “cáncer gay”, “neumonía gay”, “peste gay”, o GRID (*Gay Related Immune Deficiency* o Inmunodeficiencia relacionada con los Gais) (Citado en Cueto 2001: 28).

En el Perú, un suceso que evidenció la discriminación hacia las personas que tienen una sexualidad diferente a la convencional fue lo ocurrido en Lima:

El 07 de junio del 2005, en donde un diario local informó que se efectuó una intervención a cargo de una decena de miembros del Serenazgo de la Municipalidad de Lince entre las avenidas Arequipa, Petit Thouars, Arenales, los jirones Enrique Villar, Teodoro Cárdenas, Manuel del Pino y Manuel A. Segura. En dicha oportunidad fueron detenidas más de 40 travestis, las cuales fueron reducidas con violencia ante su resistencia. Seguidamente, fueron llevadas al Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, en donde fueron dispuestas para aplicarles pruebas de descarte para VIH, hepatitis B, entre otras (Citado en Cueto 2001: 36).

Consideramos que el solo hecho de llevarlas en contra su voluntad o sin consentimiento alguno para realizarles la prueba de descarte del VIH transgrede sus derechos fundamentales de la libertad, intimidad, el libre desarrollo de su personalidad y su dignidad en sí misma, basándose en prejuicios y discriminaciones, más aún si hay otros mecanismos que no afectan sus derechos como por ejemplo dar previamente charlas, consejerías e informar de manera gratuita acerca del test, garantizándose la salud pública de la población, respetándose sus derechos fundamentales y tratando a todos los ciudadanos de manera igualitaria, pues la dignidad del ser humano le corresponde a toda persona independientemente de las actividades que realiza, más aun si no hay una relación de causalidad entre la orientación sexual e identidad de género con la mencionada enfermedad.

En este sentido, muchas personas travestis o transexuales que se dedican al trabajo sexual clandestino son víctimas de frecuentes redadas, detenciones, robos y maltratos físicos por parte de las fuerzas policiales y los serenazgos municipales. Las personas que tienen una orientación e identidad sexual han acumulado a través de esa su historia injusticias. En el Informe Anual “Situación de los derechos humanos de lesbianas, trans, gays [sic] y bisexuales en el Perú” se señaló que existen otros prejuicios contra este colectivo aparte de ser considerada como una enfermedad: que las personas LGTBI son responsables de la desaparición de valores tradicionales como la familia y el matrimonio, que la homosexualidad es un vicio o una perversión equivalente a la drogadicción o pedofilia (2005: 13).

Considerar que las personas LGTBI padecen de enfermedades mentales o que son los causantes de la desaparición de los valores no son argumentos válidos, sino falacias que no tienen respaldo o estudios de naturaleza científica, social o cultural, simplemente son prejuicios. Estos patrones arraigados son originados no solo debido al desconocimiento acerca de lo que es la orientación sexual y la identidad de género diversa, sino también a la

pretensión de que todas las personas tengan la misma sexualidad imperante, bajo el pretexto de considerarlas como una enfermedad o patología.

Usualmente se considera a la orientación sexual e identidad de género como una enfermedad, dentro de los términos médicos, esto implica que debe haber un diagnóstico y como consecuencia de ello una “cura” o “remedio”, lo cual conlleva al uso de prácticas para desterrar aquellas que no son conformes a las sexualidades imperantes, afectando los derechos de las personas y llegando incluso a tratos degradantes.

Como se puede apreciar la orientación sexual hacia personas del mismo sexo es concebida como una enfermedad que debe ser curada y por tanto es motivo de estigmatización social; sin embargo, ha quedado establecido por la misma Organización Mundial de la Salud, el 17 de mayo de 1990, mediante la aprobación de la Décima Revisión de la Estadística de la Clasificación de las Enfermedades y Problemas de Salud Relacionados (ICE-10) que la “orientación sexual” por sí misma no era un trastorno y se retiró del listado de las enfermedades o patologías. En virtud de ello dicha fecha es considerada como el día internacional contra la homofobia y la transfobia, pues se excluye a la homosexualidad de las enfermedades mentales.

1.6.3. La homofobia

Es el temor irracional u odio a los homosexuales. Resultado en parte de ideas rígidas sobre el género. Un hombre o una mujer que, según las normas convencionales, parecen lo contrario amenazan la estricta separación de géneros que la gente da por supuesta. La homofobia es la razón de violencia policiaca y de otros tipos contra los homosexuales (Sherry 2004: 96).

Asimismo, se dice que la homofobia designa el miedo y la aversión irracional a la homosexualidad, basados en prejuicios. En el Informe Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los

Estados miembros de la Unión Europea se consideró que la transfobia designa el miedo irracional y la aversión hacia las personas que no expresan su identidad de género que les fue asignada al nacer (2010: 9).

También se suele considerar a la homofobia como un sistema por el cual una sociedad por diferentes mecanismos rechaza aquellas formas de sexualidad no admitidas por las pautas tradicionalmente consensuadas en la misma (Duranti 2011:10). Esta definición es la que tomamos para referirnos al rechazo y violencia que se ejerce contra las personas LGTBI, en base a prejuicios, sin un fundamento científico. Allport nos da una escala de prejuicio que viene desde formas más simples como el rechazo verbal, evitar el contacto, discriminación, rechazo físico, ataque físico y exterminación (1971: 66).

La homofobia no solo afecta a quienes sufren la violencia, el rechazo y el insulto directamente, sino también a quienes no la viven (en sus carnes) pero son conscientes de que esos insultos también pueden ir dirigidos contra ellas o ellos en el momento que llevan a cabo sus deseos homosexuales o se les marque como homosexuales (Pichardo 2009: 152), es decir, aquellos que no expresan su homosexualidad de manera libre pero que sienten discriminados porque se identifican como tales.

La homofobia se da en todo ámbito social: está presente en un conjunto que abarca desde la esfera privada hasta la calle, pasando por el hogar, la escuela, el trabajo y los medios de comunicación, incluso se institucionaliza en forma de persecución activa de las personas homosexuales (Pichardo 2009: 152). Por tanto, las personas que tienen una sexualidad diferente a la imperante son discriminadas sistemáticamente en base a prejuicios sociales carentes de fundamento que impide el ejercicio de sus derechos fundamentales y afecta inescindiblemente su dignidad, al no reconocerse su estatus de personas.

En algunas sociedades su situación resulta extrema tal como lo evidencia Amnistía Internacional⁷ quien informó que en la actualidad alrededor de 76 países penalizan los actos sexuales entre personas adultas del mismo sexo, mientras diez países los castigan con pena de muerte: Arabia Saudita, Irán, Yemen, entre otros.

La India es el país que recientemente despenalizó los actos homosexuales, mediante la emisión del fallo de la Corte Suprema que declaró inconstitucional el artículo 377 del Código Penal que castigaba cualquier relación carnal contra el orden de la naturaleza, castigándolo hasta con cadena perpetua (El País 2018).

En el Informe “Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la Unión Europea” observaron que, para evitar reacciones negativas, muchas personas LGBTI adoptan una estrategia de “invisibilidad” con los compañeros de trabajo, la familia y los amigos, ese hecho en sí mismo puede ocasionarles problemas emocionales y explicar la mayor incidencia de problemas de salud mental que experimentan las personas LGTBI. En términos generales, las actitudes negativas se traducen en un trato discriminatorio por parte de empresarios, compañeros de trabajo, prestadores de servicios, medios de comunicación y dirigentes políticos y religiosos (2010: 8).

Es importante enfatizar los tratos despectivos en los medios de comunicación, toda vez que es usual ver en muchos programas de espectáculos⁸ cómo se refieren de manera peyorativa a este colectivo, ni que decir en la prensa escrita (diarios “chicha”); los cuales, deberían estar proscritos, pues las burlas vertidas acrecienta los estereotipos, representándolos con una imagen basada en su sexualidad, reforzando la idea que este colectivo se define solo por su

⁷ Información extraída de la página web de Amnistía Internacional. Ver cuadro de páginas web.

⁸ Basta ver una edición del entonces programa “la noche es mía” para observar burlas o sarcasmos contra personas que tienen o parecen tener una sexualidad diferente, en el programa de “amor, amor, amor”; o las declaraciones del periodista Phillip Butters (que incluso acarreo su despido de radio Capital, por sus polémicas opiniones en la marcha “con mis hijos no te metas”).

actividad sexual y deja de lado a otros aspectos importantes que lo definen como persona.

En este sentido, el Estado es quien debería establecer mecanismos de protección eficaz a las personas que sufran violencia homofóbica o transfóbica a través del MMPV o la Defensoría de Pueblo, asimismo, debería brindar capacitación a nivel policial, del Ministerio Público y el Poder Judicial para que traten de manera adecuada a las personas que padecen de estos ataques, asimismo, no sean nuevamente agredidas esta vez por parte de las entidades del Estado y prohibir de manera específica la discriminación a las personas por su por orientación sexual e identidad de género, a través de leyes que les garanticen el acceso, sin discriminación, a los servicios básicos como salud, educación, trabajo. Entonces, debería sancionarse a los medios de comunicación cuando emitan burlas, ofensas o cualquier otro tipo de estigmatización contra las personas LGTBI.

1.6.4. Discriminación por parte del Estado peruano

En nuestro país las personas LGTBI sufren discriminación por parte del mismo Estado y esto se traduce en acciones u omisiones en las políticas públicas, legislativas y judiciales. El trato hacia este colectivo tiene que ver con cuáles serían las actitudes que deberíamos tener los unos hacia otros y fundamentalmente, cuáles deberían ser las acciones que el Estado tendría que adoptar, cuáles son las responsabilidades que asume. El Estado es quien debe garantizar el respeto de los derechos de las minorías y cumplir la función de garante frente a la población.

El 11 de diciembre del 2005 se publicó el derogado Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2005-JUS, cuya vigencia se amplió hasta el 31 de diciembre de 2011, a través del cual se implementó las políticas y directrices a favor de los grupos vulnerables (mujeres, pueblos indígenas y afroperuanos, personas con discapacidad, la

niñez y adolescencia, los migrantes, de las personas con VIH); sin embargo, en dicho plan no se contempló objetivos institucionales que otorguen acciones positivas a favor del colectivo LGTBI, solo se les reconoció el derecho a no ser violentado, a no ser tratado de manera denigrante o violento; no obstante, estas directivas eran insuficientes, pues no reconocía su especial vulnerabilidad, no había una política para que la discriminación disminuya.

Por otro lado, en el Informe presentado por DEMUS acerca de la Audiencia temática sobre la situación de discriminación por orientación sexual en el Perú ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resaltó la deliberación maliciosa del lenguaje utilizado por el mencionado Plan Nacional que usaba indistintamente las palabras “orientación sexual” e “índole sexual”, dado que invisibilizaba la realidad de las personas LGTBI, al confundirla con otro tipo de experiencias vinculadas a la sexualidad humana, sean legítimas o no (2006: 13).

El referido Plan trataba el tema de la homosexualidad de igual manera que la pedofilia (que no es una enfermedad sino también un delito en el Perú). Con relación al derecho a tener una familia, el Plan señalaba textualmente: “no se extiende al reconocimiento de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, legalizar uniones de hecho y adoptar menores”, con lo que negaba toda posibilidad de su reconocimiento.

Dicha situación de discriminación legal, se mantuvo en el Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016, publicado el 05 de julio del 2014, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2014-JUS, dado que si bien resulta interesante que se haya ampliado como grupos de protección a otras personas en situación de especial vulnerabilidad como: los adultos mayores, a la población afroperuana y las minorías étnicos raciales, a las personas con discapacidad, los migrantes, desplazadas, víctimas de trata y su familia, personas privadas de su libertad, pueblos indígenas, personas víctimas de la violencia ocurrida entre 1980 a 2000, personas afectadas por el VIH o la tuberculosis, entre otras.

Sin embargo, también resultó alarmante que las personas LGTBI no se encontraban dentro del ámbito de protección, pese a ser un grupo que adolece de una discriminación enraizada no solo a nivel social, sino que el Estado a través del Poder Ejecutivo perpetuaba la discriminación, sin una razón válida. La omisión también daba un mensaje el cual que era sancionar y denigrar a las personas LGTBI, tratarlos como ciudadanos de segunda clase, ello prolongaba la violencia y discriminación de las personas que no se ubican dentro de los conceptos tradicionales de sexualidad.

En el vigente Plan Nacional 2018-2021, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2018-JUS, publicado el 01 de febrero de 2018, incluyó por primera vez a las personas LGTBI dentro de los grupos de especial protección, visibilizándola además como la más expuesta a la discriminación, asimismo, toma en consideración las principales Sentencias dictadas por la Corte IDH (Atala Riffo contra Chile y Duque contra Colombia) y otros instrumentos internacionales que promueven su protección (Principios Yogyakarta), incluye el monitoreo y evaluación del Plan (esto es muy importante, puesto que implica que los compromisos asumidos tengan utilidad práctica y se efectivicen).

En líneas generales, este Plan incluye de forma directa como grupo vulnerable de protección a las personas LGTBI, a diferencia de los anotados Planes Nacionales, pues el primero que analizamos solo mencionó a la orientación sexual como motivo de discriminación, el segundo no hizo ninguna referencia al respecto. El vigente Plan es un paso importante del Estado hacia la protección de las personas LGTBI que contribuirá al fortalecimiento de manera transversal en sus políticas, fomentando las acciones por parte de los Ministerios y demás entidades públicas y privadas.

Por otro lado, debe resaltarse los esfuerzos que realiza el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), con respecto a los servicios que brindan al colectivo LGTBI, dado que han establecido los “Lineamientos para la atención de personas LGTBI en los servicios de atención del Programa

Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual - Contigo del MIMP”, aprobado mediante Resolución Directoral N° 017-2016-MIMP/PNCVFS-DE que tiene como fin mejorar los servicios otorgados al colectivo con el objetivo de erradicar la discriminación y se provea una atención sin estigmas, a través de dichas normas se permite estandarizar criterios y metodologías para la atención de los integrantes del colectivo, por ejemplo, la obligación de utilizar un lenguaje inclusivo, respetuoso, sin dar por sentado que la persona a atenderse es heterosexual.

Es necesario que este tipo de iniciativas se estandarice también en todo el Estado, teniendo como premisa que las personas constituyen el pilar de la administración pública, en este sentido, se debe capacitar a los funcionarios y servidores del Estado, puesto que aún no cuentan con una clara orientación hacia a las personas LGTBI. El Estado es quien debería actuar a través de medidas públicas, a fin de contrarrestar la homofobia e insertar a las personas LGTBI a una sociedad más justa y sin discriminación.

1.6.5. Movimiento de liberación LGTBI

Los movimientos de liberación surgen como consecuencia de las exclusiones de derechos al interior de la sociedad, los que son conducidos por nuevos actores políticos que no se ajustan a los cánones doctrinarios e ideológicos predominantes y pretenden cuestionar el deber ser de la realidad social. El más importante es el suceso conocido como Stonewall.

Ocurrió la madrugada del 28 de junio de 1969, en un bar neoyorquino en donde intervino la policía, si bien la mayoría de las redadas transcurría sin problemas: los travestis y muchos homosexuales de tapadillo aceptaban su destino y eran liberados si no se encontraban mayores cargos, pero aquella noche no fue así: todos se quedaron en la calle, esperando la salida de los agentes con los detenidos. Cuando ésta se produjo, los ánimos se calentaron de repente. La policía, sorprendida, retrocedió de nuevo al local, la multitud empezó a arrojar piedras, latas de bebida, botellas y todo lo que encontraba. Alguien prendió fuego al Stonewall y hubo que llamar a tropas de apoyo. No consiguieron disolver a la multitud hasta las tres y media de la madrugada. Pero al día siguiente, aparecieron grafitis que exigían poder para los gais y la legalización de los bares gais en las paredes y la policía volvió a tener dificultades para evitar que las multitudes se congregaran en el

lugar de los hechos. Los disturbios se prolongaron durante dos días y pronto diversos grupos iniciaron contactos que darían lugar a la articulación del Frente de Liberación Gay en los Estados Unidos (Mira 1999: 676-677).

Después de estos hechos se consiguió la abolición de las leyes y prácticas represivas que pesaban sobre las relaciones entre personas del mismo sexo, así como el fin del acoso policial que padecían quienes se aventuraban a ir a los bares de encuentros de relaciones homosexuales (Ugarte 2005: 36).

La revuelta de Stonewall tuvo un fuerte impacto en la comunidad gay, convirtiéndose en el punto de partida para muchos del movimiento de liberación LGTBI, al provocar la unión de los homosexuales en organizaciones como el Frente de Liberación Gay, la *Gay Activities Alliance*, los activistas de Los Ángeles, entre otros, asimismo, la conmemoración a los disturbios de Stonewall originó eventos anuales conocido como el Día Internacional del Orgullo LGTBI (Armstrong 2006: 744).

Estos acontecimientos pueden considerarse un símbolo de las luchas por los derechos civiles sexuales en las sociedades occidentales; no obstante es importante precisar que anteriormente ya se habían dado movimientos de defensa, tal como lo señala Rafael Mérida, en 1951 Harry Hay y Chuck Rowland habían fundado, en los Ángeles el primer grupo de defensa *la Mattachine Society* y en 1955, en San Francisco, Phyllis Lyon y Del Martín habían creado *The Daughters of Bilitis*, organización lesbiana casi paralela. (2009: 8-9). En dichos casos también se había protagonizado actos públicos y políticos, sin embargo, el más importante fue el mencionado evento de Stonewall.

Las personas LGBTI siguen siendo relegadas en sus derechos e invisibilizadas dentro de la sociedad, hoy en día a nivel mundial se les está reconociendo progresivamente la igualdad que aclaman; el mismo que no hubiera sido posible sin los grupos que impulsan el reconocimiento de sus derechos, tal como los movimientos de liberación gay. Marta Torres señala que se intenta romper la asociación de la homosexualidad con dos aspectos fundamentales

que habían permeado el imaginario colectivo: La enfermedad y la delincuencia. “Ni enfermos ni criminales, simplemente homosexuales”; simplemente solía sustituirse por orgullosamente (2012: 13).

La marcha del “orgullo gay” marcó un punto de inflexión en esa historia, por supuesto como parte de las democracias modernas, a fin de ser capaces de considerar la cuestión del placer sexual como algo privado, a pesar de que en la actualidad existe aún muchos bolsones de reacción rígida, también se observa cada vez mayor libertad y hasta poder por parte de la sociedad homosexual (Smola 2007: 64).

Entonces resulta importante que el Estado reconozca e invite al dialogo a estos colectivos, asociaciones y ONG que defienden los derechos de las personas LGTBI, a fin de que informen al Estado desde su posición acerca de los problemas que padecen y de esa forma se puedan implementar políticas acordes a sus necesidades.

Si bien la sociedad imperante quiere ocultarlo o simplemente cierra los ojos hacia la realidad, esta no resulta ser del todo invisible, sino al contrario ha ganado distintos espacios como el arte, la música, la televisión, la política, etc.⁹. Es así que estos campos son liderados, en muchas ocasiones, por personas que tienen una sexualidad que difiere del imperante de manera abierta, pues por el hecho de tener una sexualidad diferente no los hace menos ni más en sus actividades cotidianas.

1.7. La orientación sexual como motivo prohibido de discriminación en la Constitución Política del Perú

La Constitución Política del Perú de 1993 proclama la igualdad ante la ley, sin embargo, en la sociedad esta disposición no logra consolidarse de manera igualitaria.

⁹ Tal es el caso de Mauricio Fernandini Arbulu, Beto Ortiz, Ricardo Morán, Carlos Bruce y Alberto de Belaunde, entre otros quienes recientemente declararon su homosexualidad, cabe precisar que estos personajes tienen gran influencia en nuestra sociedad.

Dentro de los múltiples sectores que merecen protección por parte de Estado, las personas con una orientación diferente a la heterosexual no son tomadas en cuenta, son excluidas y calificadas de despreciables o ciudadanos de segunda clase.

En este sentido, situaciones como la negativa de incluir a la orientación sexual e identidad de género como causa de discriminación en nuestra Constitución o mantener consideraciones discriminatorias en el Código Civil hacia el colectivo mencionado, pueden ilustrar la incoherencia legal (Cosme 2007:19). Dado que si bien tenemos una igualdad formal en los hechos no se les otorga una igualdad normativa.

La orientación sexual, identidad y expresión de género están reconocidas explícitamente en nuestra Constitución dentro de los rasgos sospechosos de discriminación; no obstante, consideramos que ingresan implícitamente en la categoría de “*otra índole*”, señalada en el artículo 2, numeral 2 de la Carta Magna que prescribe que todos tenemos 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**”, [el resaltado es mío]; por las siguientes razones:

- a. Es una cláusula de naturaleza abierta, es decir, los supuestos son meramente enunciativos debido a que pueden ingresar a dicha categoría otros colectivos que tengan características comunes a los colectivos ya incluidos como: sufrir discriminación arraigada, vivir sumergidos en desigualdades estructurales donde confluyen situaciones de especial vulnerabilidad (pobreza, baja expectativa de vida, limitado acceso a la salud, a la educación, al trabajo, etc.). Las personas con sexualidades diversas cuentan con estos rasgos, dado que sufren discriminación histórica tanto a nivel social como legislativamente, el Plan Nacional vigente la consideró como aquella población que sufre mayor discriminación (*supra* 1.6.4).

También es importante resaltar que nuestro Código Procesal Constitucional contempla explícitamente como motivo prohibido de discriminación a la

orientación sexual en su artículo 37, inciso 1, al sancionar la procedencia del amparo “(...) no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole”, este artículo no ha sido objeto de inconstitucionalidad, al contrario es una norma de desarrollo constitucional que sin embargo se debió considerar a la identidad de género o en general a las sexualidades diversas como motivo prohibido de discriminación.

En el 2002, se promovió en el marco del proceso de reforma, la modificación de las causales de discriminación, en nuestra Constitución Política, aprobándose como proyecto, el artículo 2 inciso 2) “[t]oda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Está prohibida toda forma de discriminación que tenga por objeto o resultado de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. El Estado y la sociedad promueve las condiciones y medidas positivas para que, real y efectivamente, nadie sea discriminado”.

Como vemos en la propuesta de reforma de la Constitución se decanta por una prescripción general que engloba a todo tipo de discriminación. Cesar Landa consideró que debía dejarse de lado las especificaciones de los motivos de discriminación, a fin de evitar una repetición progresiva o desprotección en otros grupos.

De allí que en el artículo 2, inciso 2, cuando se hace esta redacción que es la que está en el anteproyecto, con la variante de haber dejado de lado las identificaciones de las prohibiciones de discriminación por motivos de origen, filiación, raza, género o sexo, idioma, religión, etc. (es el único cambio que se ha formulado). Lo que se ha buscado es, de acuerdo a la sesión anterior, sistematizar lo relativo a la no discriminación para evitar una repetición progresiva, a lo largo de ella, o que esta formulación enunciativa pueda crear, digamos, vacíos que determinadas agrupaciones también puedan solicitarla. En esta medida es que se ha pretendido dar esta idea de integralidad y síntesis sin menoscabar los postulados (Citado en Abad 2002: 21).

Nosotros consideramos que sí deberían prescribirse los motivos sospechosos de discriminación como un medio de visibilizar las situaciones de exclusión y

reforzar su prohibición en los ciudadanos. Por tanto, si bien la discriminación por orientación sexual no está explicitada en nuestra Constitución, también lo es que ello no quiere decir que no sea uno de los criterios proscritos, debido a que se puede extraer claramente de la interpretación del artículo 2, numerales 1), 2), 3) y de la interpretación integral de la Carta Magna.

La dignidad humana es atribuida a todas las personas, en consecuencia les corresponde iguales derechos, no hay razón justificada o válida para su negación o exclusión, tener una orientación afectiva y sexual diferente a la heterosexual e identidad de género diferente a la convencional no son razones suficientes para excluirlas; en consecuencia, consideramos necesaria su inclusión a nivel constitucional de manera expresa como causal de discriminación a la “orientación sexual e identidad de género”, pues de esa forma se hace visible a la población excluida, se refuerza su protección y se pone énfasis a las políticas públicas y exigible el respeto a los particulares.

Según Cosme la exclusión es un proceso simbólico cuya práctica condiciona la inexistencia efectiva del grupo excluido; en este sentido, la discriminación y exclusión son efectos culturales del prejuicio, dinamizado por estereotipo alimentado por fobias. Sin la combinación de prejuicios, estereotipos, discriminación y exclusión, no habría problemas sociales o normativos para los sectores de la población con sexualidades y afectividades no hegemónicas (2007: 20).

Silvia Loli refiere que hubo prejuicios al momento de debatir el derecho a la no discriminación, pues una de las discusiones giró en torno a la no discriminación por género, el cual permitió que se colocaran argumentos basados en la construcción de un concepto de este radicalmente distinto al que se utiliza desde un movimiento de mujeres, distorsionándose su real alcance. Un argumento esgrimido por opositores a esta propuesta es que su inclusión podría promover socialmente una orientación sexual distinta (2002: 88). En estas expresiones, podemos ver la discriminación implícita de los legisladores

basados en prejuicios sin fundamento científico o al menos lógico, dado que resulta hasta paradójico que el derecho a no ser discriminado sea tratado por personas prejuiciosas.

- b. En el ámbito regional, tenemos a la Constitución de Ecuador que reconoce explícitamente la prohibición de discriminación por orientación sexual, en su artículo 23:

Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas: [...] 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole [el subrayado es mío].

De igual manera en Argentina, Chile, Colombia, Uruguay, la discriminación por orientación sexual e identidad de género es motivo de prohibido de discriminación, de lo contrario no se entendería el reconocimiento y protección a las parejas del mismo sexo tal como lo veremos en el Capítulo III.

- c. En España, su Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 41/2006 sitúa indubitadamente el criterio de la “orientación sexual” entre los rasgos que contempla de modo implícito la lista del artículo 14 Constitución Española, al considerar que la homosexualidad compartiría los rasgos de los colectivos prohibidos de discriminación, expresamente mencionados en el referido artículo 14 (raza, sexo, etc.), debido a que existe una diferencia históricamente muy arraigada que situó a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones de desventajas y contrarias a la dignidad de las personas.

Fernando Rey Martínez, considera que la no discriminación por razón de la homosexualidad, a pesar de no ser aludida explícitamente por la Constitución Española, se convirtió en un asunto constitucional central debido a que está relacionado con dos derechos fundamentales la libertad y la igualdad.

Está en juego la libertad porque el corazón del asunto es la orientación sexual de las personas, es decir, una de las claves de la existencia humana y, por tanto, de su libre desarrollo de la personalidad, central para la vida familiar, el bienestar colectivo y el desarrollo de la personalidad individual. Pero también la igualdad está implicada porque nuestra Constitución como lo dijera el Juez Harlan de la Constitución norteamericana en su dissent a la Sentencia Plessy contra Ferguson (1896), 'ni conoce ni tolera clases entre los ciudadanos' (2012: 2099).

- d. Diversos instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad prohíben la discriminación por orientación o identidad de género. Es especialmente importante los pronunciamientos de la Corte IDH que interpretando a la CADH señaló enfáticamente que la orientación sexual e identidad de género son motivos prohibidos de discriminación.

Así en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile sentenció que la orientación sexual es una categoría protegida por la CADH, bajo el término "*otra condición social*", establecido en el referido artículo 1.1 de la citada Convención, fundamento 85: "Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión "*otra condición social*" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas".

Dentro de los cuales esta proscrito cualquier práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o identidad de género, ya sea proveniente de las autoridades estatales o por los particulares, fundamento 91:

La Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de unas personas a partir de su orientación sexual" [el resaltado es mío].

Agrega, en su fundamento 93:

Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1 de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

Otro importante caso llevado a cabo ante la Corte IDH es **Duque contra Colombia**, en cuyo fundamento 91, señaló:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la 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 derecho que sí reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.

Además, en su fundamento 104 reafirmó lo ya establecido en la Sentencia Atala Riffo niñas contra Chile, respecto a que la orientación sexual e identidad de género son categorías prohibidas de discriminación:

La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscribida por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir ninguno de los derechos establecidos en la convención.

Recientemente esta postura fue ratificada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, denominada "Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", fundamento 68, consideró teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la CADH, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de la referida Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y las Resoluciones de la OEA; asimismo, de acuerdo a los estándares establecidos por el TEDH y los organismos de las Naciones Unidas que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son

categorías protegidas por la Convención; por ello, está proscrita por esta cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en dichas categorías, pues lo contrario vulneraría a lo establecido en el artículo 1.1 de la CADH.

- e. La Asamblea de la OEA en el año 2008, en su cuarta sesión plenaria celebrada el 7 de junio de 2011, aprobó la protección de las personas contra tratos discriminatorios, basados en la orientación sexual.

En ese mismo año la ONU firmó la Declaración sobre orientación sexual e identidad de género, en cuyo artículo tercero, reafirmó “el principio de no discriminación, que exige que los derechos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”, es decir, la ONU toma posición garantista a favor del colectivo LGTBI, en especial, contra la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género.

- f. Recientemente, el Experto Independiente¹⁰ sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas, Víctor Madrigal Borloz, en el Consejo de Derechos Humanos 38° periodo de sesiones, de 18 de junio a 6 julio de 2018, consideró que las personas con una sexualidad diversa corrían mayor riesgo de sufrir violencia física o sexual.

La violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género existen en todos los rincones del mundo, asimismo, consideró que estudios exhaustivos han demostrado que las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero y de género no conforme, corren un mayor riesgo de sufrir violencia física y sexual que en la mayoría de los casos, la orientación sexual o la identidad de género de las víctimas fueron causas determinantes de los abusos. Los datos disponibles indican que se enfrentan a la cuasi certidumbre de sufrir violencia durante su vida y que, como norma general, viven cada día consciente de ello y con ese temo.

En ese sentido, es evidente que para el Experto Independiente la discriminación por motivo de orientación sexual o identidad de género se

¹⁰ El Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género es nombrado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Al titular del mandato se le invita a analizar la aplicación de los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos acerca de la problemática de la discriminación y violencia contra las personas LGTBI.

encuentra enquistada en la sociedad y por tanto debe ser considerada como motivo sospechoso de discriminación y que además se extiende a todos los aspectos de sus vidas como el acceso a los servicios de saneamiento, la higiene menstrual y los inodoros, en particular en situaciones humanitarias y zonas afectadas por desastres.

Por tanto, podemos concluir que la orientación sexual e identidad de género resultan ser categorías prohibidas de discriminación por la Constitución y protegidas por los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Así la Corte IDH en la Opinión Consultiva solicitada por el Estado de Costa Rica OC 24/17 sustenta además la protección a la categoría expresión de género.

1.8. Derechos sexuales

La sexualidad constituye una dimensión cotidiana de nuestras relaciones humanas, de manera consciente, implícita o explícita, privada o pública, conformándose como un componente, ciertamente susceptible de represión y ocultación, pero no de ser eliminado. Lo social y lo sexual devienen de esta forma en dimensiones isomorfas de un mismo fenómeno: el ser humano. Según Barragán todas las culturas a lo largo de la historia definen los límites sociales y culturales de lo permitido, una forma de convención social y lo proscrito, sexualmente hablando, cuyo resultado es un doble código de comportamiento. El código de lo legal, lo lícito, el papel de género y el código de lo privado, lo prohibido, la identidad de género, pero lo sexual no se puede identificar con lo biológico; la sexualidad comporta una dimensión afectiva, moral, psicológica, enmarcado en el contexto de cada cultura (1997: 11).

Paul Hunt sostuvo que la sexualidad es una característica que comparten todos los seres humanos y es un aspecto fundamental de la dignidad del individuo. Una comprensión correcta de los principios fundamentales de los derechos humanos conduce inevitablemente al reconocimiento de los derechos sexuales como derechos humanos. Entre los derechos sexuales figura el derecho de toda persona de expresar

su orientación sexual, teniendo en cuenta el bienestar y los derechos de los otros, sin temor a persecuciones, privación de libertad o injerencia social (2004: 18).

Por otro lado, la expresión de derechos sexuales suele ser tratado como derechos reproductivos o al menos como parte de estos. Rocío Villanueva señala que es más difícil y polémico tratar los temas de sexualidad que tratar los temas de reproducción, sobre todo si se consideran las implicancias de hacerlo desde un enfoque de derechos (2007: 25); no obstante, la misma autora distingue de forma clara estos dos conceptos: “parecería que los primeros son un subconjunto de los reproductivos; sin embargo, en mi opinión creo interesante (...) dar un determinado contenido a los derechos reproductivos y otro contenido determinado a los derechos sexuales, porque debe separarse el ámbito de la sexualidad del ámbito de la reproducción. Ambos pueden o no coincidir, por eso, conceptualmente, es útil que se tenga claro cuáles son los derechos reproductivos y cuáles son los sexuales” (2008: 376).

Los derechos sexuales garantizan que las personas tengan control sobre su sexualidad, por ello, los componentes de la sexualidad que deben considerarse protegidos son, cuando menos, la identidad sexual, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva. De esta forma, se protege la actividad sexual no procreativa o no heterosexual, esclavitud sexual, la prostitución forzada, la discriminación por opción sexual entre otros (Villanueva 2007: 26); lo cual, está relacionado con el derecho a la identidad personal.

Según Carlos Fernández la identidad personal es “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad”, es decir, todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro” y que en cuanto se proyecta al mundo social” permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto específico ser humano (1992: 113).

En este sentido, los derechos sexuales se refieren propiamente a los derechos que tienen las personas a ejercer con libertad y autonomía su sexualidad. Comprenden el derecho a decidir libre y responsablemente el desarrollo de la vida sexual, a recibir

una educación sexual, a ejercer la sexualidad sin fines reproductivos, al placer, a estar libres de amenaza, discriminación o violencia en la vida sexual y en todas las decisiones acerca de la sexualidad, a contar con servicios de calidad en salud sexual sin discriminación por edad, sexo, orientación sexual o estado civil, entre otros (Abad 2012: 142).

Estos derechos y concretamente el derecho a disfrutar de relaciones sexuales satisfactorias es consecuencia de reconocer que muchas veces la evolución de la vida sexual va por un camino diferente al reproductivo. El sexo pasa de ser un aspecto fundamentalmente reproductivo a una expresión de amor y libertad, siendo un componente del bienestar psicosocial (Abad 2012: 142); entonces es claro que la reproducción no está presente en la sexualidad de las parejas del mismo sexo.

Mitjans considera que el coito no es el objeto último o final de la sexualidad; pues dos hombres o dos mujeres no puedan mantener un coito genital entendido como recepción del pene en la vagina, el coito anal o la penetración de la vagina con dedos u otros objetos podrían ocupar esa centralidad en el sexo homosexual; sin embargo, este tipo de prácticas no son las más comunes en el sexo homosexual, por ejemplo, entre varones son más frecuentes el sexo oral o la masturbación mutua (2003: 37).

Incluso la mayoría de los hombres y mujeres que mantienen relaciones homosexuales considera que no es necesario que exista una penetración para que una relación sexual pueda ser completa y satisfactoria. La superación del coito centrismo y las nuevas imágenes y prácticas disponibles gracias a la democratización de las iconografías sexuales por los medios de comunicación de masas o internet lleva a que las personas incorporen no solo otras partes del cuerpo en sus prácticas sexuales, sino también objetos (Mitjans 2003: 39). Entonces vemos que la sexualidad pierde su vinculación exclusiva con la reproducción se puede ser feliz y constituir una familia sin tener hijos; no obstante, sigue produciéndose una presión social importante hacia la paternidad y la maternidad.

Por otro lado, si bien el derecho a la sexualidad no ha sido reconocido por nuestro ordenamiento jurídico en forma expresa consideramos que es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal como lo reconoció el TC del Perú en la Sentencia dictada en el Expediente N° 1575-2007/PHC/TC, fundamento 23:

Una de las facetas que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano el cual debe verse de manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. De este modo la relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. De allí que pueda considerarse que uno de los aspectos que conforman el derecho de una vida en condiciones dignas sea la posibilidad de tener relaciones sexuales.



CAPÍTULO II

DIVERSIDAD SEXUAL Y LA DISCRIMINACIÓN

2.1. La comunidad LGTBI, una minoría invisible en la sociedad

La sexualidad es parte de un discurso público abierto en las sociedades en general, a través de los medios y otros sistemas de comunicación, pero también en parlamentos, cortes y los terrenos en donde se dirigen las políticas globales que en las dos últimas décadas se han tenido logros claves con respecto a la sexualidad, a la salud y a los derechos humanos (Pet Chesky 2009: 10). Sin embargo, hoy en día si bien sigue siendo un tema tabú (algo que no se puede decir, hacer o tratar debido a prejuicios o convenciones sociales); también es cierto que es parte de la vida diaria y cada vez es hablada con mayor naturalidad desde distintos puntos de vista que confluyen dando lugar a discrepancias incluso dentro de una misma disciplina.

Según Lavigne la sexualidad constituye un campo de disputa social y política en el que convergen distintos discursos institucionales como el religioso, el jurídico y el médico; enfrentados tanto por construir e instalar determinadas representaciones como por ejemplo definir los modos de intervención en las políticas públicas, siendo quizá la práctica biomédica la más preponderante en nuestro medio, pues gestiona diferentes aspectos y dimensiones de la sexualidad para conjuntos específicos de la población basada, en su mayoría, en el saber y la práctica (2011: 87-88).

Si bien en el referido el ámbito médico, la sexualidad siempre fue una palabra relacionada con la biología y la reproducción; hoy en día tiene varias formas de comprender el sexo incluso dentro del denominado **sexo biológico** Willian Blake sostiene que está constituido por diferentes componentes que tienen, a su vez, características propias.

1. El sexo genético (dado por el número de cromosomas -XY y XX-).
2. El sexo cromático (marcado por la presencia o ausencia del cuerpo de Barr).

3. El sexo hormonal (establecido por el equilibrio entre andrógenos y estrógenos), el sexo gonadal (indicado por la presencia de testículos u ovarios).
4. El sexo fenotípico (constituido por la morfología del aparato reproductor tanto interno como externo, así como por las características morfológicas externas).
5. El sexo cerebral (dado por los núcleos del hipotálamo y que son diferentes en los machos y en las hembras), su función es desconocida en el ser humano, a esos últimos se les agrega los caracteres secundarios que aparecen al final de la pubertad (2011: 03).

Como podemos apreciar la categoría de sexo biológico no está solo determinado por lo femenino y masculino. Esta concepción binaria acerca del sexo es la adoptada tradicionalmente, en este sentido, un bebe al nacer se le asigna un sexo (**sexo de asignación**), sin tener la certeza de que tendrá dicho sexo y género cuando crezca.

Martha Lamas, manifiesta que esta clasificación funciona solo si tomamos en cuenta los órganos sexuales internos y los caracteres sexuales “secundarios” como una unidad; pero si imaginamos las múltiples posibilidades a que pueden dar lugar las combinaciones de las cinco áreas fisiológicas, veremos que nuestra dicotomía hombre/mujer es más que una realidad biológica, una realidad simbólica o cultural, estas áreas controlan cinco tipos de procesos biológicos en un continuum y no es una dicotomía de unidades, cuyos extremos son lo masculino y lo femenino (s/f: 10).

Asimismo, la mencionada autora da una aproximación de las combinaciones de los mencionados sexos que da como resultado por lo menos cinco sexos biológicos: “hombres (personas que tienen dos testículos), mujeres (personas que tienen dos ovarios), personas hermafroditas o herms (en las cuales aparecen al mismo tiempo un testículo y un ovario), hermafroditas masculinos o merms (personas que tienen testículos, pero presentan otros caracteres sexuales femeninos); hermafroditas femeninos o ferms (personas con ovarios, pero caracteres sexuales masculinos) (s/f: 10); entonces, podemos observar que incluso el concepto de LGTBI no logra abarcar todas las prácticas sexuales, identidades y expresiones de género ahora imperantes.

No es objeto del presente estudio hacer un análisis profundo hacer de lo que es el sexo en términos biológicos, sino poner en evidencia que la sexualidad no se

encuadra en esta binariedad o también llamada heteronormatividad. Existe una diversidad sexual que incluso la ciencia no lo pone expone como tal, pues generalmente se ve las cosas bajo la mirada de lo moral, de lo político, dado que pareciera que esta binariedad fuera natural, cuando se advierte que es solo un modelo social dominante; entonces, esta binariedad es un enfoque que resulta estrecho, limitado e invisibiliza la diversidad humana.

La CIDH tomó nota del impacto perjudicial y devastador que estos modelos han tenido en la vida de las personas intersex, quienes son sometidas a cirugías genitales y tratamientos médicos innecesarios, motivados por el deseo de intentar reproducir la apariencia de los genitales del sexo asignado, así como buscar “estabilizar formas particulares del deseo y comportamiento sexual” (2015: 43).

En este sentido esta oposición binaria genera una simbolización de todos los aspectos de la vida. El género es el conjunto de ideas sobre la diferencia sexual que atribuye características “femeninas” y “masculinas” a cada sexo, a sus actividades, conductas y a las esferas de la vida. Esta simbolización cultural de la diferencia anatómica toma forma en un conjunto de prácticas, ideas, discursos y representaciones sociales que dan atribuciones a la conducta objetiva y subjetiva de las personas en función de su sexo; es decir, mediante el proceso de constitución de género, las sociedades fabrican ideas de lo que deben ser los hombres y las mujeres, de lo que es “propio” de cada sexo; entonces, la diferencia sexual nos estructura psíquicamente. El género, no solo marca los sexos sino marca la percepción de todo lo demás: lo social, lo político, lo religioso, lo cotidiano (Lamas s/f: 8).

En otras palabras, la sociedad es quien asigna un rol, comportamiento, usos y costumbres que son patrones de guía para todas las personas desde su nacimiento, obviando a las personas que no calzan dentro la mujer u hombre arquetípicos.

La asignación del sexo no es un hecho biológico innato, más bien, a las personas se les otorga socialmente un sexo al nacer en base a la percepción de sus genitales. Si bien, en la mayoría de los casos, las personas son fácilmente clasificadas como niño

o niña, algunas presentaciones del cuerpo son percibidas como “ambiguas” y el proceso de asignación sexual no debe ser inmediato; en este sentido, clasificar a una persona como hombre o mujer es una decisión social. Podemos utilizar el conocimiento científico para ayudarnos a tomar la decisión, pero solo nuestra creencia sobre el género puede definir nuestro sexo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015: 13-14).

Ahora bien, la identidad sexual está constituido por tres componentes: *identidad de género*, que es la convicción íntima y profunda que tiene cada persona de pertenecer a uno u otro sexo, más allá de sus características cromosómicas y somáticas; *rol de género*, referida a la expresión de masculinidad o feminidad de un individuo acorde con las reglas establecidas por la sociedad.

El rol de género es el papel o actitud asumido por una persona de acuerdo con factores sociales, culturales, políticos, económicos, éticos o religiosos. Los roles de género pueden derivar en estereotipos o discriminación si es que no corresponden con las verdaderas capacidades e intereses de las personas. Así por ejemplo durante gran parte de la historia se pensó que el rol de género de la mujer es ser dueña de casa, mientras que al hombre se le adjudicó la labor de proveedor. Lo mismo ocurre con la afirmación “sólo las mujeres lloran y los hombres no”. Con el paso del tiempo ha quedado claro que muchos roles de género no son exclusivos de un determinado sexo, sino que pueden ser desempeñados con igualdad por ambos, aunque con diversas formas de expresión (Movimiento de Integración y Liberación Homosexual 2010: 07); y la *orientación sexual*, vinculada a las preferencias sexuales en la elección del sexo – erótico.

Asimismo, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva N° 24/17 antes citada, indica que la *expresión de género* es la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamientos personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o

referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género autopercebida (2017: 32).

Bajo estos cánones de heteronormatividad se construye la sexualidad humana, excluyendo aquellas que no se condicen con ella. En relación con la identidad de género, se utiliza el término *cisnormatividad* (siendo el prefijo “cis” el antónimo de prefijo “trans”) ha sido usado para describir “la expectativa de que todas las personas son cissexuales (o cisgénero), aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquéllas a las se les asignó el femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres. Los presupuestos de la cisnormatividad son tan arraigados social y culturalmente que pueden resultar difícil reconocerlos e identificarlos. Así en las sociedades americanas son predominantes las presunciones de que todas las personas son mujeres u hombres y que este elemento define el sexo, el género, la identidad y la orientación sexual de cada persona.

Entonces, una persona cisgénero es aquella cuya identidad de género corresponde con las expectativas sociales que se tienen de ella, según el sexo que se le asignó al nacer. El término cisgénero se utiliza para designar a la “normalidad” de los géneros y el sexo, si una persona nace como mujer y se comporta como tal en el transcurso de su vida se denomina persona cisgénero, asimismo, en caso de la cissexualidad si una persona nace con determinado sexo biológico y se mantiene con el mismo será una persona cissexual. La pregunta es en qué medida este concepto resulta importante.

Tenemos claro que en la realidad si bien existe un patrón predominante respecto a la sexualidad, este concepto serviría para arrebatar su carácter implícito a estas formas predominantes y tratarlos como una variante más del género y de la sexualidad, a efectos de que ya no sean tratados como “lo normal”, sino como una realidad más, en este sentido, ese vendría a ser la importancia de esta categorización.

Michel Foucault en su libro, *Historia de la sexualidad*, compara el siglo XVII con el XIX y señala que en el siglo XVII no había secreto en las prácticas sexuales, las palabras

se decían sin excesiva reticencia y las cosas sin demasiado disfraz, se tenía una familiaridad con lo ilícito, los códigos de lo grosero, lo obsceno, lo indecente eran muy laxos; a diferencia de lo que ocurría en el siglo XIX que empezaron a proliferar discursos de sexualidad represiva: la sexualidad es cuidadosamente encerrada, la familia conyugal la confisca y la absorbe por entero en la seriedad de la función reproductora, dicta la ley de la pareja legítima procreadora, imponiéndose como modelo, hace valer la norma, detenta la verdad, retiene el derecho a hablar. Tanto en el espacio social como en el corazón de cada hogar existe un único lugar de sexualidad reconocida, utilitaria, y fecunda “la de la alcoba de los padres”. El resto no tiene más que esfumarse: la convivencia de las actitudes esquivas de los cuerpos, la decencia de las palabras blanquea los discursos. Y el estéril si insiste y se muestra demasiado, vira a lo anormal: recibirá la condición de tal y deberá pagar las correspondientes sanciones (Foucault 1998: 9-10).

Podemos evidenciar que a partir del siglo XIX se han dado todo tipo de prohibiciones, rechazos, censuras denegaciones al sexo no legítimo (casados y heterosexuales); sin embargo, Foucault enfatizó que el sexo no es solo un asunto del placer, sino que debe extraerse un saber y una verdad, asimismo, esta voluntad de saber no se detiene ante un tabú intocable, sino que se encarniza - a través, sin duda, de numerosos errores - en constituir una ciencia de sexualidad (1998: 11).

En este sentido, Foucault continúa señalando que la sociedad estableció a través de la historia axiomas como el sistema de matrimonio, parentesco, transmisión de nombres y el fin de la sexualidad que sería la reproducción, entre otros los cuales son regulados mediante los sistemas de poder, que es denunciada a través de un discurso crítico debido a la existencia de diversas sexualidades. Gais o lesbianas, personas transgéneros, jóvenes solteros, trabajadores sexuales o mujeres heterosexuales solteras que intentan vivir una existencia social y erótica no tradicional resulta marginados en nuestra sociedad (1998: 12-13).

En otras palabras, también podemos decir que las reglas tradicionales establecen cuáles son las conductas sexuales y afectivas normales; no obstante, con ello se

vulnera los derechos de las personas LGTBI en cuanto al género, expresión de género y orientación sexual; al negarles sus derechos sexuales, el derecho a su identidad, etc., negando su personalidad misma como sujetos de derecho. La naturaleza es diversa y nosotros como parte integrante de la misma también poseemos esa característica. Por tanto, no resulta aceptable que a ciertas personas aparentemente distintas se les brinde un trato discriminatorio e incluso sentenciando su muerte civil.

2.2. Diversidad sexual (precisiones terminológicas–LGTBI)

Este acrónimo es utilizado comúnmente para designar al colectivo de **Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales e Intersex** que vienen a ser las sexualidades no heteronormativas, más conocidas. Es importante mencionar que este acrónimo suele ser cuestionado debido a que cada uno de los colectivos que las integran tiene distintos y particulares tipos de reivindicación como el caso de los transexuales para quienes el tema central no está ligado a la orientación sexual, sino más bien a la identidad de género. La CIDH evidencia esta situación al señalar que el acrónimo LGTBI agrupa a personas que tienen diferentes reivindicaciones de derechos:

Algunas organizaciones de la sociedad civil critican la utilización del acrónimo “LGBTI”, ya que, agrupa personas que pueden enfrentar violaciones de derechos humanos significativamente diferente. Esto se evidencia en el caso de las personas intersex, por ejemplo, porque las violaciones a derechos humanos que enfrentan no están representadas en los términos de orientación sexual o identidad de género. Por esta razón, algunos y algunas activistas intersex y defensores y defensoras de derechos humanos se oponen a la asociación de personas intersex con grupos LGBT y sus luchas, especialmente cuando dicha asociación con frecuencia ha conllevado a la “invisibilización” de la situación de las personas intersex” (2015: 28).

Sin embargo, preferimos utilizar el referido término, pues las personas LGTBI tienen como común denominador padecer discriminación por no encuadrar a lo que se cree “normal” y que desafían las normas convencionales de orientación, género o expresión de este, sin perder de vista la aclaración realizada por la CIDH respecto a las personas intersex; cabe agregar que incluso a este colectivo suelen sumarse otras minorías como los Queer formando las siglas LGBTIQ, también los que están en un

estado de cuestionamiento o “questioning” LGBTIQQ o LGBTQ?, así como los asexuales LGBTIA, sin mencionar a otras formas de relación afectivo – sexual que no desarrollaremos y que suelen agregar la letra P para designar a los poliamorosos o pansexualidad.

2.2.1. La orientación sexual

La orientación sexual es la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente o de un mismo sexo o de más de un sexo, así como la capacidad de tener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

En el caso *Atala Riffo contra Chile*, fundamento 136, la Corte IDH estableció que la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad, la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones; asimismo, el TEDH consideró que la orientación sexual y su ejercicio constituyen un aspecto importante de la vida privada como en el *Caso Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido*, fundamento 36: “There can be no doubt that sexual orientation and activity concern an intimate aspect of private life (...)”.

La orientación sexual representa una pieza fundamental de la vida privada de las personas existiendo un vínculo entre su orientación y plan de vida.

En este contexto, los ***Principios de Yogyakarta***¹¹ son directrices para la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género con la finalidad de guiar la aplicación de las normas del derecho internacional, a efectos de disminuir la

¹¹ Los Principios del Yogyakarta es un documento elaborado por destacados especialistas juntamente con la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, luego de reunirse en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006 (2007: 7). Asimismo, es importante precisar que la Corte IDH ha empleado estos principios para resolver por ejemplo el caso *Duque contra Colombia*, fundamento 110.

violencia y proteger los derechos de las personas con una orientación e identidad distinta a la imperante. Los principios afirman la obligación a los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos.

En dicho documento se entiende a la orientación sexual como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de un mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas (2007: 6).

2.2.2. Identidad de género

Es importante precisar que la orientación sexual se distingue del concepto de identidad de género debido a que este último, según el documento Principios de Yogyakarta se refiere a la profunda sentida experiencia interna e individual del género de cada persona “que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (de tener libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de los medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los amaneramientos” (2007: 7).

La identidad atañe a la percepción subjetiva respecto de la virilidad o femineidad del individuo, mientras que la orientación concierne a la preferencia sexual; de tal manera que un transexual puede ser homosexual o heterosexual. En efecto nada impide que un transexual siga una orientación homosexual después del cambio de sexo; asimismo, puede que a una persona se la discrimine por su condición de transexual y además se le unan situaciones de exclusión por su orientación sexual, en el supuesto de que sea homosexual, dando lugar a un evidente panorama de discriminación múltiple (Espín 2010: 357-358).

Esta diferencia de conceptos no siempre resultó claro, tal como quedó evidenciado, en la Sentencia del TC español dictada en el Expediente N° 176/2008, sobre la discriminación de una persona transexual, que en todo momento se alude a una eventual violación del derecho a no ser discriminado por su “orientación sexual” (Citado en Espín 2010: 362). A nivel social es frecuente que las personas usen indistintamente estas dos palabras para referirse a la homosexualidad; sin embargo, reiteramos que estos términos se refieren a realidades diferentes.

Pérez Cánovas señaló que no resulta cierta la afirmación de que los homosexuales masculinos sean interiormente mujeres y los femeninos sean hombres, o por lo menos desearían pertenecer al otro sexo, tal idea es fruto de la confusión entre orientación homosexual y transexualismo.

Muchas veces el individuo transexual siente una fascinación tan absoluta por los atributos del sexo contrario que llega a identificarse con él, desvalorizando los atributos del propio sexo. Entre los individuos de orientación homosexual lo que se da es precisamente una fascinación con los atributos del propio sexo, al tiempo que los del sexo contrario aparecen, en mayor o menor grado carentes de interés (Pérez 1996: 31).

Graciela Medina citando a Branlard considera que en caso de las personas transexuales no existe inversión del instinto sexual. El transexual siente pertenecer a otro sexo, mientras que el homosexual no, ya que el sujeto homosexual no reclama un estado sexual diferente al que le asigna su sexo biológico que le da placer. Por otra parte, un homosexual se sirve de sus órganos genitales, mientras que un transexual siente horror hacia ellos y busca modificarlos (Medina 2001: 75).

Entonces, podemos evidenciar una vez más la diversidad sexual y las posibles combinaciones entre la orientación sexual e identidad de género que dan lugar a una sexualidad diferente para cada persona.

2.2.3. La homosexualidad – gay (G)

En términos generales es considerada como aquella capacidad emocional y fisiológica de sentir deseo sexual por una persona de su mismo sexo, es la palabra más utilizada, aparte de gay, para designar asépticamente las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Se trata de un neologismo introducido a finales del siglo XIX y creado a partir del elemento griego homos (semejante, igual) y sexual.

El origen o causa de la homosexualidad es explicado por distintas teorías. Las teorías biológicas: las cuales pretenden explicar el origen de la homosexualidad en base a factores etiológicos de naturaleza orgánica; las teorías psicológicas: postulan que la homosexualidad es adquirida, la clave fundamental se encuentra en factores del entorno de la persona o en el propio aprendizaje (Soriano 1999: 31-47) y las teorías biopsicosociales que propugnan el origen de la homosexualidad en la convergencia de factores biológicos, psicológicos y sociales; sin embargo, aún no se ha determinado a ciencia cierta cuál es la causa de la homosexualidad, pero es una realidad que existan personas con una orientación sexual hacia personas del mismo sexo.

En la actualidad también se utiliza el término gay para designar a la persona homosexual. La RAE indica que en plural se escribe gais y no gays. La etimología procede del latín *gaudium* (alegre), adjetivo muy común en francés (2018).

Medina considera que la solución gai/e de galorromania también paso al inglés conservando los siguientes significados iniciales: persona llena de alegría o dispuesta a ella (en conexión con esta idea estarían también otras denominaciones más exageradas como *folle*, *louca*, “loca”, persona aficionada al placer o a la mala vida y persona presumida). Vistas las otras asociaciones no es de extrañarse que *gay* se asocie en inglés al homosexual. Esta denominación caería en desuso durante siglos, hasta que el movimiento

homosexual contemporáneo se apropió de ella para designar al homosexual concienciado y librado (2001: 70-71).

Cabe precisar que se usa el término **lesbiana (L)** para designar a las personas del sexo femenino que eligen tener parejas afectivas y sexuales del mismo sexo.

2.2.4. Bisexualidad (B)

Es aquella orientación sexual por el cual una persona se siente emocional, sexual y románticamente atraídas a hombres y mujeres. La Corte IDH en la Opinión Consultiva N° OC 24/17 consideró que el término bisexual tiende a ser interpretado y aplicado de manera inconsistente, a menudo con un entendimiento muy estrecho. La bisexualidad no tiene por qué implicar atracción a ambos sexos al mismo tiempo, ni tampoco debe implicar la atracción por igual o el mismo número de relaciones con ambos sexos. La bisexualidad es una identidad única, que requiere ser analizada por derecho propio (2017: 20).

2.2.5. La transexualidad (T)

El TEDH considera que una persona transexual es aquella persona que pertenece físicamente a un sexo, pero se siente pertenecer a otro y para acceder a una identidad más coherente y menos equivocada se somete a tratamientos médicos o a procedimientos quirúrgicos, a fin de adaptar sus caracteres físicos a su psiquismo. Tales intervenciones nunca otorgan todos los caracteres del sexo opuesto al de origen, el cual, según Fernández Sessarego por su propia naturaleza conducen a la persona transexual a una angustiada y afanosa búsqueda de una correspondencia entre la apariencia física que considera como “un maléfico error de la naturaleza”, a sus comportamientos, hábitos, gestos, vestidos, ademanes y actitudes, en general

que son propios del sexo que realmente “siente”, que hondamente vivencia en la cotidianidad (1992: 317).

Transexual es aquella persona que afirma tener un sexo que no corresponde con su género, usualmente, se declara que el desacuerdo entre cuerpo y género que experimenta se inicia en la primera infancia acompañado por un intenso deseo de vivir como miembro del género opuesto no solo durante ciertos períodos de tiempo, como los travestis, sino para el resto de su vida (Soley 2009: 266-267).

Fernández Sessarego sostiene que una persona transexual presenta dos síntomas:

El primero es el sentimiento que experimenta, difuso y profuso de pertenecer al sexo opuesto a aquel que cromosómicamente le corresponde desde la concepción. Rechaza, así, el sexo que naturalmente le pertenece, cuyas características son biológicas son normales, que son las que corresponde a las que aparecen en los registros de estado civil. El segundo síntoma es la irrefrenable voluntad, un deseo invencible que posee el transexual de adecuar su apariencia genital exterior a la del sexo sentido y vivido a fin de obtener su reconocimiento jurídico como sexo opuesto al que le fue asignado por naturaleza (1999: 895).

En términos generales, podemos decir que la persona transexual es aquella que se siente pertenecer al sexo opuesto y que además tiene un deseo intenso por cambiar su apariencia corporal al sexo que considera como suyo.

El cuestionamiento de los países que ya reconocen los derechos de las personas trans, (hoy en día) es si resulta necesario la realización de la adecuación de la apariencia genital exterior al sexo opuesto deseado (ya sea a través de cirugías estéticas y procedimientos hormonales) para que un transexual obtenga el reconocimiento jurídico del sexo al que se identifica. Consideramos que no se trata meramente de constatar si hubo o no cambio corporal, sino que tiene que ver con una forma de concebir la no correspondencia sexo/género. Esto supone que se puede denominar transexual a una persona que considera necesario transformar su cuerpo, aunque no lo haya hecho (por razones económicas, de salud, por ser menor de

edad). En contraposición, una persona puede haberse sometido a la transformación corporal (por ejemplo, mediante la hormonación).

Esto no lleva a explicitar otro término referido a la **transgeneridad**, Misse y Coll-Planas consideran que una persona transgénero en el contexto latino viene a ser aquella persona que cuestiona la necesidad de escoger entre roles masculino y femenino y que no considera necesario establecer una correspondencia entre sexo y género mediante la transformación corporal. Lo definitorio de esa categoría es la concepción de la transexualidad, al margen de si la persona ha efectuado o no alguna transformación a nivel hormonal o quirúrgico. En el contexto anglosajón, en cambio, transgénero se usa como término paraguas. El término travesti, en algunos países de América Latina como Brasil y Argentina, se utiliza como sinónimo de lo que aquí se conoce como transgénero (2011: 22-23).

Por ejemplo, en Dinamarca se aprobó una ley que reconoce el derecho a las personas transexuales a cambiarse de sexo sin haberse sometido a una operación quirúrgica o un diagnóstico médico.

En Dinamarca, el Parlamento aprobó una ley que permitirá a los transexuales cambiar legalmente de sexo sin necesidad de someterse a cirugía ni contar con un diagnóstico médico. En este país, a partir del 01 de setiembre del 2014, los transexuales pueden realizar el cambio legal y recibir un nuevo documento de identidad -que servirá para modificar todos los documentos personales, con tan solo solicitarlo" (El Comercio 11 de junio de 2014).

En Argentina a través de la Ley N° 26.743, promulgada el 23 de mayo del 2012, se estableció la Ley de Identidad de Género, mediante la cual toda persona podría solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida. También se estableció que en ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial ni acreditar terapias hormonales u otros tratamientos psicológicos o médicos.

Como se puede apreciar en Dinamarca no es necesario realizar alguna operación quirúrgica para que se reconozca el cambio de sexo en el documento de identidad. En Argentina la protección a los derechos de identidad de género y como consecuencia de ella, los derechos fundamentales de las personas transexuales se encuentran garantizados y protegidos, sin más condicionamiento que cumplir con los requisitos de la edad mínima de 18 años y presentarse ante el Registro respectivo.

En Brasil, a nivel jurisprudencial, se admitió la reasignación quirúrgica de sexo de manera gratuita, a fin de garantizar el derecho a su salud, con lo cual vemos un avance importante en el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, puesto que actualmente en la mayoría de los países la persona interesada es quien asume los gastos de la operación; sin embargo, al ser elevado el costo del procedimiento, las personas de bajo recursos económicos no pueden acceder a ello, con lo que se perpetua su nivel de sufrimiento por no contar con los recursos económicos suficientes.

En el Reino Unido la financiación del tratamiento es pública y normalmente las personas transexuales solo cubren su costo si quieren acelerar el proceso asistiendo a una clínica privada; estas, señala Patricia Soley tienden a no tener listas de espera y sus requisitos son más laxos, por ejemplo, solicitan una prueba de la vida real más breve o, simplemente, no la exigen. De manera adicional, generalmente, antes de someterse a la cirugía, se exige que vivan durante cierto período de tiempo en el género que perciben como propio: “la prueba de la vida real”. Esta prueba consiste en un periodo de duración variable que puede oscilar entre dos meses y tres años durante el cual se espera que los transexuales vivan en su nuevo sexo a tiempo total. Obviamente esto implica dar a conocer su condición a su entorno familiar, social y profesional (Soley 2009: 267-268).

En este sentido, se está dando avances en el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales en los países antes mencionados, pues es

posible el cambio legal de sexo sin que sea necesaria la reasignación quirúrgica del sexo. En nuestro país, no existe una ley de identidad de género que permita mediante un recurso sencillo el cambio de sexo, como lo analizaremos más adelante, ni mucho menos el acceso al derecho a la salud que permita la adecuación del sexo biológico al realmente sentido, ni incluso habiéndose sometido a una intervención quirúrgica.

2.2.6. Travestidas

Son aquellas que visten y performan un género no asignado social y culturalmente a su sexo. En la Opinión Consultiva N° OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica a la Corte IDH consideró que, en términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que manifiestan una expresión de género –ya sea permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir o no la modificación de su cuerpo (2017: 18). Entonces, la expresión de género se refiere a la manifestación externa del género de una persona.

Según la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), los estereotipos de lo femenino y lo masculino han sido fuente de abuso contra las personas que no se alinean a ello:

La noción de aquello que constituye las normas masculinas o femeninas correctas ha sido fuente de abusos contra los derechos humanos de las personas que no encajan o no se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. Las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, (...) y la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género (2013: 33).

Es preciso también poner en relieve la Declaración de Travestis Feministas, XI Encuentro Feminista de Latinoamérica y el Caribe, Ciudad de México, marzo, 2009, mediante la cual expresan su sentir respecto a la discriminación por partes de la sociedad y su lucha contra ella:

Estimadas compañeras:

Las travestis, transgéneros, transexuales y mujeres que tenemos la dicha de compartir este espacio con todas celebramos la realización de este evento y sobre todo la presencia de todos los feminismos y todas las feministas.

No somos ni nos consideramos nuevos sujetos o nuevas sujetas del feminismo. Somos diversas travestis, transexuales, transgéneros, muxes, mujeres, vestidas, parecidas, colitas y los miles de nombres distintos que toman nuestras entidades. Estamos aquí porque como todas las presentes, somos feministas cada una a su modo y gusto.

También somos lucha, resistencia, nombres propios, somos cuerpos y pasiones feministas enfrentando al sistema patriarcal que nos oprime a veces de manera idéntica y otras veces de manera diferente a como oprime a cada persona, sujeta o sujeto que no encaja en sus parámetros normativos de privilegio.

Levantamos todas las banderas de nuestra lucha: por la despenalización del aborto por el derecho de decidir sobre nuestro cuerpo, sobre nuestros placeres, sobre nuestras sexualidades, sobre nuestras historias, sobre nuestras identidades.

Condenamos la trata y explotación infantil, somos personas que el patriarcado pone en situación de prostitución, pero no aceptamos la prostitución como un destino, exigiendo que se nos reconozca como fuerza productora de trabajo.

Somos feministas de la diferencia y también de la igualdad, feministas de la autonomía. Autonomía de los poderes para decidir sobre nuestros propios cuerpos, a transformarlos a travestirlos.

Somos lesbianas, heterosexuales, travestis, transexuales, bisexuales, transgéneros, intersex. Somos las que nos enfrentamos al patriarcado todos los días en todos nuestros actos. Somos negras, indígenas, mujeres judías y palestinas, somos putas, somos viejas, somos feministas de todos los colores existentes. Rechazamos todo tipo de criminalidad de nuestras identidades a través de leyes represivas, códigos contravencionales, código de faltas o cualquier otra ley basada en pretendida moral y las buenas costumbres.

Rechazamos todos los tipos de fundamentalismos aun los propios sostienen el biologismo como un destino e invitamos a desdibujar los márgenes de los cuerpos, las subjetividades. Los deseos.

Exigimos que se reconozca nuestra historia y nuestro activismo, contra todas las opresiones, no solo por quienes nos oprimen sino entre quienes son compañeras de lucha. Exigimos también estados laicos porque entendemos que sin la injerencia de la religión muchas opresiones dejarían de existir.

Exigimos derecho a la educación, a la salud, a la vivienda para todas nosotras como un derecho humano inalienable, porque defender los derechos humanos de mujeres travestis, transexuales, lesbianas, vestidas, colitas y tantas más, es defender los derechos humanos.

Celebramos la presencia en este encuentro de las artistas y en especial de las cabareteras porque creemos que el humor y la irreverencia son profundamente feministas.

2.2.7. Intersex (I)

El término es utilizado para designar a aquellos que en el nacimiento presentan características de los dos sexos. También es definido como todas aquellas

situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino.

Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o como mujer o como ninguna de las dos. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son.

La CIDH en su informe acerca de la “Violencia contra las personas LGTBI”, explicó que la violencia contra las personas intersex está basada en prejuicio hacia la diversidad corporal, específicamente, contra las personas cuyos cuerpos difieren del estándar corporal masculino y femenino. La violencia que sufren las personas intersex difiere de la que sufren las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGTBI), puesto que niñas y niños intersex son frecuentemente sometidos a operaciones e intervenciones quirúrgicas que, en su mayoría, no son médicamente necesarias, con el único objetivo de modificar sus genitales para que se parezcan más a los de un niño o una niña (2015: 13).

Asimismo, estas cirugías, de naturaleza irreversible, se suelen realizar sin su consentimiento, pues se realiza cuando son bebés recién nacidos o niños y niñas de muy corta edad, sin embargo, ellas pueden causar un enorme daño a las personas intersex, tales como dolor crónico, falta de sensibilidad genital, esterilización, capacidad reducida o nula para sentir placer sexual, y trauma (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015: 14).

Esta problemática particular que sufren las personas intersex afecta gravemente a sus derechos: a la salud, al libre desarrollo de su personalidad, libertad, igualdad y a la dignidad de manera irreversible; por ello consideramos necesario que exista la prohibición legal de que no se les intervenga quirúrgicamente a las niñas y niños intersex si no es estrictamente necesario, por ejemplo, cuando su vida corra peligro.

Se les debería proporcionar plena información, a fin de que la persona tome una decisión consciente de someterse o no al tratamiento quirúrgico, respetándose la decisión adoptada. De igual manera, se les debería brindar apoyo interdisciplinario (psicológico, médico, educativo, etc.) tanto a los padres como a los niños intersex y de manera gratuita a las personas que cuenta con escasos recursos económicos, para lo cual es necesario que el Estado capacite a los profesionales en el tratamiento de personas intersex e implemente protocolos de atención.

2.2.8. Questioning (Q)

Se trata de una categoría usada para designar a las personas que se encuentran en un estado de cuestionamiento, incertidumbre, también puede decirse que en un proceso de exploración. Algunos incluso dentro de la comunidad LGBTBI prefieren poner una “Q” al final de la sigla LGBTBIQ.

La identidad sexual, la conducta y deseos no siempre son sinónimos, pero a menudo se combina. Este estado generalmente se da en los adolescentes. La Asociación Americana de Psicología afirmó “[l]a adolescencia puede ser un período de experimentación y muchos jóvenes pueden cuestionar sentimientos sexuales. La toma de conciencia de los sentimientos sexuales es una tarea de desarrollo normal de la adolescencia. A veces los adolescentes tienen sentimientos o experiencia que causan confusión acerca de su orientación sexual del mismo sexo (2008: 3-4); sin embargo, esta confusión parece disminuir con el tiempo dependiendo de cada persona.

2.2.9. Asexualidad

Es la falta de deseo o atracción sexual. La persona asexual es aquella que carece de interés o deseo para el sexo. Nicola Prause señala que los asexuales humanos son individuos que no experimentan atracción sexual (2007: 324). En las últimas investigaciones científicas se propugna que la asexualidad sea una forma de orientación sexual, aunque no hay un consenso respecto a esta posición. Bogaert señala que la orientación sexual está constituida por elementos subjetivos de atracción, es decir, un erotismo, fantasía percibida hacia los demás y no necesariamente está referida a la atracción física (2006: 244).

2.2.10. Teoría de queer

Los teóricos del *Queer* niegan la existencia de una *normalidad* sexual, basándose en autores como Lacan o Foucault que afirman que la sexualidad está construida socialmente. Niega la existencia de sexualidades fijas o patrones de conducta imperantes respecto a la sexualidad, identidad de género y orientación sexual. Rechaza clasificar a las personas como heterosexual, homosexual, transexual, varón o mujer. Por ejemplo, Butler consideró que la homosexualidad solo es un comportamiento sexual en un sentido muy restringido, ya que subyacen representaciones en torno a ella que no son propiamente de homosexualidad (Citado en Fonseca 2009: 48).

Los teóricos del *queer* afirman la existencia de sexualidades periféricas.

Son aquellas que traspasan la frontera de la sexualidad aceptada socialmente heterosexual, monógama, entre personas de la misma edad y clase, con prácticas sexuales suaves, que rechazan el sadomasoquismo, el intercambio de dinero y el cambio de sexo. En cambio, las sexualidades periféricas están basadas en la resistencia a los valores tradicionales y al asumir la transgresión muchas veces el precio que se tiene que pagar es el rechazo social, la discriminación y el estigma. En respuesta a la marginación que está presente en todas las instituciones sociales, desde la familia hasta los espacios educativos y los laborales. La teoría del *queer* intenta cambiar

el sentido de la injuria para convertirla en motivo de estudio, e incluso de orgullo (Fonseca 2009: 43).

Según Fonseca la función de lo *queer* parece consistir en penetrar los cuerpos marginados hasta legitimarlos y anexarlos a las mismas instituciones que forman los pilares del dispositivo de la sexualidad. Para los *queer* la vida personal está sexualizada, así como la política y la economía; ellos no la desexualizan, sino que proponen otra alternativa sexualizada a lo que ya existe. No se produce una ruptura real, sino que esa alternativa se incorpora a la *scientia sexualis* descrita por Foucault, en virtud de la cual describen pormenorizadamente todo tipo de prácticas sexuales (2009: 43-44). Los teóricos intentan fundamentar la existencia de “sexualidades” diferentes a la heterosexual.

2.2.11. Queer

Una persona queer es aquella que no considera como heterosexuales, homosexuales, bisexuales, etc. Son aquellos que simplemente no quieren ser catalogados o delimitados por determinado concepto de sexualidad o género, son conocidos con la sigla “Q”, agregándose al acrónimo LGTBI la letra Q, LGTBIQ.

2.3. Análisis de la jurisprudencia peruana

En este punto analizaremos las principales sentencias dictadas por el máximo intérprete de nuestra Constitución, si bien es importante recalcar que hay escasa Jurisprudencia Constitucional, también es cierto que ello puede ser un indicativo de que las personas LGTBI no denuncian la discriminación sufrida o simplemente prefieren mantener en reserva su orientación sexual o identidad de género.

Esta situación ha sido evidenciada por la CIDH en el citado informe, acerca de la “Violencia contra las personas LGTBI” en América precisó que las estadísticas disponibles no reflejan la verdadera dimensión de la violencia que enfrentan las

personas LGBTI, en el continente americano. La Comisión señaló que muchos casos de violencia contra personas LGBTI no se denuncian, pues muchas temen represalias o no confían en la policía o en el sistema judicial, más aún cuando hay estigmas y prejuicios internalizados contra ellos que también pueden obstaculizar que los abusos sean admitidos o reconocidos como tales (2015: 79-80). En ese sentido, se presenta los casos en orden cronológico:

2.3.1. Sentencia recaída en el Expediente N° 00926-2007-PA/TC (Caso “C.F.A.D.”)

a. Descripción de los hechos

Con fecha 15 de octubre de 2004, “C.F.A.D.” interpone demanda de amparo contra el Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú (PNP) solicitando su reposición como alumno del segundo año de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra, al habersele destituido de la mencionada escuela con violación del derecho de defensa, en el procedimiento administrativo disciplinario, sanción que devino de la acusación, supuestamente, por haber cometido faltas muy graves contra la moral policial, al haber mantenido relaciones sexuales en más de una oportunidad entre los meses de octubre de 2002 y septiembre de 2003 con una persona del mismo sexo. Para llegar a dicha conclusión la Jefatura realizó las siguientes diligencias:

1. Se recibió el testimonio de los dos alumnos implicados en dicha acusación.
2. Se recibe el testimonio de testigos alumnos de la ETS-PNP-PP.
3. Se realiza un examen psicológico con el fin de determinar la orientación sexual de los implicados por parte del Centro Médico de la ETS-PNP-PP.
4. Se efectúa un examen médico forense preferencial anal por parte de la Dirección Criminalística de la PNP.

Mediante la Resolución Directoral N° 788-2003-DIRDP-PNP/ETS-PP se resolvió separar al demandante y a R.E.C.P, decisión que fue confirmada por la Resolución Directoral N° 916-2003-DIRIDP.PNP.

b. Análisis de la Sentencia

El TC peruano declaró fundada la demanda, con los votos de los magistrados Mesía Ramírez¹², Landa Arroyo¹³ y Álvarez Miranda¹⁴ y si bien disienten en sus fundamentos; sin embargo, los votos de los magistrados concuerdan con el sentido del fallo, mientras que los magistrados Vergara Gotelli¹⁵ y Calle Hayen¹⁶ votaron por declarar infundada la demanda.

¹² **Fundamentos de voto del magistrado Mesías Ramírez:** El Magistrado analizó el caso centrándose en determinar si el proceso administrativo que culminó con la destitución del demandante estaba encaminado a investigar y sancionar una relación sexual cometida dentro de la escuela policial o si tenía como fin sancionar al demandante por su supuesta orientación sexual, y, en concreto si las diligencias practicadas para determinar la destitución del demandante, tales como la intervención corporal y la evaluación psicológica, constituyeron una aflicción a la dignidad de la persona, a la integridad física y moral, a la intimidad y al derecho a la no discriminación.

a. En resumen, los argumentos del mencionado magistrado y al cual nos adherimos por las razones que explicitaremos más adelante son:

b. - Las pruebas realizadas no tuvieron como objeto establecer si los implicados tuvieron relaciones dentro de la escuela policial, sino más bien tuvo como objeto demostrar que los alumnos eran homosexuales, lo cual, según el consejo disciplinario, esta opción de vida constituye una falta grave que amerita su separación.

El magistrado considera que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, una anomalía o una anomalía que deba ser curada o combatida. La homosexualidad, la heterosexualidad o el celibato son orientaciones sexuales legítimas, cuya decisión corresponde única y exclusivamente al fuero íntimo y subjetivo de la persona, por lo que, cualquier mecanismo de discriminación por "opción sexual", a través de normas, reglamentos, prácticas estigmatizadoras o segregacionistas, así como un lenguaje ofensivo es contrario a la Constitución y vulneratorio de los derechos fundamentales.

- Es inconstitucional que, inmiscuyéndose en una esfera de libertad humana, se considere ilegítima la "opción" y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, ésta sea susceptible de sanción. En el presente caso, considero que se vulneró los derechos a la integridad personal y al libre desenvolvimiento de la personalidad del demandante.

- No existe en el ámbito de la jurisdicción ordinaria una suficiente protección al derecho fundamental a la identidad sexual y a guardar reserva sobre las convicciones que pertenecen al núcleo íntimo de la persona humana.

¹³ **Fundamentos de voto del magistrado Landa Arroyo:** El magistrado sustentó su decisión de declarar fundada la demanda de amparo, debido a que considero que en el presente caso se había violado el derecho de defensa del demandante, puesto que la administración policial antes de iniciar el procedimiento administrativo sancionador no le informó al accionante que su defensa podía ser asumida por él o que tenía derecho a elegir libremente un abogado defensor para que le asista durante el procedimiento, y que en caso de que no contratara con uno se le iba proporcionar un abogado defensor de oficio.

¹⁴ **Fundamentos de voto del magistrado Álvarez Miranda:** Sustentó su voto, bajo el argumento de que el Consejo de disciplina recomendó la separación del recurrente al haber mantenido una relación sentimental y haber tenido relaciones homosexuales en el interior de la Escuela de Formación y fuera de ella, llegando a esa conclusión debido a los testimonios de terceros, sin embargo dichos testimonios no fueron corroborados, sino más bien el procedimiento administrativo se constata su intención de separarlo por su supuesta condición de homosexual, dado que ni el test psicológico ni el examen médico constituyen pruebas idóneas para demostrar si tuvieron relaciones sexuales dentro de la escuela sino tienen como objeto demostrar (infructuosamente) una supuesta condición de homosexual; asimismo, considera inconstitucional es que se inmiscuya en una esfera de libertad humana, que se considera ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, esta sea susceptible de sanción, no habiéndose practicado pruebas idóneas para determinar si hubo o no relaciones sexuales dentro de la institución policial

¹⁵ **Voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli:** El magistrado sustentó su posición argumentando que el conflicto gira en torno a la evaluación de si existió o no vulneración del debido proceso, es decir, si se le otorgaron las garantías mínimas que exige todo proceso judicial o administrativo. Para el Magistrado el actor ha tenido defensa cabal y actuación de los medios probatorios que él aportó al proceso, sin que estos hayan logrado el convencimiento en sus

Consideramos que en el caso se separó definitivamente al alumno de la Escuela Técnica Superior de la PNP de Puente Piedra, por haber mantenido relaciones sexuales dentro de la mencionada institución castrense con otro alumno.

Si bien se puede observar que el proceso administrativo el tema en cuestión era determinar si el demandante había mantenido relaciones sexuales dentro de la institución (conducta pasible de sanción); también lo es que los medios probatorios actuados en dicha instancia (pericia psicológica y el examen de proctoscopia) resultaron no idóneos para la probanza de ello.

Por el contrario, dichos medios de prueba tenían la finalidad de determinar que los alumnos tiene una orientación sexual homosexual y en base a ello descalificarlos para el desempeño de la labor policial; lo cual, viola no solo la esfera íntima de todo ser humano y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino sobre todo la dignidad, degradando de esa forma la categoría de ser humano, al haberse sometido a dichas pruebas que no conducen a demostrar la conducta transgresora.

Por otro lado, se evidencia una discriminación implícita al descalificar a los estudiantes en sus aptitudes para el desempeño de la función policial por el hecho (supuesto en el caso) de tener una orientación sexual diferente, ello debido principalmente a los prejuicios impuestos en nuestra sociedad,

juzgadores, asimismo, el actor hizo uso de los medios impugnatorios pertinentes y realizó el descargo respectivo, por lo que no se violó en modo alguno el derecho de defensa del actor.

¹⁶ **Voto del magistrado Calle Hayen:** El magistrado votó por declarar infundada la demanda teniendo como fundamento de su posición que el proceso se debe centrar en determinar si se le separó definitivamente al alumno, sin que se haya realizado un procedimiento administrativo disciplinario que cumpla con las garantías mínimas que exige el derecho fundamental al debido proceso. También sostuvo que el recurrente ha tenido pleno conocimiento de los cargos que se le imputaban, contra los cuales ha ejercido su defensa, además tuvo la oportunidad de interponer los recursos impugnativos que le franquea la ley, pudo aportar medios probatorios que ha considerado pertinentes, con lo que se puede verificar la participación del interesado en todos los actos de defensa durante el procedimiento administrativo sancionatorio. Por otro lado, señaló que en el proceso administrativo no se está discutiendo, la orientación o identidad sexual del recurrente; sino el hecho que fue o no procesado administrativamente con observancia de las garantías contenidas en el derecho fundamental al debido proceso, lo cual, sí ocurrió en el presente caso, en consecuencia, para el magistrado debe declararse infundada la demanda.

considerándolos como débiles, escandalosos y con estereotipos que no corresponde con la realidad.

Tal como lo menciona Ronald Dworkin “[n]uestras convenciones estipulan algunas normas básicas del juicio moral que son válidas incluso aparte de tales conceptos especiales, y la más importante de ellas es que no se ha de considerar moralmente inferior a un hombre sobre la base de una característica física, racial o de otro orden que él no pueda dejar de tener” (1999: 360).

En esta línea de ideas, el ser homosexual está expuesto a prejuicios, falsas creencias que ayudan históricamente a condenar, estereotipar a este colectivo. La sexualidad imperante, vale decir, la heterosexualidad corresponde al patrón de conducta más generalizada, no obstante, la ley y las normas administrativas no pueden prohibirlo, sancionarlo, ni imponer una orientación sexual determinada. En este sentido no se puede apoyar la posición de la mayoría de relegar a este colectivo al nivel de ciudadanos de segunda categoría, siendo a que el principio de igualdad se opone mediante la ley que por razones de orientación sexual o identidad de género se menoscabe a una minoría que no tenga o comparta las prácticas sexuales de la mayoría.

Como advertimos artículo 2.2 de la Constitución Política prescribe la categoría discriminación por diversos motivos incluido de “cualquier otra índole”, está de acuerdo con la jurisprudencia incluye a la orientación sexual y porque no a la identidad sexual, debido a la discriminación histórica del cual han sido objeto y a la constante equiparación de la homosexualidad con otros comportamientos que sí son objeto de reproche como por el ejemplo la pedofilia.

En el caso, podemos advertir que la conducta punible fue por haber cometido faltas muy graves contra la moral policial al haber mantenido relaciones sexuales en más de una oportunidad en la institución de formación; sin embargo, las pruebas realizadas por la institución no fueron idóneas para esclarecer dicha acusación, sino más bien demostrar la orientación sexual de

los alumnos para así descalificarlos para la función policial; más aún si el TC peruano, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que las relaciones sentimentales tanto dentro como fuera de las instituciones castrenses no deberían ser prohibidas, toda vez que el Estado no debería inmiscuirse en la vida privada de las personas.

Se evidenció más bien que la escuela policial indujo al rechazo de la homosexualidad, cuando la orientación sexual no tiene nada que ver con las aptitudes físicas y psicológicas para el desempeño de una función, limitando al contrario el libre desarrollo de la personalidad de sus alumnos, sin ningún fundamento jurídico constitucional, debido a que los deberes sociales, las invocaciones del nivel general no son suficientes para limitar este derecho; por lo tanto, toda interferencia a esta esfera de decisión de asuntos que solo le concierne a la persona, siendo que la orientación sexual es una condición inmaterial integrante de la dignidad humana.

En conclusión, en el presente caso se evidenció la discriminación por orientación sexual por parte de la escuela policial, al someter a los alumnos a pruebas que buscaban demostrar su homosexualidad y no el hecho cometido.

2.3.2. Sentencia recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC (Caso José Antonio Álvarez Rojas)

a. Descripción de los hechos

El 29 de mayo del 2003, el José Antonio Álvarez interpuso la demanda de amparo a fin de que se declare inaplicable la resolución que dispuso su pase al retiro; señalando que cuando prestaba servicios en la Jefatura del Área Policial de Pomabamba - Ancash, se expidió un parte administrativo disciplinario por faltas contra el decoro y obediencia, imponiéndosele la sanción de 10 días de arresto simple que posteriormente fue elevada a 18 días. Agrega que, por los

mismos hechos se le paso de la situación de actividad a la de disponibilidad, violándose el principio *ne bis in ídem*.

b. Resolución del Tribunal Constitucional

El TC declaró fundada la demanda, al considerar que si bien el demandante solo sostuvo la vulneración al debido proceso; sin embargo, advirtió que la PNP al ejercer su potestad sancionadora la PNP vulneró otros derechos fundamentales y a efectos de resolver el tema en controversia el TC aplicó el principio *iura novit curia* constitucional¹⁷.

El TC sostuvo en el fundamento 19 que al demandante se le sancionó por el hecho de haberse casado con Óscar Miguel Rojas Minchola:

Quien para tal efecto asumió la identidad de Kelly Miguelli Rojas Minchola, previamente adulterando sus documentos personales, manteniendo el mencionado efectivo PNP relaciones de convivencia en forma sospechosa con el referido civil, pese [a] haberse percatado y tenido conocimiento, en su condición de auxiliar de enfermería, de las anomalías físicas que presentaba en sus órganos genitales, hecho acreditado posteriormente con el reconocimiento médico legal, de fecha 06 de agosto del 96, expedido por la Dirección Regional de Salud de Huari, diagnosticado en la persona de Oswaldo Miguel Rojas Minchola: actualmente no se puede definir el sexo inicial del paciente por existir plastia previa en órganos genitales. D/C: hermafroditismo, demostrando, con tales hechos, total desconocimiento de las cualidades morales y éticas como miembro de la PNP, incurriendo, de esta manera, en graves faltas contra el decoro y el espíritu policial.

A juicio del TC al demandante se le sancionó por haberse casado con una persona de su mismo sexo y que habría cambiado su nombre de pila y haber mantenido una relación convivencia con una persona, pese a conocer las anomalías físicas de sus genitales, asimismo, consideró que no se acreditó que el recurrente haya participado en la falsificación de los documentos; en consecuencia, no se le podría sancionar por la acción de un tercero, por el

¹⁷ El Tribunal Constitucional hace el análisis en primer término respecto de si se violó o no el principio del *ne bis in ídem*, señalando que no se ha infringido el mencionado principio en su dimensión material por el hecho de que la administración policial haya aumentado la sanción originalmente impuesta de 08 días de arresto simple a 18 días de arresto simple, pero sí estima que se ha acreditado la lesión del mencionado principio, pues además de haber sido sancionado con 18 días de arresto simple, posteriormente fue pasado a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria¹⁷. Asimismo, el Tribunal considera que se vulneró el derecho de defensa del demandante. En estos puntos no nos detendremos, a fin de tratar el tema que nos ocupa (f. 7-10 de la mencionada Sentencia).

principio de presunción de inocencia, lo que queda claro es que se le sancionó, además por el hecho de haber mantenido relación de convivencia con un transexual, con anomalías físicas y que por su condición de auxiliar de enfermería debía de conocer tal situación.

Por último, el TC en el fundamento 23 dejó sentada la posición de que nuestra Constitución no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales, tampoco en función del sexo que pudieran tener. El carácter de digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito, tampoco por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría.

c. Análisis

En el caso, la PNP sancionó al señor Óscar Miguel Rojas Minchola con su pase al retiro de la institución, por mantener una relación de convivencia con una persona transexual, lo cual a todas luces resulta discriminatorio, debido a que se involucra en la esfera íntima de las personas, al brindar un patrón acerca de las relaciones afectivas de sus integrantes, resultando un sacrilegio casarse con una persona transexual (que aparentemente incluso podría ser una persona intersex, puesto que se el médico señaló que se trataba de un caso de hermafroditismo) por considerarlo fuera de la moral institucional.

Por tanto, el Estado a través de la PNP afectó el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuando deberían ser ellos (los agentes estatales) quienes se abstengan de realizar presunciones discriminatorias, más aún si la Constitución prohíbe toda forma de discriminación.

El Estado debería ser el primero que respete y promueva la igualdad de las personas, de ahí que cuando, a través de uno de sus órganos sanciona a un servidor o funcionario por tener determinado tipo de relaciones afectivas está

asumiendo una determina forma de relación, lo cual, resulta ilegítimo, pues excluye a las sexualidades diversas.

En este sentido, se aprecia que la PNP vulneró el derecho a la igualdad y libertad, cuando es el uno de los garantes de la vigencia de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. El hecho que una persona en su fuero íntimo tenga una sexualidad diferente a la imperante no quiere decir que va a cumplir su labor de manera deficiente o errónea. Debería calificarse a las personas por su desempeño profesional y erradicar la imagen estereotipada que se les asigna a las personas con sexualidades diferentes.

2.3.3. Sentencia recaída en el Expediente N° 2273-2005-PHC/TC (Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas)

Se tratará el presente caso a efectos de poner en relevancia el tema de la discriminación por parte de las instituciones públicas a las personas con identidades sexuales que no son imperantes en la sociedad y subrayar la falta de mecanismos de protección jurídica a las personas transexuales y sus derechos a la identidad, dignidad, libre desarrollo.

a. Hechos

Karen Mañuca Quiroz Cabanillas es una persona transexual que solicitó a la Reniec le otorgue un duplicado de su DNI, el cual fue denegado por más de cuatro años, por lo que, acudió a la vía judicial.

El TC consideró que la demandante obtuvo dos inscripciones de fichas diferentes, la primera en mayo de 1976 como Manuel Jesús y la segunda en 1986 como Karen Mañuca habiéndose cancelado este último, en aplicación del artículo 67, inciso 4) de la Ley N° 14207, Ley de depuración de las inscripciones múltiples; a fin de evitar la duplicidad de estas; sin embargo, no se tuvo en cuenta que la recurrente tenía un mandato judicial a favor de la rectificación de sus nombres; en consecuencia, consideró que la

Administración no debió proceder a anular dicha partida y menos aún demorarse más de cuatro años para expedir el DNI. El TC peruano declaró fundada la demandada y ordenó se le entregue dicho documento, pero solo con la rectificación de su nombre.

b. Análisis

En el presente caso, consideramos que si bien se le otorga el DNI a la recurrente; sin embargo, esto fue en virtud a que ya existía una sentencia con calidad de cosa juzgada que ya otorgaba este derecho a la demandante; por lo que, no se aprecia de manera contundente el reconocimiento del derecho a la identidad de la demandante, más aún si no precisa de manera expresa la posibilidad de cambiar el nombre de las personas transexuales, solo se limitan a convalidar el cambio de nombre otorgado por la instancia jurisdiccional, tampoco da luces respecto a si podría resultar procedente el cambio de sexo o no en dicho documento.

2.3.4. Sentencia recaída en el Expediente N° 00139-2013-AA/TC (Caso PEMM)

El presente caso es uno relacionado a la imposibilidad de realizar el cambio de sexo en el DNI de las personas transexuales. En el Perú, a nivel legislativo, no encontramos norma que haga referencia al cambio de sexo, tampoco a nivel jurisprudencial, pues esta Sentencia representó la desprotección total a las personas transexuales, dado que negaba toda posibilidad de cambio de sexo en el DNI.

a. Hechos

La demandante identificada con las iniciales PEMM señala que es una persona transexual, no es un hombre sino “una mujer reasignada” mediante una cirugía realizada en España, debido a ello solicitó sea tratada como tal y

que no basta el prenombre femenino, sino que el sexo señalado en el DNI debe ser acorde con su actual identidad. Por tanto, requiere el cambio el sexo (de masculino a femenino) en su DNI y en su partida de nacimiento, asimismo, mencionó que ya obtuvo judicialmente que su prenombre masculino sea cambiado por uno femenino, sin embargo, en su DNI y partida su sexo permanece como masculino.

b. Resolución del Tribunal Constitucional

Nuestro TC declaró infundada la demanda, el caso en cuestión se centró en dilucidar “si existe o no la afectación al derecho a la identidad”, para cuyo efecto el Colegiado fundamentó su decisión en tres consideraciones principales:

1. El derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico que también según la ciencia es indisponible para el individuo y que el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de la “*naturaleza de las cosas*”, es decir, de lo biológico (fundamento 5). Asimismo, señaló que ya en el Expediente N°2273-2005-PHC/TC, la doctrina de la indisponibilidad se encuentra resuelto donde se autorizó el cambio de nombre del recurrente (de masculino a femenino), pero manteniéndose la “intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo, o lugar de nacimiento); sin embargo, según el colegiado, el recurrente sustenta su reclamo de cambio de sexo en razones exclusivamente de orden psicológico, al señalar que no se identifica con el sexo masculino que está inscrita, sino con el femenino.

Por otro lado, en el fundamento 12, si bien se le diagnosticó trastorno de la identidad sexual, sin embargo, se trata de un caso de transexualidad, no se trata de un caso de intersexualidad o hermafroditismo que haya

ocasionado un error al momento de registrar su sexo y que por tanto sea rectificado.

El Colegiado en su mayoría, en el fundamento 14 consideró que el transexualismo es un trastorno mental en el que no hay ninguna patología anatómica o genética. La persona transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, pero el error está en su mente no en su anatomía.

Asimismo, en los fundamentos 23, 24 y 25 el TC señala que la cirugía como el tratamiento para el transexualismo no es aceptada pacíficamente en el campo científico y que en ocasiones ellas siguen sintiéndose insatisfechas con su nuevo cuerpo porque mantiene rasgos de varón o mujer de ser el caso lo cual no consigue deshacerse, aunque haya incluso logrado su cambio legal de su sexo.

Concluye el TC señalando de que mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico, el derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que según la ciencia es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de la “naturaleza de las cosas”, es decir lo biológico (fundamento 31).

2. Como segundo argumento el Colegiado consideró que no puede dejarse de señalarse que los efectos o el impacto que una decisión estimatoria tendría sobre el ordenamiento jurídico, puesto que como intérprete de la Constitución debe observar el principio de previsión de consecuencias derivado del artículo 45 de nuestra Constitución que ordena que todos los poderes públicos deben actuar con responsabilidad que ellas exige, siendo

a que de estimarse el pedido del recurrente acarrearía los siguientes impactos en el sistema jurídico: a. Que una persona pueda cambiar a su voluntad su sexo en el registro civil y b. Admitir el matrimonio de personas del mismo sexo, debido a que un transexual operado, a pesar del cambio eterno, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico (fundamento 32 y 33); por lo que, el Colegiado, en mayoría, consideró que estas consecuencias jurídicas no le corresponden, toda vez que incurría en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de nuestra Constitución) y el principio de corrección funcional (fundamento 36).

3. La modificación del sexo en el Registro civil traería como consecuencia la defraudación de terceros, lo cual, haría cómplice al registro civil de un posible engaño, asimismo, daría como resultado un matrimonio cuya anulabilidad podría solicitar el cónyuge perjudicado por el “error sobre la identidad física del otro contrayente” (fundamento 41).

c. Análisis

Con esta Sentencia, no hallamos protección a nivel jurisprudencial, acerca del cambio de sexo de una persona transexual dado que no explica una razón constitucionalmente válida, pues se fundamenta en tres postulados: a. Se debe asignar el derecho de acuerdo con la realidad de las cosas, según la naturaleza biológica, esto es de acuerdo con el sexo biológico de la persona, b. debe observarse el principio de previsión de consecuencias en la sociedad (el impacto que tendría una decisión estimatoria en la sociedad); c. la modificación del sexo traería como consecuencia la defraudación a terceros.

Con respecto al primer argumento el Colegiado considera que el transexualismo es una patología mental, dado por cierto una afirmación cuestionada desde un ámbito de los derechos humanos, dado que tanto el catálogo de Principios de Yogyakarta como el Informe Temático de

Hammarberg cuestionan la conceptualización y el tratamiento biomédico de la transexualidad en el ámbito de protección de derechos.

En el mencionado Informe Temático de Thomas Hammarberg además considera que en la primera década del nuevo milenio se puede observar un cambio de paradigma en la percepción de las personas trans. El enfoque hasta ahora dominante, la perspectiva médico-psicológica define a las personas trans como desviaciones de un orden de sexo/género binario concebido como natural y, en consecuencia, les estigmatiza socialmente, asimismo, enfatizó que la patologización de las personas trans puede convertirse en un obstáculo en el cumplimiento de sus derechos humanos (2010: 3).

Respecto al segundo y tercer argumento debemos indicar que no se puede soslayar los derechos individuales en virtud de las decisiones de la mayoría, más aún si no se ha realizado estudios sociales que determine tales consecuencias, quedando en meras suposiciones, ni se tiene en cuenta que justamente la democracia surgió para proteger a las minorías de las decisiones de las mayorías.

Por tanto, con esta Sentencia se perpetuaba la discriminación a este colectivo, sin darle mayor protección a sus derechos creando un conflicto entre su ser y la sociedad, es decir, una persona transexual sufre profundos conflictos en primer lugar contra sí mismo, al no tener los atributos físicos deseados del sexo opuesto y, en segundo lugar, al ser rechazado por la sociedad, lo cual, lleva a la depresión incluso podría llevar al suicidio.

Fernández Sessarego marca esta actitud comunitaria como la de rechazo y marginación que suele afectarle al transexual encerrándose en sí mismo, se aísla, se incomunica y hace uso de una vestimenta con la cual trata de ocultar su indeseada realidad biológica” (1992: 319).

Graciela Medina menciona que los últimos años se viene dando una marcada evolución social, abierta a los nuevos aportes provenientes de las ciencias humanas y que se traducen en renovadas perspectivas jurídicas sobre el tema (Citado en Hooft 2009: 224), no obstante, en nuestro ámbito nacional aún no recibe un tratamiento a nivel legislativo, existe insuficiente protección, silencios legislativos a nivel infraconstitucional y jurisprudencial.

Consideramos importante la incorporación de leyes a favor de las personas trans, es indispensable que emita una ley de identidad de género que permita el cambio de sexo en el DNI con un trámite sencillo, ante Reniec y de fácil acceso; asimismo, debería adoptarse políticas públicas para que los procesos de reasignación de sexo, los procedimientos hormonales y tratamientos psicológicos sean permitidas y accesibles a las personas trans mediante el seguro social y gratuito a las personas que no cuentan con los recursos económica; de igual forma se debería garantizar el respeto y la privacidad en dichos tratamientos.

2.3.5. Sentencia recaída en el Expediente N° 06040-2015-PA/TC (Caso Ana Romero Saldarriaga)

a. Hechos

Se trata del caso de Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga que se identifica como (Ana Romero Saldarriaga) contra la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto, que revocó la Sentencia de primera instancia en el extremo que declaró fundada la pretensión sobre el cambio de nombre, y, reformándola declaró improcedente, en cuanto a la pretensión de cambio de sexo; e, infundada la misma respecto al cambio de nombre; es decir, se denegó a la recurrente la posibilidad de realizar el cambio de su sexo y nombre consignados en su DNI.

La presente Sentencia es de suma importancia, pues el TC peruano realiza un cambio jurisprudencial respecto a la imposibilidad de cambiar el sexo en el DNI de las personas transexuales. En la Sentencia dictada en el Expediente N° 0139-2013-PA se negaba dicha posibilidad, adoptando una posición irrazonable y tajante considerando al transexualismo como una patología y estableció como doctrina jurisprudencial que el sexo era un elemento inmutable.

Con ello, se perpetuaba la discriminación a este colectivo, sin darle mayor protección y cerrando toda forma de acceso a la justicia, evidenciándose, además la desigualdad ante la ley y decretó, en otras palabras, su muerte civil, debido a que sin el DNI no se pueden alcanzar los servicios básicos (educación, salud, ni realizar trámites judiciales o administrativos e incluso particulares como pedir un préstamo), sin sufrir discriminación e interferencias a su derecho a la privacidad, debido a que necesariamente solicitan una explicación acerca de la discordancia entre el Registro Civil y la apariencia física. Estos problemas no se presentan en países donde el cambio sexo es un trámite sencillo como en el caso de Argentina.

Sin embargo, la reciente Sentencia se refiere al sexo no solo como una realidad biológica, sino como una construcción que comprende las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia y concluyó en el fundamento 10 y 13 que el sexo no debe ser determinado en función de su genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría al ser humano también psíquico y social.

Nuestro TC también acotó en el fundamento 14 que existe un derecho de identidad de género que forma parte del derecho a la identidad personal, que hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de

las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como “hombre” o “mujer”, es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida y que en ese sentido merece tutela constitucional al formar parte de su identidad.

En este sentido, se deja atrás la jurisprudencia que prohibía de manera contundente la posibilidad de iniciar una acción a fin de realizar el cambio de sexo en el DNI; brindado la oportunidad de las personas de plantear su pretensión que en una vía ordinaria para que el juez analice su caso y le brinde protección.

Este avance reconoce como derecho tutelable la identidad sexual; es importante precisar que esta posición apoya la tesis de que las personas LGTBI vienen sufriendo una arraigada discriminación por parte de la sociedad y además que las instituciones públicas no tienen mecanismos para frenar esto, al contrario, acentúan la desigualdad ante ley, anulando toda posibilidad de ejercer el pleno goce de sus derechos y facultades como sujeto de derecho.

Nos adherimos a lo señalado por Paula Siverino, en lo referente a que el proceso de identificación que realizan los registros no es ajeno a la identidad de las personas, pues cumple una función más profunda “la de ser el nexo social de la identidad”. Agrega que la identificación como proceso estatal es un mecanismo que simplemente sintetiza aquello que se le presenta a los sentidos, pero lo hace desde afuera; rotula esas características que percibe según las variables que le sirven de guía, plasmando algunos datos y descartando otros. Mientras que la identificación en cuanto nexo social de la identidad vehiculiza de manera visible y concreta la personalidad jurídica del sujeto a través de un dato elemental como el nombre y el sexo y permite una apropiada inserción social y un pleno ejercicio de ciudadanía (s/f: 5).

En este sentido, consideramos que el DNI emitido por el Estado como proceso de identificación debe ser aquél que muestre la personalidad del sujeto,

conforme a su identidad, es decir, acorde a la autoconstrucción que realice de sí mismo; por ello, es importante que este cambio de sexo y con mayor razón de nombre en el DNI debiera ser un trámite sencillo ante el Reniec, sin iniciar un proceso engorroso ante la judicatura ordinaria que va a exigir pruebas de su identidad, cuando lo que debería expresar el DNI es la identidad autopercebida del sujeto; con lo cual, las personas transexuales podrían interactuar con el entorno de la misma manera que las demás personas, sin sufrir discriminación y la violación a su derecho a la intimidad.

2.4. Casos expuestos ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A partir del año 1990, la CIDH empezó a crear relatorías temáticas con el objeto de brindar atención a ciertos grupos, comunidades y pueblos que se encontraban especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos (por su situación de vulnerabilidad y discriminación histórica de la cual son objeto).

En marzo del 2011, la CIDH en el 141° período de sesiones adoptó la decisión de dar énfasis temático especial a los derechos de las personas LGTBI y noviembre del mismo año, en el marco del 143° período de sesiones creó una unidad especializada en esta materia, que comenzó sus operaciones el 15 de febrero del 2014 y tiene como pilares de trabajo los siguientes puntos:

1. La tramitación de casos y peticiones individuales, que incluye la asesoría a la CIDH en relación con las solicitudes de medida cautelar y elevación de medida provisionales a la Corte Interamericana que guarden conexión con la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.
2. La asesoría a los Estados miembros y órganos políticos de la OEA en esta materia.
3. Preparación de informes con recomendaciones dirigidas a los Estados de la OEA en el campo de la política pública, la legislación y la interpretación judicial sobre los derechos humanos de estas personas. En este marco, la CIDH celebra varias reuniones de expertos/asa sobre la situación de los derechos de estas personas en distintos ámbitos, tales como salud, justicia y violencia, empleo, relaciones interpersonales, educación y cultura y participación política.

4. Monitoreo de la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI en las Américas y la visibilización de dichas violaciones (OEA: 2015).

A continuación detallaremos las peticiones y sentencias que tienen como común denominador tratos discriminatorios basados en la orientación sexual o identidad de género, en orden de ingreso a la CIDH, salvo el caso de Homero Flor Freire contra Ecuador que se tratará al final, debido a que la Corte IDH emitió pronunciamiento de fondo, y en cuanto a las Sentencias Atala Riffo contra Chile y Duque contra Colombia las trataremos en el siguiente capítulo por estar relacionadas al derecho a la familia y las parejas estables del mismo sexo.

2.4.1. Perú: Luis Alberto Rojas Marín –Informe N° 99/14

Con fecha 14 de abril de 2009, la CIDH recibió la petición N° 446-09 presentada por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, el Centro de Promoción y Defensa de Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) y *Redress Trust* en representación de Luis Alberto Rojas Marín (un joven gay de escasos recursos económicos, oriundo de la Provincia de Acupe, Departamento de la Libertad, de 26 años) alegaron la responsabilidad del Perú, debido a los hechos acontecidos el 25 de febrero de 2008: siendo aproximadamente las 12:30 am, Luis se dirigía a su domicilio, cuando habría sido detenido por el personal de serenazgo y un agente de policía, por encontrarse en “actitud sospechosa”, al sostener que no contaba con su documento de identificación fue conducido a la Delegación Policial del Distrito de Casagrande, Provincia de Trujillo, Departamento de la Libertad, donde fue privado de su libertad hasta las seis de la mañana.

Asimismo, sostienen que durante su detención Luis fue agredido física y verbalmente por tres agentes de la policía y habría sido interrogado en forma soez e insultado con frases alusivas a su orientación sexual como “si le gustaba el órgano sexual masculino”; habría sido desnudado, manoseado y

torturado mediante la introducción de una vara policial de goma en el ano que le ocasionó lesiones sangrantes.

Por otro lado, alegaron que el Estado habría incumplido su deber de investigar los hechos, debido a que el procedimiento ante el Ministerio Público habría sido objeto de presiones, intimidación y cuestionamientos relacionados con su orientación sexual; señalan que la Fiscalía ha sido explícita al sostener que los dichos de la presunta víctima acerca de los actos de violencia sexual no le resultaban creíbles y que dada su orientación sexual, podría haber tenido relaciones sexuales con otras personas y luego culpar a los agentes de la policía. Recién en el año 2008 el Ministerio Público ordenó una investigación destinada a esclarecer la presunta comisión de los delitos de violación sexual agravada, declarando improcedente la investigación sobre tortura.

a. Derechos declarados admisibles

La comisión consideró que los hechos sobre la presunta detención ilegal y arbitraria de Luis Alberto Rojas Marín y la alegada comisión de actos de tortura y otros tratos crueles y degradantes en su contra, así como la falta de esclarecimiento judicial, podrían caracterizar violaciones de derechos consagrados en los artículos 5 (derecho a la integridad personal) 7 (derecho a la libertad personal), 11 (derecho al respeto a la honra y la dignidad), 8 (garantía judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana; y, los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

2.4.2. Chile: Sandra Cecilia Pavez Pavez - Informe N° 30/15

Con fecha 28 de octubre de 2008, la CIDH recibió la petición N° 1263-08 presentada por Sandra Cecilia Pavez Pavez, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) y por Alfredo Morgado; quienes sostuvieron la violación de la República de Chile al derecho a no sufrir injerencias

arbitrarias en su vida privada, consagrada en los artículos 11, 24 y 1.1 de la CADH.

Los hechos son los siguientes: Sandra Cecilia Pave Pavez era profesora de la asignatura de religión de Educación General Básica y se desempeñó por más de 25 años, cumpliendo todas las exigencias académicas y legales requeridas por el cargo, sin haber sido objeto de un reproche por parte de sus superiores; sin embargo, el 25 de julio de 2007, el vicario para la educación el obispo de San Bernardo, René Aguilera Colinier le comunicó por escrito a la señora Pavez que había decidido revocar su certificado de idoneidad, inhabilitándola de esta manera para ejercer como docente de la asignatura de religión católica en los establecimientos educacionales de la diócesis de San Bernardo.

En dicha comunicación le manifestó que tal decisión se había adoptado después del proceso de análisis de la situación que la entonces profesora, pues ya había dialogado varias veces, haciendo directa referencia de que era lesbiana, además, que le habían exhortado “terminar de manera inmediata con su vida homosexual”, so pena de no poder ejercer más su profesión de docente de la asignatura de religión.

Asimismo, indican que le habrían impuesto una condición adicional que era someterse a “una terapia de orden psiquiátrico” con la finalidad que se “revirtiera su condición de alteración mental”; considerado además que la legislación aplicable facultaba al órgano religioso correspondiente a otorgar y revocar la autorización para ejercer la docencia de religión de acuerdo con sus particulares principios religiosos, morales y filosóficos, respecto de lo cual el Estado no tendría poder de injerencia alguna.

a. Derechos declarados admisibles

La Comisión considera que los argumentos de los peticionarios relacionados con el alegado retiro del certificado de idoneidad con base a la orientación

sexual de la presunta víctima, efectuado por autoridades religiosas en uso de facultades delegadas por el Estado mediante decreto requiere de un análisis en la etapa de fondo para evaluar su compatibilidad en los términos de los artículos 11 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento.

2.4.3. Honduras: Vicky Hernández y Familia- Informe N° 64/16

La Petición N° 2332-12 fue presentada por la Red Lésbica “CATTRACHAS” Organización Lésbica Feminista de Honduras, el Centro de Derechos Humanos de las Mujeres (CDM) y Robert F. Kennedy Human Rights, en representación de Vicky Hernández Castillo y su familia.

Sostienen que el 29 de junio de 2009, en horas de la noche fue asesinada, en la ciudad de San Pedro Sula, Vicky Hernández Castillo y que el hecho ocurrió durante las redadas llevadas a cabo por la Policía Nacional, mientras se encontraba en vigencia el toque de queda decretado tras el golpe de Estado en dicho país. Indican que, según los medios de comunicación, el cuerpo de Johnny Emilson Hernández Martínez “Vicky Hernández Castillo” se encontraba con señales de estrangulamiento y con dos impactos de bala.

En el año 2011, el Ministerio Público procedió a realizar las investigaciones del caso; sin embargo, no se practicaron diligencias esenciales para resolver el caso, entre ellas la autopsia al cuerpo de la víctima solicitada por la fiscalía. Recién en el 2013 cuando fue requerida por segunda vez, el Coordinador Regional de Medicina Forense remitió el examen de la autopsia; no obstante, en el 2015 no constaba en el expediente, pues señalan que las autoridades forenses se negaron a practicar la autopsia de la presunta víctima “con la excusa de que era VIH positiva” y “no quisieron practicar la diligencia investigativa por considerar a la víctima como persona diferente y sin derechos”, lo que constituye una discriminación en razón de su orientación sexual.

a. Derechos declarados admisibles

La CIDH considera que los hechos de ser probados podrán caracterizar una posible violación a los derechos protegidos en los artículos 4, 5, 8, 24 y 25 de la Convención Americana. Asimismo, consideró en la etapa de fondo, la posible violación al artículo 7 de la Convención de *Belém do Pará* tomando en cuenta que, en virtud de dicho instrumento, los Estados tienen la obligación de prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra las mujeres, incluyendo las mujeres lesbianas, bisexuales, trans e intersex.

2.4.4. El Salvador: Alexa Rodríguez-Informe N° 73/19

Alexa Rodríguez e *International Human Rights Law Clinic (WCL, American University)* presentaron la petición N° 2191-12 sosteniendo que Alexa fue víctima de atentados contra su vida en dos ocasiones diferentes por parte de pandilleros y de oficiales de la Policía Nacional Civil. En el mes de junio de 2008, un hombre apodado “el chino”, quien era miembro de la pandilla “Mara Salvatrucha (MS 13)”, la golpeó brutalmente afuera del restaurante donde trabajaba, indican que en la agresión también intervino otro hombre que la sujetaba mientras era golpeada, por lo que, los dueños del restaurante llamaron a la Policía.

Según la petición, los funcionarios policiales que acudieron al lugar se rehusaron a levantar un reporte argumentando que lo sucedido era “solo una pelea entre maricas”. Dos meses después la víctima, vestida con prendas socialmente asociada a su identidad de género femenina, se encontraba comiendo con una amiga en una estación de gasolina cuando el líder de la pandilla Mara Salvatrucha en Usulután, apodado “el animal”, se le acercó comenzó a insultarla y robar sus pertenencias y al llegar la policía, los agentes no creyeron el relato de Alexa Rodríguez y liberaron al agresor, no conforme con ellos tomaron la identificación de la presunta víctima y comenzaron a burlarse de ella usando nombres despectivos. Además, mientras se

encontraba sentada a la orilla de la acera, un agente comenzó a darle puntapiés hasta hacerla caer al suelo y le advirtieron que nadie le creería si presentaba una denuncia, pues ya sabían dónde vivía.

La denunciante alega que intentó presentar la denuncia policial; sin embargo, al presentarse a la comisaria le indicaron que no podía, señalando que probablemente “se había metido en una pelea de homosexuales”. Por otro lado, sostiene que la Fiscalía General de la República tampoco quiso recibir la denuncia, bajo el pretexto que la “Policía Civil nunca la lastimaría y seguramente se habría metido en una pelea de homosexuales” yante la insistencia de presentar la denuncia, el representante fiscal le hizo abandonar el lugar acompañada de personal de seguridad.

a. Derechos declarados admisibles

Al no permitirse el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, dado que sus denuncias no habrían sido atendidas, las autoridades internas habrían utilizado un trato discriminatorio en su perjuicio, por razones relacionadas con su identidad y expresión de género diversa, de ser probado los hechos podrían caracterizar una posible violación a los derechos protegidos en los artículos 5, 8, 11, 24 y 25 de la Convención Americana, en conexión con su artículo 1.1 y el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, en virtud de dicha convención los Estados tienen la obligación de prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra las mujeres, incluyendo mujeres lesbianas, bisexuales, trans e intersex.

2.4.5. Ecuador: Homero Flor Freire - Informe N° 81/13- (fondo)

El 3 de mayo de 2001, el señor Homero Flor Freire fue colocado a la situación de disponibilidad previa a su baja del servicio activo de la Fuerza Terrestre, por haberse demostrado mediante prueba testimonial y a la luz de la “sana crítica” ante las autoridades competentes de dicho país, el cometimiento de actos de

homosexualismo, esto es la práctica de sexo oral entre el teniente Homero Fabián Flor Freire y otro soldado, militares en servicio activo, en el interior de un recinto militar, con lo cual, argumenta la institución demandada que se ha ofendido subjetivamente la institución armada, además alegó que con dichos actos se causó un escándalo y un mal ejemplo tanto en el Fuerte Militar como a nivel de la población.

Dicha situación estaba catalogada como falta “contra la moral” dentro del Reglamento de Disciplina Militar de 1998, en su artículo 67°: “Realizar actos sexuales ilegítimos en el interior de repartos militares”. Asimismo, el Título XI del mismo reglamento establecía: artículo 117: “Los miembros de las Fuerzas Armadas que sean sorprendido en actos de homosexualidad (...) se sujetaran a lo previsto en artículo 87, literal (i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas”.

La Comisión ante este caso estimó pertinente precisar que, si bien el Estado ya había derogado tales articulados, debería analizarse dicha normatividad en relación con su aplicación a los hechos del caso. En este sentido, se sostuvo la importancia de precisar la categoría de “orientación sexual percibida”, en el fundamento 82 y 83:

De esta forma, en determinados contextos puede cobrar particular relevancia no tanto si una persona reconoce, por ejemplo, como homosexual, sino si es “percibida como tal” por parte de terceros o se le identifica como miembro de un determinado grupo social. Así lo ha señalado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al referirse a las situaciones de discriminación basa tanto en la orientación sexual real como en la orientación sexual percibida.

Es decir, no solo se afecta a las personas que tienen una orientación sexual diferente, sino también aquella que, *percibida* como tal, aunque tenga una sexualidad heteronormativa, debido a que también se ven expuestos a la discriminación a la que históricamente han sido sometidas las personas que tienen una orientación sexual, identidad o expresión de género no convencional.

Por otro lado, la CIDH procedió a determinar si la sanción de actos sexuales de personas del mismo sexo en el régimen castrense vigente para la época de los hechos cumple con el juicio escalonado de proporcionalidad y así determinar la responsabilidad estatal, pues la CIDH estableció que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, bajo los criterios contenidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana y en tanto toda distinción basada en la misma debe ser examinada bajo un examen de escrutinio estricto.

En este caso la CIDH al realizar el examen de ponderación determinó, en cuanto al primer requisito *fin legítimo estatal*: que el Estado tiene la potestad de tomar medidas que considere apropiadas para preservar la disciplina y el orden al interior de sus fuerzas armadas y que el mantenimiento de la disciplina al interior de una institución armada es un fin legítimo estatal y evita la comisión de actos que atenten contra los valores de la institución, tales como actos sexuales.

Sin embargo, en cuanto al siguiente paso de *idoneidad*: sancionar con la baja del demandante, los “actos de homosexualidad”, era estrictamente necesario para lograr dicho fin de preservar los valores de la institución armada. Al respecto la Comisión, en el fundamento 110 del mencionado informe señaló que no se logró demostrar en forma convincente el riesgo o daño que genera la presencia de personas homosexuales en las fuerzas armadas: “[e]n ese sentido, la Corte Europea ha afirmado que la supuesta amenaza a la operatividad institucional de las fuerzas armadas se sustenta más bien en concepciones estereotipadas en contra de las personas homosexuales, lo que lejos de justificar la restricción en cuestión, constituye una actitud equiparable al tratamiento perjudicial debido al color, u origen de las personas”.

La CIDH consideró además en el fundamento 111 que el criterio utilizado por las autoridades militares estuvo basado en una aparente incompatibilidad entre la homosexualidad con el régimen de disciplina y la institución militar en sí

misma, sin esgrimir fundamentos razonables y objetivos para justificar tal distinción. En consecuencia, la relación de idoneidad de medio a fin entre la sanción de “actos de homosexualidad” en las fuerzas armadas y los valores castrenses que se buscaban proteger como el honor, la dignidad y el culto al civismo. Por dichos motivos, ya no procedió a realizar el análisis del siguiente paso.

Asimismo, la CIDH advirtió adicionalmente que el Reglamento establecía una diferencia de tratamiento y de sanción en casos de “actos sexuales ilegítimos” y los “actos de homosexualidad”; correspondiéndole a este último la sanción de baja mientras al primero solo correspondía el arresto de 10 a 15 días y suspensión de funciones de 10 a 30 días.

2.4.6. Análisis de los casos

En todos los casos se evidencia que los Estados no cumplen con su deber de implementar medidas para instaurar, investigar y llevar un proceso judicial que esclarezca y brinde una respuesta a las situaciones que atraviesan las personas LGTBI perpetuándose la violencia a las víctimas en segundo término por parte del Estado. Asimismo, se observa que las presuntas víctimas se encuentran en una situación de múltiple vulnerabilidad social, debido a que se trata en muchos casos de personas que sufren además otro tipo de discriminación como por ejemplo tener recursos económicos escasos, ser mujer, mayor de edad, etc., configurándose de esa forma una discriminación múltiple.

Por ello, consideramos importante la adopción por parte del Estado de programas de inclusión hacia este colectivo de bajos recursos económicos para que encuentren un centro laboral, de salud o de estudios dignos, así como un servicio judicial óptimo, especializado en delitos contra poblaciones vulnerables y la implementación de protocolos de atención ciudadana LGTBI tanto a nivel policial como judicial.

En el caso *Homero* (Ecuador) se advierte que el régimen castrense vulneró el principio de la igualdad y libertad, al basarse en la supuesta contrariedad entre la homosexualidad y el régimen de disciplina militar, sin explicar fundamentos objetivos y razonables que justifiquen tal distinción; evidenciándose una posición institucional acerca de las relaciones entre parejas del mismo sexo, señalando que afecta negativamente la existencia de las instituciones militares, con lo cual se radicaliza la discriminación hacia las personas LGTBI y particular a la homosexualidad.

Por otro lado, las personas que tienen una orientación sexual diferente a la imperante sufren discriminación en distintos ámbitos de su vida personal, como el caso de *Sandra Paves Paves* (Chile) que el Estado se inmiscuye en su vida privada, otorgando permiso a que se puedan afectar su derecho al libre desarrollo de la personalidad y descalificándola en cuanto a sus aptitudes para la enseñanza de la asignatura de religión, por el hecho de tener una orientación no heteronormativa.

El caso de Alexa Rodríguez (El Salvador) es realmente indignante ver cómo ni siquiera es posible tener acceso a la justicia, no es posible presentar una denuncia, por el hecho de tener una identidad no convencional, a diferencia de las demás personas que sí pueden denunciar actos de violencia sin restricción alguna, demostrándose los estereotipos arraigados con los que con los que son percibidas las personas trans, que suelen asociarlas al pandillaje, a las personas de bajo mundo e incluso si ese fuera el caso, no se le debería denegar el poder interponer una demanda o denuncia en amparo de sus derechos, demostrándose total impunidad a las agresiones sufridas por parte de las personas que tienen una sexualidad diversa que incluye la tolerancia hacia este tipo de agresiones por parte del Estado, argumentando que son personas de segunda categoría.

El Perú no es ajeno a esta realidad social, pues aún no existen mecanismos para denunciar e investigar de manera eficaz este tipo de abusos degradantes

por parte de los agentes policiales e incluso por la seguridad de los municipios (serenazgo); por lo que, resulta imperiosa la necesidad de que el Estado brinde reglamentos o guías que indique de manera clara como los agentes policiales deben de proceder al momento de recibir una denuncia de ese tipo evitando realizar presunciones en base a prejuicios.

Es necesario contar con un servicio de justicia eficaz (Ministerio Público, Poder Judicial y Ministerio de Justicia) que se especialice en delitos contra esta población vulnerable, que se cuenten con fiscales y jueces capacitados para su atención, asimismo, urge la necesidad de contar con protocolos y reglamentos especiales de atención que indiquen de manera clara como los agentes policiales y municipales deben proceder al momento de recibir una denuncia evitando realizar presunciones en base a prejuicios. Se debe implementar a través del Ministerio de Justicia asesoría jurídica gratuita para las personas que son víctimas de estos crímenes, a fin de que conozcan sus derechos y accedan a recursos legales disponibles, a fin de obtener justicia.

En el caso de *Luis Alberto Rojas Marín* (Perú) y de *Vicky Hernández* (Honduras) se evidencia **crímenes de odio**, el cual, de manera general, puede ser definido como todo acto doloso, generalmente realizado con saña, que incluye, pero no se limita a: violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad. El agente tiene intención de causar daños graves o muerte a la víctima, basando la agresión en el rechazo, intolerancia, desprecio, odio y/o discriminación hacia un grupo en situación de vulnerabilidad (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional 2013: 14).

Es posible identificar a los crímenes del odio en base a los siguientes elementos: **a.** Una agresión o un conjunto de agresiones dirigidas a lesionar los derechos de una persona, **b.** se debe estar en presencia de un conjunto de sectores sociales en situación de vulnerabilidad (grupos raciales, nacionales, étnicos, etarios, de género, orientación sexual o identidad género), **c.** la motivación que impulsa a una persona (o a varias) a actuar contra los derechos

de otra. Por lo general, tal motivación está básicamente fundamentada en el odio, el prejuicio, la intolerancia, el rechazo, el desprecio, o la discriminación hacia algún miembro real o percibido, de alguno de los grupos vulnerables (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional 2013: 22-23).

El Experto Independiente de las personas LGTBI de la ONU, respecto a los crímenes de odio, señaló que son delitos motivados por prejuicios basados en la orientación sexual o la identidad de género que pueden calificarse como bifóbicos, homofóbicos, misóginos o transfóbicos o en función de otros sesgos sistémicos. Estas vulneraciones no se manifiestan solo en un país o en una región, como corroboran informaciones procedentes de todas las regiones en las que los Estados y otros actores recopilan datos y los publican. La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la CIDH y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos coinciden en su identificación y condena de los actos atroces cometidos como el desmembramiento, la mutilación, la lapidación, la decapitación, la quema o el empalamiento (Madrigal 2018: 35).

Según Víctor Madrigal las características distintivas de los delitos motivados por prejuicio deberían analizarse a la luz de las estructuras de poder más amplias, las desigualdades de género profundamente arraigadas y la rigidez de las normas de género y sexuales. La violencia por motivos de orientación sexual o identidad de género puede entenderse como un medio para recuperar el control o como un castigo por resistir o transgredir las normas y conductas de género (2018: 35-37).

En nuestro país no existe legislación alguna que proteja de manera específica a las minorías sexuales contra estos crímenes, tal es así que incluso el 5 de abril de 2017, el Pleno del Congreso de la República derogó parcialmente el Decreto Legislativo N° 1323 que proponía agravar las penas para los casos de feminicidio, violencia familiar y violencia de género, mediante la tipificación, en específico, de delito por discriminación o incitación por motivo de la orientación

sexual e identidad de género –artículo 323 y que se consideraba como agravante de la pena - artículo 46 del Código Penal. La razón fue más que de fondo fue de forma, debido a que según señalan no se le habría otorgado al ejecutivo las facultades para legislar en dicha materia; sin embargo, esta derogación no fue publicada, por lo que, se entiende que siguen vigentes las disposiciones antes mencionadas.

No obstante, esta posición del Congreso es un retroceso debido a que desprotege a las personas LGTBI que viene sufriendo discriminación a nivel legal, invisibiliza las agresiones contra ellas quedando impunes o tratándola como delitos comunes que alcanzan penas mínimas en muchos casos, no solo se evidencia la inoperatividad del Estado frente a este tipo de agresiones, sino que también demuestra la tolerancia y la legitimación de estas prácticas por el mismo Estado, dado que si bien no se le habrían otorgado las facultades a Poder Ejecutivo, también es que pudieron convalidar dicha situación y reafirmar su tipificación específica, sin dejar desprotegidos a las personas LGTBI, puesto que cuando se incurran en estos delitos se calificarían como simples.

En este sentido, es necesario que la tipificación de los crímenes de odio se mantenga, debido a que coadyuva a hacer visible los casos de violencia de género y permite realizar un control y sistematización de estas causas, asimismo, sirve de base para la elaboración de políticas públicas que fomenten la erradicación de este tipo de conductas y no queden impunes, ello es acorde a los distintos instrumentos internacionales que justifican la protección de los derechos de las personas LGTBI, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo De San Salvador (Artículo 3), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (artículo 1) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6).

Además, es importante que el Estado capacite a los efectivos policiales y fiscales para que elaboren protocolos para tratar este tipo de delitos con la debida atención, los cuales deberían ser anuales y semestrales (es decir que haya periodicidad), incluyéndose de ser el caso conceptos básicos acerca de la orientación sexual, identidad de género y en general, sobre la diversidad sexual. A nivel de fiscalía debería crearse departamentos que se especialicen en investigar este tipo de delitos, teniendo como horizonte el examen de que cosa hay detrás del crimen, es decir, si se basó en la orientación sexual, identidad o expresión de género de la víctima.

En el ámbito judicial se debería crear juzgados especializados para tratar, procesar y sancionar los delitos, basados en el prejuicio hacia la diversidad sexual. En estos delitos también es importante brindar protección de la vida e integridad de las personas que denuncian este tipo de crímenes, pues el agente que realiza el hecho punible es el Estado o grupos homofóbicos con algún tipo de organización.

Un indicador claro de la falta de educación sexual (que incluya estos aspectos de la diversidad sexual) es justamente estos crímenes de odio; por lo que, consideramos, nuevamente a la educación como clave para el freno de estos delitos. Los currículos nacionales deberían comprender este tema de manera inclusiva, pues programas restrictivos limitan la sexualidad considerándola solamente como heteronormativa e invisibilizan la existencia de las personas LGTBI y promueven formas exacerbadas de discriminación.

CAPÍTULO III

LAS RELACIONES HOMOAFECTIVAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. El derecho a tener una familia

Según el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, el Estado tiene la obligación de brindar protección a la familia; el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que la familia es el elemento natural, fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, siendo a que los hombres y mujeres a partir de edad núbil tienen derecho (sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión) a casarse y fundar una familia; el mismo reconocimiento brinda el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Vemos que nuestra Constitución y los referidos instrumentos internacionales reconocen a la familia una especial protección, por ser el primer grupo al que cada persona pertenece, es el pilar fundamental de la sociedad conformado por lazos de afecto, valor y sentimiento; siendo el Estado el primer protector de la unidad familiar.

La familia con el transcurrir del tiempo ha venido experimentando cambios, tal es así que la familia ampliada medieval (conformada por los esposos, hijos, parientes lejanos, siervos, entre otros) fue reemplazada por la nuclear (esposos e hijos) y en la actualidad se asiste a una especie de deconstrucción de esta.

En las sociedades globalizadas, postindustriales, postmodernas se diversifican las formas de organización familiar, por supuesto que esto coexiste, en el marco del multiculturalismo, con organizaciones donde impera la familia nuclear y la ley del padre (Glocer 2007: 50). La deconstrucción de esta se entiende como la coexistencia de formas de familias distintas a la tradicional, entonces es importante cuestionarnos si realmente la familiar nuclear heterosexual es la forma innata de constituir una familia o si por el contrario es una invención social.

En el mundo occidental hubo siempre una condición ineludible: la estructura familiar constituida en base a la unión hombre - mujer y los hijos surgidos de esa alianza que confirman la ley de filiación. En nuestro medio, el arquetipo familiar es la nuclear heterosexual, ello se desprende a partir de la interpretación de las siguientes disposiciones:

- El artículo 4 de la Constitución Política del Perú, mediante el cual se protege a la familia y promueve el matrimonio, reconociéndolo como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.
- El artículo 5 de nuestra Constitución Política, puntualiza que la unión estable está conformada por un *varón y una mujer*, libres de impedimento matrimonial (unión de hecho).
- El artículo 234 del Código Civil, el matrimonio “es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada”.

Como se aprecia el modelo de familia tiene como característica intrínseca la heterosexualidad, pero nuestra Constitución no excluye otras formas de familia ni tampoco reconoce solo la heterosexual, a diferencia del plano legal que explícitamente regula solo las relaciones heterosexuales, lo cual, trae como consecuencia la inevitable desprotección a otras uniones familiares que se presentan en la realidad e incluso se llega a su discriminación por no ser reconocidas.

Gayle Rubin representa en una pirámide la jerarquía de la conducta sexual, ubicando en la cúspide a los heterosexuales reproductores casados, quienes gozan de respeto social, apoyo institucional, además de reconocerles un buen estado de salud mental. En el otro extremo de esa pirámide se posicionan los homosexuales y lesbianas, los promiscuos junto con los transexuales, travestis, fetichistas, sadomasoquistas y trabajadores del sexo. A este grupo se les estigma y sanciona de diferentes maneras (1989: 136-317). En este sentido, se puede concluir que hoy en día la familia heterosexual es considerada como el modelo a seguir, como lo normal, la conducta

sexual que debe respetarse y gozar de amparo normativo, las que no se encuadran dentro de ello no existen, al menos jurídicamente en nuestro país, y a nivel social representa formas degeneradas de unión.

Si bien a nivel normativo está reconocido el matrimonio y las uniones de hecho heterosexuales como formas de familia; sin embargo, esto no excluye otro tipo de unión familiar, pues la realidad social nos indica que no solo existe el matrimonio y las uniones de hecho heterosexual como forma de familia. El TC peruano reconoció en la sentencia dictada en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC (Caso Reynaldo Armando), de fecha 30 de noviembre de 2007, la existencia de las familias reconstituidas o ensambladas:

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hechos, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familia reconstituidas.

En este sentido, si bien nuestra Constitución no reconoce de manera expresa a las otras formas de familia diferentes al matrimonio y las uniones de hecho heterosexuales, ello no implica necesariamente la prohibición de dotar de una institución jurídica que ampare otra tipo de familia como por ejemplo la integrada por una pareja del mismo sexo, al contrario en virtud de los derechos fundamentales acogidos en la Carta Magna tal como: dignidad, igualdad, libertad, libre desarrollo de la personalidad, las diversas modalidades de familia merecen la protección del Estado; lo contrario implicaría un evidente trato desigual, sin una razón que la justifique.

Galán señala que dicha naturalización es la que ha permitido que quienes ven excluidas sus relaciones de la definición de familia y matrimonio no lo perciban como un acto de discriminación, sino que la asuman inconscientemente como algo dado e incontestable (Citado en Fernández 2014: 21); en otras palabras, es tan normal para

las familias diferentes a la heterosexual asumir la diferencia de trato o los actos de discriminación social y legal, llegando incluso al punto de no denunciarlos o mantenerse sin la protección legal que les corresponde por el solo hecho de ser personas.

La Corte IDH, en el caso emblemático de Atala Riffo y niñas contra Chile, reconoce por primera vez la protección de la familia constituida por una pareja del mismo sexo:

3.1.1. Caso Atala Riffo y niñas contra Chile

La sentencia fue emitida el 24 de febrero de 2012. Los hechos del caso se inician en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes con quien tenía tres hijas y como parte de su separación de hecho establecieron, por mutuo acuerdo, que Karen mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas, en la ciudad de Villarrica. En noviembre del mismo año Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Karen, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. En enero de 2003, el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición y custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica, sin embargo, esta fue rechazada. Posteriormente, en marzo de 2004, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia; y, en el mismo año la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo y le concedió la tuición definitiva.

Ante ello, Karen decidió denunciar al Estado Chileno ante la CIDH por haber atentado a su derecho a la igualdad y no discriminación. La Corte IDH amparó su demanda y reconoció la discriminación sufrida, otorgándole la custodia de sus menores; al considerar que el artículo 1.1 de la CADH contiene una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del Tratado, disponiendo la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocido “sin discriminación alguna”.

También se reconoció el derecho a la familia conformada por personas del mismo sexo, subrayando la existencia de familias diferentes a la tradicional, en el fundamento 142 de la sentencia, destacó que “[e]n la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo ‘tradicional’ de la misma”; es decir, la referida Corte considera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

En el fundamento 143 y sucesivos detalló el criterio del TEDH que coincide con la mencionada línea jurisprudencial:

En el caso *Salguero da Silva Mouta contra Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad).

En este sentido, queda claro que la Corte IDH propugna la no discriminación por orientación sexual y protege la constitución de familias diferente a la nuclear heterosexual (tradicional), ello también tiene correlato en caso de las familias no heterosexuales donde existe presencia de menores, puesto que los niños y niñas no pueden ser discriminados en razón de sus padres o familiares con características diferentes o no tradicionales, considerando así en su fundamento 151 que “[l]as niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre”.

3.1.2. Caso Duque contra Colombia

El caso fue dictado por la Corte IDH el 26 de febrero del 2016, en donde se reconoció la responsabilidad internacional de Colombia por la exclusión del

señor Duque de la posibilidad de obtener una pensión de sobrevivencia tras la muerte de su pareja, debido a que según el dicho Estado se trataba de una unión del mismo sexo y no de una pareja heterosexual. La Corte IDH sostuvo que dicho accionar afectaba la igualdad ante la ley, pues señaló que todo Estado debe respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. El citado artículo prohíbe la discriminación de derecho no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho Tratado, sino también respecto de las leyes que aprueban los Estados y su aplicación.

El citado artículo prohíbe la discriminación de derecho no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho Tratado, sino también respecto de las leyes que aprueban los Estados y su aplicación. La Corte IDH señaló en el fundamento 94 de la sentencia mencionada:

Si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.

En el presente caso, la Corte IDH determinó que el Estado no brindó una explicación sobre la necesidad social o la finalidad de la diferencia de trato, ni la razón de recurrir a esa diferenciación para alcanzar alguna finalidad buscada por este, en el fundamento 122 “[n]o aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales”.

En el fundamento 121, precisó “[c]on el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros y compañeras heterosexuales debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas

homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual que vienen siendo sometidas”.

La Corte IDH también evidenció discriminación múltiple debido a que el señor Duque presentaba varios factores de vulnerabilidad aparte de su orientación sexual, ser portador de VIH, su condición económica y la presunta agresión que afectaba su derecho a la integridad; por lo que, recomendó a los Estados la adopción de medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar el acceso, en igualdad de condiciones, al derecho a la pensión.

En conclusión, si bien nuestra Constitución no reconoce de manera expresa otros tipos de familia; también es cierto que, a través de una interpretación conforme a ella y a los instrumentos internacionales, se puede afirmar que también protege a otros tipos de familia diferentes al matrimonio y a la unión de hecho heterosexual.

Por ello, consideramos que los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las diversas modalidades de familia, pues estas son las estructuras básicas de cohesión social y resultan ser el primer núcleo de convivencia de las persona; asimismo, Eugenia Serrano señala que las transformaciones sociales han hecho que hoy la familia se entienda más bien como un ámbito en que la comunicación y el respeto a los deseos y aspiraciones individuales de los miembros que la componen ocupen un lugar importante en la definición de la vida en común (2014: 22), como hemos advertido las familias reconocidas expresamente por la Constitución Política del Perú son el matrimonio y la unión de hecho que tienen por distintivo ser de carácter heterosexual.

La sexualidad viene a ser parte ineludible del ser humano y en virtud de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, las personas eligen con quien mantener una relación afectiva de manera continua. Si bien la

heterosexualidad es la sexualidad imperante; también lo es que hay personas que poseen sexualidades diferentes, representan una minoría; no obstante, tienen el derecho al igual que los heterosexuales a formar una familia, siendo merecen protección Constitucional y legal.

En una sociedad abierta, la configuración de los proyectos de vida de las personas y de las propias biografías vitales no pueden vivir condicionada por la prevalencia de un modelo de vida sobre otro, siempre y cuando la opción libremente escogida no entrañe daño a terceros (Serrano 2014: 23). Por ello, consideramos que nuestro sistema jurídico debería reconocer y regular a las formas de familia diferente a la matrimonial heterosexual, tal como a las familias reconstituidas o ensambladas, las monoparentales y para el caso que nos ocupa las relaciones afectivas de convivencia de manera estable entre personas del mismo sexo.

Una de las razones por la cual el Congreso peruano no aprueba ninguna regulación en beneficio del colectivo LGTBI es precisamente la influencia de la Iglesia católica en las políticas del Estado. La Iglesia ha defendido a la familia afirmada sobre la heterosexualidad y desde tiempos inmemorables la concepción religiosa del matrimonio fue extrapolada al matrimonio civil y es a partir de ello que (como actor político) defiende un orden familiar tradicional, basado en la mencionada pareja heterosexual que se une con un fin básicamente de reproducción.

3.2. Reconocimiento constitucional de las uniones de las parejas del mismo sexo

Las personas dentro de nuestro marco constitucional tienen el derecho a formar una familia, en virtud del principio de dignidad, pues esta intrínseca a todo ser humano. La dignidad es el valor sobre el cual se funda los demás derechos. Las parejas heterosexuales gozan de la figura jurídica del matrimonio y la unión de hecho para la regulación y protección de sus relaciones familiares; no obstante, las personas con

una orientación sexual diferente a la heterosexual no tienen, en la actualidad, una figura específica que proteja sus derechos y deberes familiares deviniendo en un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual que como mencionamos se encuentra proscrito por el artículo 2, inciso 2 de nuestra Constitución Política: “nadie debe ser discriminado en razón por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole” [el subrayado es mío].

La Convención para todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW) de 1979, contempló, en su artículo 16, el derecho a formar una familia de manera amplia y sin restricción: “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, en particular, asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a. El mismo derecho para contraer matrimonio; b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento (...)”. Como podemos apreciar en el texto establece la plena libertad a las mujeres a ejercer su derecho a contraer matrimonio, sin que se especifique si lo debe hacer con una mujer o con un varón.

Además de los instrumentos internacionales ya analizados a lo largo de la presente investigación es importante resaltar que la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-24/2017, del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, contundentemente explicó que no existe razón válida para que las parejas del mismo sexo no sean consideradas como una forma de familia y por tanto deberían contar con protección jurídica:

179. Para el Tribunal, no existe duda de que – por ejemplo- una familia monoparental debe ser protegida del mismo modo que dos abuelos que asumen el rol de padres respecto de su nieto. En el mismo sentido, indiscutiblemente la adopción es una institución social que permite que, en determinadas circunstancias, dos o más personas que no se conocen se conviertan en familia. Asimismo, en concordancia con lo expresado en el Capítulo VII de esta opinión, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado, pues como fue mencionado con anterioridad (supra párr. 174), la Convención no protege un modelo único o determinado de familia.

199. La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección a la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como el derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a lo no discriminación (artículos 1.1. y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.

En la actualidad, las parejas homoafectivas están excluidas de toda posibilidad de hacer factible el ejercicio y goce de sus derechos en el ámbito familiar, pese a que se han presentado proyectos de ley debidamente sustentados, sin embargo, no lograron aprobarse; en consecuencia, evidenciamos una vez más la discriminación normativa que padecen las personas LGTBI. Por tanto, consideramos necesario revertir este déficit de protección a través de la inclusión igualitaria de las parejas del mismo sexo a los instrumentos legales que cuentan las parejas heterosexuales.

La Constitución Política del Perú si bien promueve el matrimonio, cierto también es que no distingue si es una pareja heterosexual o del mismo sexo, en el artículo 4: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad la forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley”.

No obstante, el artículo 5 de la referida norma fundamental sí considera a la pareja heterosexual, al regular la unión de hecho, pero también observarnos que no prohíbe lo contrario: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Por tanto, tenemos que nuestra Constitución protege la unión de hecho (heterosexual); sin embargo, no prohíbe la posibilidad de regular la unión entre

personas de un mismo sexo y si bien el artículo 234 de nuestro CC, solo regula a la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada: “El matrimonio es la unión voluntaria 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”.

También lo es que se trata de una norma de rango legal que restringe su aplicación a las parejas heterosexuales, pero no hay otra disposición a nivel constitucional que la prohíba, al contrario, haciendo un análisis e interpretación acorde a los derechos fundamentales y a lo señalado por la jurisprudencia y opinión consultiva de la Corte IDH es posible realizar su modificación e incluir la protección de las parejas del mismo sexo.

En este sentido la Corte IDH indicó también en el referido Caso Duque contra Colombia, fundamento 123 “(...) la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías sexuales han sufrido”.

3.2.1. Proyecto N° 00718/2016-CR “Ley que establece la Unión Civil no matrimonial para personas del mismo sexo”

El proyecto de ley contempló a la unión voluntaria conformada por personas del mismo sexo con el fin de establecer y garantizar derechos y deberes, el uno para con el otro; a los integrantes de la unión civil no matrimonial se denominaban compañeros civiles. A diferencia de otros proyectos esta crea un vínculo exclusivo entre personas del mismo sexo, originando un parentesco entre los contrayentes y un nuevo estado civil.

Los principales derechos y deberes reconocidos son: el derecho a formar una sociedad de gananciales a partir del momento en que se inscribe la

declaración, salvo pacto expreso en contrario; a recibir el mismo tratamiento y derechos que un pariente de primer grado como por ejemplo: visitar a hospitales, centros médicos, tomar decisiones para el inicio de tratamiento quirúrgicos de emergencia, visitas íntimas en centros penitenciarios, recibir alimentos, derecho de habitación vitalicio y gratuito sobre la casa en la que existió hogar doméstico (en caso de fallecimiento del otro integrante), a adquirir nacionalidad en caso de ser extranjero la atención de salud de la pareja en EsSalud y EPS, la cobertura de seguros, la pensión de invalidez de EsSalud, las pensiones de sobrevivencia en una AFP, el régimen mancomunado de jubilación en ONP y la pensión viudez en la ONP.

Tal como se puede observar el referido proyecto de Ley tiende tímidamente a la protección de algunos derechos, pero no contempla los mismos que a la pareja heterosexual, como por ejemplo la adopción. Este proyecto fue archivado en marzo de 2015, desconociendo por completo la necesidad de protección legal de las parejas homoafectivas.

3.2.2. Proyecto de Ley N° 3273-2013-CR“Ley del Régimen de Sociedad Solidaria”

Se define como un acuerdo voluntario entre dos personas mayores de edad que hacen vida en común con el objeto de asistirse, apoyarse y que origina derechos patrimoniales. A diferencia de la unión civil, la sociedad solidaria, no cambia el estado civil, ni genera relación de parentesco de sus integrantes.

Martha Chávez en una entrevista al diario afirmó que “el proyecto de Ley busca regular la situación de personas adultas del mismo o distinto sexo. Incluso parientes que deciden vivir juntos, acompañarse, cuidarse, compartir gastos y que no tienen necesariamente, aunque podría darse, una relación afectiva de carácter sexual y que tampoco entra en los presupuestos del matrimonio o concubinato (unión de hecho)” (El Comercio 2015).

Como puede apreciarse la unión solidaria, si bien pretende reconocer algunos derechos patrimoniales como por ejemplo se admite el manejo de bienes que se adquieran en conjunto, ser beneficiario de la pensión de sobrevivencia y herencia, derecho a la seguridad social, así como algunos derechos similares a los de la unión de hecho como la copropiedad, alimentos; empero, esta figura jurídica, aprobada por la Comisión de Justicia, el 9 de junio del 2015, no genera parentesco entre los contratantes, ni un nuevo estado civil, con lo cual nuevamente las parejas no heterosexuales quedan sin una figura legal que les proteja, más aún si la figura de la unión solidaria contraída entre familiares de primer grado crearía un caos a nivel jurídico como por ejemplo en los casos de herencia; en consecuencia, la unión solidaria no refleja un reconocimiento a los derechos de las personas homoafectivas.

Este proyecto de unión solidaria está en espera para su ratificación por el Pleno del Congreso, no obstante, reiteramos no es la protección que se le debe brindar al grupo en mención, sino por el contrario los invisibiliza, se acrecienta la exclusión, marginación y discriminación por su orientación sexual e identidad de género. Resulta inhumano que el Perú ni siquiera se haya aprobado la unión civil, mientras otros países vecinos buscan el reconocimiento del matrimonio igualitario.

3.2.3. Proyecto de Ley N° 961/2016-CR: Ley de matrimonio civil igualitario

El Proyecto presentado el 14 de febrero de 2017, propone la modificación del artículo 234 del Código Civil, en el siguiente sentido:

Artículo 1. Modificación del artículo 234 del Código Civil

Artículo 234: El matrimonio es la unión voluntaria concertada por dos personas legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común.
Ambos cónyuges tienen en el hogar derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Artículo 2. Aplicación de la ley

Todas las referencias a la institución del matrimonio civil que contiene el ordenamiento jurídico se entenderán aplicable tanto al matrimonio

constituido por personas del mismo sexo y al constituido por personas de distinto sexo.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al conformado por personas de distinto sexo.

Los matrimonios constituidos por personas del mismo sexo como los conformados por personas de distinto sexo son formas de familia, independientemente de si tienen hijos/as en común.

Artículo 3. Reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero.

Todo matrimonio regularmente celebrado al amparo de un ordenamiento extranjero tiene la misma eficacia en el Perú, conforme a las reglas del Derecho Internacional Privado. No podrá alegarse en ningún caso que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo es en sí mismo incompatible con el orden público internacional.

Este proyecto de ley contempla el matrimonio igualitario sin distinción de si es una pareja heterosexual o del mismo sexo, ambas tendrían los mismos derechos. Es una iniciativa legislativa que pretende la igualdad de manera más completa, dado que no solo comprende ciertos derechos patrimoniales como el anterior proyecto, sino todos los derechos que se les reconoce a las uniones heterosexuales.

El Perú es uno de los Estados que no garantiza el derecho de igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género, debido a que no adopta las medidas convenientes y oportunas a efectos de garantizarles el goce de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones.

Las parejas conformadas por personas del mismo sexo, por el solo hecho de ser personas tienen derechos de igual naturaleza que los demás, no existe razón para su discriminación. En la actualidad no existe una figura legal que proteja su situación o proyecto de vida, siendo condenados a permanecer solteros civilmente, a quedar desprotegidos en caso de fallecimiento del contrayente y en general a gozar de algún otro derecho relacionado a la pareja o familia, más aún si se trata de un sector de la población vulnerable que sigue sufriendo discriminación.

Por tanto, consideramos que la aprobación de este proyecto (matrimonio) permitiría reconocer sus derechos y obligaciones de manera igualitaria que, a las parejas heterosexuales, dejando de considerárseles como personas de segunda categoría.

3.3. Reconocimiento de las uniones afectivas entre las personas del mismo sexo en América Latina

Son más de sesenta países alrededor del mundo que cuentan con una regulación específica para el reconocimiento de las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo y en América Latina ya son cinco países, siendo progresivo el reconocimiento de otros derechos como por ejemplo la adopción de niños.

Hasta la fecha no se reportó perjuicio o daño a terceros debido a la celebración de estas uniones, al contrario, se han ido formando relaciones estables monógamas al igual que las formadas por parejas heterosexuales, puesto que dichas instituciones o figuras legales los respalda. Recientemente en Chile se aprobó el “Acuerdo de Unión Civil”, cuyo Estado promociona campañas para difundirlo con el spot “una ley para todas las familias” que tiene mucha acogida, debido a que según el gobierno chileno ya son 1600 parejas que se han inscrito para la celebración del acuerdo de unión civil (El Comercio 2015).

3.3.1. Argentina

En julio del 2010, Argentina se convirtió en el pionero de América Latina en promulgar la Ley N° 26.618, que modificó su Código Civil, estableciendo el matrimonio igualitario, para cuyo efecto sustituyó el artículo 172 de la referida ley, estableciéndose lo siguiente: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo [...]”.

La posibilidad de la adopción

Argentina es uno de los pocos países que contempla la adopción, es así como el artículo 326 de su Código Civil, prescribe: "(...) En caso de que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente".

En nuestro país esta posibilidad esta desterrada; sin embargo, uno de los aspectos del sufrimiento psíquico de los sujetos que tienen una práctica sexual homosexual regular se expresa justamente en el deseo de tener hijos y a la imposibilidad de la procreación natural.

Paul Denis al comentar la Ley Argentina consideró que, si bien la ley reconoce naturalmente a cada cual el derecho de tener hijos, también lo es que no especifica los medios, pues hasta el presente no existían otros, aparte de las relaciones heterosexuales. Ese derecho de procrear de todo ciudadano era comparable al derecho a la búsqueda de la felicidad, aunque no implicaba en absoluto el hecho de que la colectividad tuviera que proveer a los medios para su realización, continúa explicando que a partir del momento en que la homosexualidad es considerada como una variante de la normalidad y que las parejas homosexuales se organizan en base a un estatuto legal se admite el derecho de esas parejas a acceder a la procreación asistida y por tanto la adopción parece obvia (2007: 133-134).

En general, las instancias encargadas de dar su opinión para que la adopción de un niño se realice consideran que es preferible que un niño pueda situarse con relación a padres de sexo diferente; no obstante, también se afirma que nadie puede decir que los hijos de homosexuales estén más perturbados que otros. La homoparentalidad iría en el sentido de la historia; en consecuencia,

merecería ser alentada (Denis 2007: 134). Terminamos con la siguiente frase citada por el mencionado autor “si se da la adopción es porque una pareja heterosexual ha fallado”.

3.3.2. Uruguay

Uruguay es el segundo país en Latinoamérica que reconoció el matrimonio entre las personas del mismo sexo denominándolo: “matrimonio igualitario”, aprobado el 10 de abril del 2013, mediante Ley N° 19.075, que sustituyó el artículo 83 de su Código Civil, quedando redactado de la siguiente forma:

El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo. El matrimonio civil es obligatorio en todo el territorio del Estado, no reconociéndose, a partir del 21 de julio de 1885 otro legítimo que el celebrado con arreglo a este Capítulo y con sujeción a las disposiciones establecidas en las leyes de Registro de Estado Civil y su reglamentación” [el subrayado es mío].

Como podemos apreciar el país uruguayo contempla el matrimonio para las relaciones afectivas de las parejas del mismo sexo con la misma regulación, derechos y deberes que las parejas heterosexuales que además incluye la adopción.

El caso uruguayo es un precedente importante, pues desde el 10 de enero del 2008 se reconocía legalmente el concubinato para las relaciones afectivas entre las personas del mismo sexo, bajo la denominación: “unión concubinaria”, Ley N° 18.246, en cuyo artículo 2 disponía lo siguiente: “A los efectos de esta ley se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual - que mantiene una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por el matrimonio entre sí (...)”.

Esta figura legal proporcionaba a los contrayentes asistencias recíprocas, así como alimentos, sin embargo, no incluía el derecho de adopción, posteriormente a finales del 2009 se permitió la adopción de niños.

Cabe indicar la peculiaridad de la Constitución Uruguaya de 1967 y sus diversas enmiendas que no menciona que el matrimonio está compuesto por una pareja heterosexual, es decir, la heterosexualidad no es su característica, solo se considera el artículo 40 de la referida Carta, lo siguiente: “La familia es la base de nuestra sociedad. El estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”, y, en su artículo 8: “todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”, por lo que, el reconocimiento de las relaciones afectivas de personas del mismo sexo es acorde a los principios imperativos de su Constitución, en especial del derecho a la igualdad.

3.3.3. Chile

El 21 de abril del 2015 se publicó el denominado: “Acuerdo de Unión Civil” a través del cual se reconoce las relaciones afectivas entre las personas del mismo sexo, en cuyo artículo 1 define a la Unión Civil como:

El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominan convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil. Su celebración conferirá el estado civil de conviviente civil. El término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrar este contrato, salvo en la situación prevista en la letra c) del artículo 26.

Asimismo, se reconoce derechos a los convivientes civiles como la ayuda mutua, tienen derechos sucesorios, herencia, pensión, entre otros asuntos relacionados a los hijos. A diferencia de nuestro sistema constitucional que tiene un sistema de control constitucional posterior, Chile posee el control

preventivo de constitucionalidad de una ley. En el caso de la presente Ley, el Tribunal Constitucional chileno confirmó su constitucionalidad.

No obstante, en el Perú aún no se logra aprobar la unión civil ni mucho menos el matrimonio igualitario, debido a grupos intolerantes muchos de ellos a causa de la presión de la iglesia o por simple ignorancia como es el caso del congresista del entonces partido nacionalista, Rubén Condori que citó a Hitler para votar en contra del proyecto de unión civil:

Yo leí la obra 'Mi Lucha' de Hitler, no comparto su criterio, pero él decía que hay que hacerle seguimiento a una prostituta, a un ambicioso, a un comunista y se dieron cuenta de que eran judíos. Es una situación extrema, pero en parte tiene razón, porque hay inconductas que se generan por un tipo de vida [aduciendo que la orientación sexual se debe a un determinado estilo de vida y la valora como negativa], los hombres y mujeres que sufrieron decepciones amorosas son más propensos a entablar una relación con una persona de su mismo sexo (El Comercio 2015).

Como advertimos son argumentos que más allá de tener alguna base científica o social están basados en prejuicios sociales que acrecientan la discriminación a este grupo minoritario sometido, en su condición de colectivo, a falsas creencias que han servido históricamente para condenar al colectivo LGTBI a la desigualdad.

3.3.4. Colombia

A diferencia de los países anteriormente tratados, la situación de las relaciones afectivas entre las personas del mismo sexo en Colombia es particular, puesto que si bien el Congreso no aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo; también lo es que la Corte Constitucional de Colombia a través de su jurisprudencia se pronunció acerca de la legalidad de dichas uniones brindando protección progresiva.

A partir del 2007 se emitieron varias sentencias que reconocían derechos patrimoniales, pensionales y de seguridad social a las parejas del mismo sexo e incluso modificaron veinte leyes a fin de otorgar derechos a las personas

LGTBI; sin embargo, es en la sentencia recaída en el Expediente N° C-577/11, el TC de Colombia hace un análisis respecto a las uniones de las parejas del mismo sexo, señalando que no cuentan con un instrumento jurídico que les brinde mayor protección que la unión de hecho, tal como lo tienen los heterosexuales: “Del análisis efectuado se ha deducido que las parejas del mismo sexo deben contar con la posibilidad de acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión de hecho, que la regulación de esta figura corresponde al legislador (...)”.

En la parte resolutive de la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional de Colombia exhortó al Congreso de la República para que antes del 20 de junio del 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que afecta a las mencionadas parejas y afirmó que si hasta la mencionada fecha, el Congreso de la República no hubiere expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrían acudir ante el notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

No obstante, el Congreso no aprobó ninguna ley referente al estado de las parejas del mismo sexo, significándola vigencia de lo ordenado en la parte resolutoria (quinta) de la citada sentencia, según la cual: “las parejas del mismo sexo podrán acudir ante el notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”. Actualmente las parejas homoafectivas pueden optar por formalizar su relación (matrimonio) a través de dicha vía.

Asimismo, el 4 de noviembre del 2015, la Corte Constitucional de Colombia resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra tres artículos del Código de Infancia y Adolescencia que buscaba ampliar las condiciones para adoptar y garantizar el derecho de los menores a tener una familia. En la mencionada sentencia eliminó una sentencia previa que exigía para la adopción que una de

las integrantes de la relación sentimental de personas del mismo sexo sea la madre o padre biológico; contrario a ello, a partir del mencionado fallo las parejas homosexuales pueden adoptar niños, siempre en cuando cumplan con los mismos requisitos para las parejas heterosexuales.

Como se puede apreciar la Corte Constitucional Colombiana tiene un notorio y decisivo protagonismo en la escena nacional de su país enmarcándose de manera clara dentro del denominado “activismo judicial”, que tiene como características: la aplicación del “principio de protección” o de promoción en materia de derechos humanos, en el sentido de que el juez no debe ser indiferente en el proceso respecto de la vigencia de tales derechos, sino que tiene que tutelarlos activamente, lo que importa no permanecer impávido o ajeno ante su suerte, sino apoyarlos, impulsarlos y robustecerlos de modo cierto y efectivo. Puede pensarse quizá en la sustitución de una “interpretación imparcial” de las normas, por una “interpretación tuitiva” del derecho en cuestión, e indirectamente de quienes son los portadores de ese derecho (Sagües s/f: 23).

La Corte Constitucional Colombiana ha logrado proteger los derechos de las minorías a través de sus sentencias tuitivas, puesto que el Poder Legislativo quien es el encargado de dictar leyes para la protección de todos los ciudadanos no lo hace ya sea por desidia o porque quiere hacer valer la sexualidad imperante de la sociedad, desconociendo el sentido y la razón de ser de la democracia (protección de las minorías del abuso de la mayoría).

CONCLUSIONES

1. El colectivo que tiene una orientación o identidad sexual diferente a la heterosexual es el denominado con el acrónimo LGTBI. Las personas LGTBI cuentan con rasgos característicos de los grupos sociales en desventaja. La sociedad en su mayoría tiene ideas prejuiciosas respecto a ellas (creyéndolos en muchos casos inferiores, enfermas, escandalosas, etc.), tienen un pasado y un presente de discriminación y carecen de poder político.
2. La dignidad es el valor fundacional del ordenamiento jurídico y de ella se deriva el plexo de derechos fundamentales reconocidos a todos los individuos e impone al Estado y a los particulares deberes de respeto, protección, promoción y garantía de sus derechos; por tanto, extiende su manto de tutela a las personas que tienen una orientación sexual e identidad de género distinta a la convencional.
3. El derecho al libre desarrollo de la personalidad no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993 a diferencia de nuestra Constitución Política de 1979; sin embargo, constituye un derecho fundamental que si bien podría formar parte del derecho al libre desarrollo, así como este último derecho forma parte de un derecho continente que es el derecho a la libertad, no obstante, consideramos necesaria su protección de manera específica como un derecho implícito derivado de la dignidad humana, ubicándolo en el artículo 3 de nuestra Constitución (derechos no enumerados) que protege la libertad de actuación del ser humano respecto a determinados ámbitos de la vida para su autoconstrucción en cuanto ser moral, regulando aspectos cotidianos que podrían ser considerados aparentemente sencillos, pero que son de suma importancia porque nos permite definir nuestro modo de vida.
4. El derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende a la orientación sexual e identidad de género de una persona, el cual es reconocido a todos los seres humanos; por tanto, no puede ser exclusiva de las personas

heterosexuales, puesto que es una condición indesligable para el logro de los planes y proyectos de vida.

5. Las personas LGTBI como población vulnerable es un grupo de difícil cuantificación a diferencia de otras minorías, dado que las personas no revelan su sexualidad debido al estigma social. La complicada determinación incide a la hora de planificar y aplicar políticas de acción positiva; sin embargo, ello no es óbice para el establecimiento de estas.
6. Nuestra Constitución prohíbe el trato discriminatorio, es decir, cuando no existe una razón constitucionalmente válida que la justifique. Esta regla no solo es impuesta al legislador en el diseño o proyectos de las normas de carácter general, sino también a todas las instituciones públicas y privadas. Por ello, no se puede brindar un trato discriminatorio a las personas que tienen una orientación sexual e identidad sexual no heteronormativas, dado que no son causas válidas ni razonables para justificar un trato diferente.
7. La discriminación por orientación sexual e identidad de sexual no está reconocida explícitamente dentro de los rasgos señalados como “sospechosos” de discriminación; no obstante, consideramos que se encuentra dentro de la categoría “otra índole” contemplado en el artículo 2, inciso 2 de nuestra Constitución Política, dado que comparten cualidades de los otros grupos señalados expresamente como motivo de discriminación como: raza, origen, edad, sexo; al ubicarse en una posición de desventaja debido a los prejuicios arraigados tanto a nivel normativo y social.
8. La sexualidad constituye un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Los derechos sexuales están vinculados a decidir, ejercer con libertad y autonomía la sexualidad. Comprende el derecho a la orientación sexual, a la identidad de género, a la elección de pareja, a la ausencia de actividad sexual coercitiva, en general a decidir libre y responsablemente el desarrollo de la vida sexual.

9. La sexualidad constituye un campo de disputa social y política en el que convergen distintos discursos institucionales siendo el más influyente el médico para quienes el sexo es concebido, tradicionalmente, dentro de lo femenino y lo masculino. Este enfoque es llamado “binario” o “heteronormativo”; sin embargo, el sexo, hoy en día, tiene muchos significados incluso dentro del ámbito científico. El sexo biológico: comprende al sexo genético, cromatínico, hormonal, gonadal, fenotípico, cerebral (a esos últimos se les agrega los caracteres secundarios que aparecen al final de la pubertad). Estas áreas controlan cinco tipos de procesos biológicos en un continuum y no en una dicotomía de unidades, cuyos extremos son lo masculino y lo femenino.
10. El modelo social dominante de la sexualidad es la binariedad (hombre - mujer), sin embargo, es un enfoque estrecho que excluye e invisibiliza a la diversidad sexual y no brinda respuestas a las necesidades y exigencia de derechos de las personas LGTBI.
11. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; sino que a las personas se les impone socialmente un sexo al nacer, en base a la percepción de sus genitales. Si bien en la mayoría de los casos las personas son fácilmente clasificadas como niño o niña, algunas presentaciones del cuerpo son percibidas como “ambiguas”, por lo que, consideramos que el proceso de asignación sexual no debería ser inmediato (en el caso de las personas intersex), sino que debería ser la propia persona quien indique cuál es su sexo (autopercepción) cuando tenga la capacidad para decidirlo.
12. La identidad sexual está constituida por los siguientes componentes: *identidad de género*, que es la convicción íntima y profunda que tiene cada persona de pertenecer a uno u otro sexo, más allá de sus características cromosómicas y somáticas; *rol de género*, referido a la expresión de masculinidad o feminidad de un individuo acorde con las reglas establecidas por la sociedad y *orientación sexual*, vinculada a las preferencias sexuales en la elección del vínculo sexo – erótico, asimismo, la *expresión de género*, relacionado al modo de vestir, el

peinado o la utilización de artículos cosméticos, manierismos, la forma de hablar, patrones de comportamientos personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales.

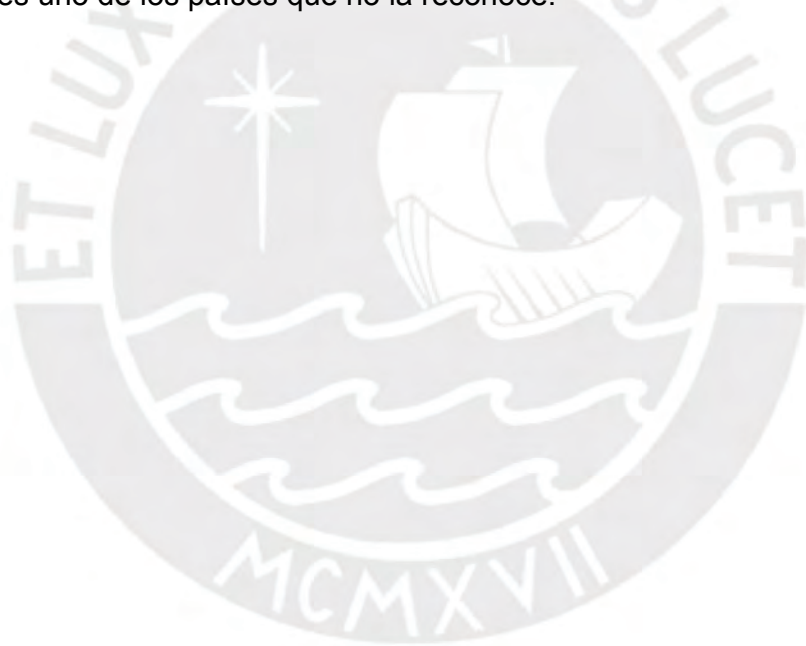
13. Una persona cisgénero es aquella cuya identidad de género corresponde con las expectativas sociales que se tienen de ella, según el sexo que le fue asignado al nacer. Este concepto es importante, debido a que sirve para arrebatar el carácter implícito a estas formas predominantes y tratarlos como una variante más del género y de la sexualidad.
14. Las personas LGBTI vienen siendo relegada en sus derechos e invisibilizadas dentro de la sociedad, hoy en día a nivel mundial se les está reconociendo progresivamente la igualdad, el cual no hubiera sido posible sin los grupos que impulsan el reconocimiento de sus derechos.
15. En la sentencia C.F.A.D dictada en el Expediente N° 00926-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional evidenció discriminación por orientación sexual por parte de la Escuela Policial de Chorrillos, al someter a sus alumnos a pruebas dirigidas a demostrar su homosexualidad (que vendría ser la justificación para descalificarlos), cuando esa no era la finalidad del procedimiento administrativo. Esta práctica no es conforme con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú.
16. En la sentencia José Antonio Álvarez Rojas dictada en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC, la Policía Nacional del Perú sancionó al señor Óscar Miguel Rojas Minchola con su pase al retiro de la institución, por mantener una relación de convivencia con una persona transexual, evidenciándose que la entidad pública se involucró en la esfera íntima de las personas, al brindar un patrón acerca de las relaciones afectivas de sus integrantes.
17. En la sentencia dictada en el Expediente N° 00139-2013-AA/TC, se aprecia la primigenia posición que adoptó nuestro Tribunal Constitucional respecto a la protección del derecho a la identidad sexual de los transexuales que negaba

toda posibilidad de cambio de sexo en el DNI, al considerarlo (sexo) como dato de naturaleza estática (inmodificable). Esta posición decretaba prácticamente la muerte civil de las personas transexuales.

18. En la sentencia Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga) dictada en el Expediente N° 06040-2015-PA/TC, deja atrás la jurisprudencia que prohibía de manera contundente la oportunidad de iniciar una acción a fin de realizar el cambio de sexo en el DNI. Esta otorga la posibilidad de solicitar, en una vía ordinaria, dicha pretensión; sin embargo, consideramos que nuestro TC debió optar por un trámite menos engorroso como la vía administrativa, dado que en la jurisdicción ordinaria (Poder Judicial), los casos de diversidad sexual no han merecido especial atención, además del prolongado tiempo en la duración de los procesos.
19. A nivel regional se observa los casos presentados ante la CIDH que tienen común denominador el incumplimiento de los Estados de implementar medidas para acceder, instaurar y llevar procesos judiciales que esclarezcan y brinden una respuesta a la sistemática vulneración de derechos que experimentan las personas LGTBI. Entonces, son víctimas también del Estado.
20. Se advierte que las presuntas víctimas se encuentran en una compleja situación de vulnerabilidad social, debido a que se trata en muchos casos de personas que sufren además otro tipo de discriminación como, por ejemplo: tener recursos económicos escasos, padecer alguna enfermedad, ser mujeres, etc. configurándose de esa forma en una discriminación múltiple.
21. En nuestro marco legal el modelo de familia tiene como característica intrínseca la heterosexualidad. No se encuentra regulado el matrimonio ni otra forma de unión para las parejas no heterosexuales; sin embargo, a través de una interpretación conforme al reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona se puede concluir que también protege a otros tipos de familia diferentes al matrimonio y a la unión de hecho.

22. La sexualidad viene a ser parte ineludible del ser humano, las personas eligen con quien mantener una relación afectiva de manera continua. Si bien la heterosexualidad es la sexualidad imperante; también lo es que hay personas que poseen sexualidades diferentes que tienen el derecho (al igual que los heterosexuales) a formar una familia con la respectiva protección legal; en consecuencia, debería modificarse el Código Civil peruano y ampliar la figura jurídica del matrimonio a las parejas homoafectivas.

23. A nivel Regional se advierte un reconocimiento progresivo a favor de la protección de las uniones afectivas de personas del mismo sexo ya sea a través de la figura legal del matrimonio igualitario o de la unión civil; advirtiéndose que el Perú es uno de los países que no la reconoce.



RECOMENDACIONES

1. En todo proceso educativo se debería adoptar programas curriculares que brinden información, tolerancia, respeto e inclusión de las personas LGTBI; a fin de erradicar las conductas arraigadas que causan prejuicio y discriminación. Consideramos necesaria la adopción de comisiones altamente especializadas que excluyan cualquier información o contenido curricular que brinde una visión parcializada, estigmatizadora hacia este grupo.
2. Debería adoptarse medidas para prevenir y sancionar a los actos denominados como “bullying” que es el acoso físico o psicológico al que someten a los alumnos, los compañeros, profesores y demás autoridades del centro de enseñanza, cuando está motivada por la orientación sexual (también incluye a la percibida) o identidad de género.
3. El Ministerio de Educación, a través de sus órganos de fiscalización debería revisar e incentivar la inclusión en los reglamentos internos de los centros educativos públicos o privados: la tolerancia, el respeto y la inclusión social hacia las personas LGTBI. Asimismo, los referidos centros educativos no deberían sancionar las expresiones de género de los alumnos (por ejemplo, en cuanto a las prendas de vestir o los accesorios) que no se adecuen a lo socialmente aceptado.
4. Se debe llevar a cabo políticas de no discriminación contra las niñas, niños y adolescentes LGTBI o los que sean percibidos como tales, en los centros educativos y de salud, adoptando políticas integrales de desarrollo, teniendo como principio el interés superior de niño y del adolescente.
5. Se debería incluir de manera expresa en nuestra Constitución como criterio sospechoso de discriminación a la “orientación sexual e identidad de género”, pues de esa forma se hace visible a la población excluida, se refuerza su protección y se pone énfasis a las políticas públicas.

6. Las personas intersex sufren una particular violación a sus derechos al ser sometidos frecuentemente a operaciones o intervenciones quirúrgicas innecesarias, por ello, consideramos ineludible que exista una prohibición legal de someter a las personas intersex a intervenciones médicas (cirugías) si no son estrictamente necesarias, es decir, cuando su vida corra peligro. Asimismo, se les debería proporcionar plena información, a fin de que la persona tome una decisión consciente de someterse o no al tratamiento quirúrgico, respetándose la decisión adoptada.
7. El Estado debería capacitar a los profesionales en el tratamiento de personas intersex e implementar protocolos de atención. Asimismo, debería brindarse apoyo interdisciplinario (psicológico, médico, educativo, etc.) gratuito tanto a los padres como a los menores intersex.
8. La discriminación hacia el colectivo LGTBI se da en parte porque hay desconocimiento acerca de lo que es la orientación sexual e identidad de género, así como a la pretensión de que todas las personas tengan la misma sexualidad imperante, toda vez que lo contrario es considerado como una enfermedad o patología. En consecuencia, es importante que se desarrolle proyectos de investigación con relación a la situación de las personas LGTBI, los cuales deberían ser financiados por el Estado y formar alianzas estratégicas con entidades públicas y privadas para su colaboración.
9. El Estado debe establecer mecanismos de protección eficaz para las personas que sufran violencia homofóbica o transfóbica basado en una sexualidad no acorde con la heteronormativa, a través del MMPV o la Defensoría de Pueblo. Asimismo, debería brindarse capacitación a la Policía Nacional, Ministerio Público y el Poder Judicial para que traten de manera adecuada a las personas que padecen de estos ataques y no sean agredidas también por parte del Estado.

10. El Estado debe invitar al dialogo a los colectivos, asociaciones, ONG que defiendan los derechos de las personas LGTBI, a fin informen al Estado desde su posición cuáles son los problemas que afrontan y de esta forma se puedan implementar políticas públicas acorde a sus necesidades.
11. Urge la necesidad de incorporar leyes a favor de las personas transexuales, siendo indispensable que se emita una ley y su reglamento, a fin de que el cambio del nombre y el sexo en el DNI sea un trámite administrativo sencillo y de fácil acceso ante la Reniec.
12. Debería adoptarse políticas públicas para que los procesos de reasignación de sexo, los procedimientos hormonales y tratamientos psicológicos sean permitidas y accesibles a las personas trans que no cuentan con recursos económicos mediante el seguro social y gratuito. De igual forma se debería garantizar el respeto y la privacidad en dichos tratamientos.
13. Resulta importante la adopción por parte del Estado de programas de inclusión hacia las personas LGTBI priorizando a los que cuentan con de bajos recursos económicos, pues en un ambiente de discriminación y estigmatización social es más complejo que encuentren trabajo, un centro de salud o de enseñanza.
14. Es necesario contar con un servicio de justicia eficaz (Ministerio Público, Poder Judicial y Ministerio de Justicia) que se especialice en delitos contra esta población vulnerable, que se cuenten con fiscales y jueces capacitados para su atención. Asimismo, urge la necesidad de contar con protocolos y reglamentos especiales de atención que indiquen de manera clara como los agentes policiales y municipales (serenazgo) deben de proceder, al momento de recibir una denuncia evitando realizar presunciones en base a prejuicios.
15. Se debe implementar a través del Ministerio de Justicia asesoría jurídica gratuita para las personas LGTBI y familiares que sufren la vulneración de sus derechos,

para la protección de estos y conozcan los recursos legales disponibles y de esa forma garantizar el acceso a la justicia.

16. Es necesario que los crímenes de odio contra este colectivo se mantengan tipificadas de manera específica, además de sancionar este tipo de conductas, coadyuvaría a la realización de un control y sistematización de estas causas, a efectos de que sirvan de base para la elaboración de políticas públicas que fomenten la erradicación de este tipo de conductas y no queden impunes.
17. El Estado debe capacitar a los efectivos policiales y fiscales para que elaboren y cumplan protocolos al tratar este tipo de delitos, incluyéndose de ser el caso conceptos básicos acerca de la orientación sexual, identidad de género y diversidad sexual, asimismo, debería fiscalizarse el cumplimiento de estos de manera semestral y anual, a efectos de tener una retroalimentación.
18. A nivel de fiscalía debería crearse departamentos que se especialicen en investigar este tipo de delitos, teniendo como primer punto el examen de qué cosa hay detrás del crimen, es decir, si se basó en la orientación sexual o identidad de género de la víctima. De igual manera en el ámbito judicial, se debería crear juzgados especializados para tratar, procesar y sancionar, cuando se incurran en estos tipos penales, basados en el prejuicio hacia las orientaciones sexuales, identidades o expresiones de género que no son imperantes en la sociedad.
19. Es importante que se brinde protección a la vida e integridad de las personas que denuncian los crímenes de odio, pues el agente que realiza el hecho punible es el Estado o grupos homofóbicos con cierta organización.
20. Los crímenes de odio se basan en la discriminación, por lo que consideramos que la educación es una de las claves para el freno de estos delitos. Los currículos nacionales deberían comprender este tema de manera inclusiva; toda vez que programas restrictivos limitan la sexualidad, considerándola solamente

como heteronormativa que invisibilizan la existencia de la población LGTBI y promueven formas exacerbadas de discriminación y violencia.

21. Los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las diversas modalidades de familia, como estructura básica y factor de cohesión social y como primer núcleo de convivencia de las personas.
22. Las uniones afectivas formadas por las parejas del mismo sexo no cuentan con una figura jurídica de protección (a diferencia de las parejas heterosexuales), excluyéndose toda posibilidad de hacer factible el ejercicio y goce de sus derechos, pese a que se han presentado proyectos de ley para su reconocimiento. Es evidente la discriminación normativa que padecen, por ello, consideramos que es necesario revertir este déficit de protección a través de la aprobación del matrimonio igualitario.



BIBLIOGRAFÍA

ABAD, Samuel

2002 “Reforma constitucional y derechos de las mujeres: avances y retrocesos”. En INTERNACIONAL IDEA. *Mujer y reforma constitucional*. Lima: IDEA, pp. 13-30.

2012 *¿Es el Perú un Estado laico? Análisis jurídico desde los derechos sexuales y reproductivos*. Lima: Católicas por el derecho a decidir – Perú.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

2018 Diccionario de la lengua española. Edición tricentenario. Consulta: 29 de julio de 2019.
<https://www.rae.es/>

AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

2009 *Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la Unión Europea*. [Informe] s/l: Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA). Consulta: 11 de julio de 2016.
https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1224-Summary-homophobia-discrimination2009_ES.pdf.

ÁNGULO, Eél María

2018 “La controversial recomendación del Papa Francisco de ayudar con psiquiatría a los niños homosexuales”. *France24*. s/l, 27 de agosto. Consulta: 7 de setiembre de 2018.
<https://www.france24.com/es/20180827-papa-francisco-homosexuales-infancia-psiquiatria>.

ALLPORT, Gordon

1971 *La naturaleza del prejuicio*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

AMERICAN PSYCHOLOGIES ASSOCIATION

2008 *Answers to your questions: for better understanding of sexual orientation and homosexuality*. Washington DC: American Psychologies Association. Consulta: 20 de junio 2016.
<http://www.apa.org/topics/sexuality/sorientation.pdf>.

ARMSTRONG, Elizabeth y Suzanna CRAGE

2006 "Movements and memory: the making of the Stonewall myth". *American Sociological Review*, volumen 71, pp. 724-751. Consulta: el 18 de mayo de 2015.
<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/000312240607100502>

BARRAGÁN, Fernando

1997 *La educación sexual*, Buenos Aires: Paídos, Segunda edición.

BLAKE, William

2011 "Si las puertas de la percepción se abrieran, todo se manifestaría como es: infinito". *Diversidad sexual. Conceptos para pensar y trabajar en salud*. Buenos Aires: Ministerio de Salud de la Nación, abril, pp. 2-8. Consulta: 8 de noviembre de 2017.
<http://www.paho.org/arg/imagenes/gallery/Sida/diversidad%20sexual.pdf?ua=1>

BOBBIO, Norberto

1993 *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Ediciones Paidós. I.C.E.- Universidad Autónoma de Barcelona.

BOGAERT, Anthony

2006 *Toward a conceptual understanding of asexuality*. American Psychology Association. Ontario, volumen 10, número 3, pp. 241-250. Consulta: 14 de junio de 2016.

https://www.researchgate.net/publication/232473247_Toward_a_conceptual_understanding_of_asexuality.

BOVERO, Michelangelo

2002 *Una gramática de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta.

CARBONELL, Miguel

2004 "Libertad y derechos fundamentales". *Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos*. México DF: Universidad Autónoma de México, pp. 270-293. Consulta: 4 de julio de 2017.

http://biblioteca.juridicas.unam.mx:8991/F/?func=direct&doc_number=1872267

2010 *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos claves*. Lima: Palestra.

CENTRO DE NOTICIAS DE LA ONU

2014 *Los cónyuges de los trabajadores homosexuales logran igualdad de derechos en la ONU*. s/l, 7 de julio. Consulta: 16 de julio de 2014.

<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=29894>.

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL- CEJIL

- 2013 *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la Orientación Sexual e Identidad de Género en Costa Rica, Honduras y Nicaragua.* [Informe]. San José. Consulta: 4 de octubre de 2017.
www.corteidh.or.cr/tablas/r33181.pdf.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2015 *Informe anual sobre la violencia contra las personas LGTBI.* s/l: Organización de los Estados Americanos. Consulta: 15 de noviembre de 2017.
www.oas.org/es/cidh/informe/pdf/violenciadePersonasLGBTI.

CONGREGACIÓN PARA LA EDUCACIÓN CATÓLICA

- 2005 *Sobre los criterios de discernimiento vocacional en relación con las personas de tendencias de homosexuales antes de su admisión en el Seminario y a las Órdenes Sagradas.* Roma, 04 de noviembre. Consulta: 11 de setiembre de 2018
http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/ccatheduc/documents/rc_con_ccatheduc_doc_20051104_istruzione_sp.html

CONGRESO DEL PERÚ

- 2011 *La Unión Civil.* [Proyecto]. Consulta: 11 de enero de 2016.
http://www.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/.
- 2011 *Unión Solidaria.*[Proyecto]. Consulta: 11 de enero de 2016.
http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_23140314.pdf.

2017 *Ley de matrimonio civil igualitario*. [Proyecto]. Consulta: 18 de diciembre de 2017.

<http://www.congreso.gob.pe/pley-2016-2021>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2012 Caso Atala Rifo y niñas contra Chile. Sentencia: 24 de febrero de 2012. Consulta: 13 de noviembre de 2015.

<http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha>

2016 Caso Duque contra Colombia. Sentencia: 26 de febrero de 2016. Consulta: 13 de junio de 2016.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf.

2017 *Opinión Consultiva N° OC- 24/17*. Opinión: 24 de noviembre de 2017. Consulta: 02 de enero de 2018.

www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serie_24esp.pdf.

COSME, Carlos, Martín JAIME, Alejandro MERINO y José Luis, ROSALES

2007 *La imagen in/decente. Diversidad sexual, perjuicio y discriminación en la prensa peruana*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

CUETO, Marcos

2001 *Culpa y coraje. Historia de las políticas sobre el VIH/Sida en el Perú*. Lima: Universidad Cayetano Heredia.

DEMUS

2006 *Audiencia temática sobre la situación de discriminación por orientación sexual en el Perú ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH Washington, 10 de marzo de 2006.* Lima: DEMUS.

DENIS, Paul

2007 “De la dificultad de estudiar la homoparentalidad”. En Eva ROTENBERG y Beatriz AGREST (Compiladores). *Homoparentalidades. Nuevas familias.* Buenos Aires: Lugar Editorial.

DURANTI, Ricardo

2011 *Diversidad sexual. Conceptos para pensar y trabajar en salud.* Buenos Aires: Ministerio de Salud de la Nación. Consulta: 8 de noviembre de 2017.
<http://www.paho.org/arg/imagenes/gallery/Sida/diversidad%20sexual.pdf?ua=1>

DWORKIN, Ronald

1989 *Los derechos en serio.* Segunda edición. Barcelona: Ariel.

EL COMERCIO

2015 *Dinamarca permite el cambio de sexo legal, sin operarse.* El Comercio. Lima, 11 de junio. Consulta: 2 de enero de 2016.
<http://elcomercio.pe/ciencias/planeta/dinamarca-permite-cambio-legal-sexo-sin-operarse-noticia-1735549>.

2015 *Condori cita a Hitler para justificar su rechazo contra proyecto.* El Comercio. Lima 3 de marzo. Consulta: 11 de setiembre de 2016.
<http://elcomercio.pe/politica/gobierno/union-civil-condori-cita-hitler-justiciar-su-rechazo-noticia>.

2015 *Chile promueve la Ley de Unión Civil para las parejas gay*. El Comercio. Lima 21 de octubre. Consulta: 12 de diciembre de 2015.

<https://elcomercio.pe/mundo/latinoamerica/chile-promueve-ley-union-civil-parejas-gay-video-233455>.

2015 *Adopción igualitaria en Colombia*. El Comercio. Lima 4 de noviembre. Consulta: 9 de noviembre de 2015.

<http://elcomercio.pe/mundo/latinoamerica/colombia-aprueba>.

2015 La Unión Solidaria fue aprobada por la Comisión de Justicia. Lima, 9 de junio. Consulta: 18 de noviembre de 2015.

<https://elcomercio.pe/politica/congreso/union-solidaria-aprobada-comision-justicia-371064>

EL PAIS

2008 *El Vaticano se opone a la despenalización global de la homosexualidad*. El País. Madrid, 1 de diciembre. Consulta: 7 de setiembre de 2016.

https://elpais.com/sociedad/2008/12/01/actualidad/1228086009_850215.html

2018 India despenaliza la homosexualidad. El País. Madrid, 7 de setiembre. Consulta: 5 de octubre de 2018.

https://elpais.com/internacional/2018/09/06/actualidad/1536217018_424450.ht

ESPÍN, Isabel

2010 "Identidad sexual y orientación sexual en el derecho español de la persona y de la familia". *Boletim de faculda de Direito: Universidad de Coimbra*. Coimbra, volumen 86, pp. 357-393.

ESTRADA, Alexei Julio

2001 *Derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Externado de Colombia.

FERNÁNDEZ, Carlos

1999 “Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual”. *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, número 6166.

1992 *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Atrea.

FERNÁNDEZ, Francisco

1995 “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Vasco, número 43, pp. 49-80. Consulta: 11 de julio 2016.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1255>

FERNÁNDEZ, Marisol

2014 *La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú*. Tesis de magister en derecho constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Postgrado Derecho Constitucional.

FERRAJOLI, Luigi

2001 *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

FONSECA Carlos y María QUINTEROS

2009 “La teoría queer: la de-construcción de las sexualidades periféricas”. *Revista Sociológica*. México D.F, año 24, número 69, pp. 43-60. Consulta: 11 de julio 2017.

FOUCAULT, Michel

1998 *Historia de la sexualidad I*. Madrid: Siglo XXI Editores SA.

FULLER, Norma

1997 *Identidades masculinas: varones de clase media en el Perú*. Lima: PUCP Fondo Editorial.

GALLAGHER, DELIA

2018 “Qué piensa realmente el papa Francisco acerca de la homosexualidad”. *CNN Mundo*. S/l, 29 de mayo. Consulta: 4 de setiembre de 2018.
www.cnespanol.cnm.como/2018/05/29/papa-francisco-homosexualidad-gay-iglesia-catolica.

GLOBAL RIGTH

2010 *Cómo lograr credibilidad y fortalecer el activismo*. Washington DC: Global Righth.

GLOCER, Leticia

2007 “Reflexiones sobre la homoparentalidad. Parentalidad en parejas homosexuales”. En Eva ROTENBERG y Beatriz AGREST (Compiladores). *Homoparentalidades. Nuevas familias*. Buenos Aires: Lugar Editorial.

GUTIERREZ, Walter y Juan SOSA

2013 “Comentario al artículo 2 inciso 2: igualdad ante la ley”. *La Constitución comentada*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

HÄBERLE, Peter

2003 *El Estado constitucional*, Lima: UNAM-PUCP.

HAMMARBERG THOMAS

2010 *Derechos Humanos e identidad de género*. Consejo de Europa, Comisario de Derechos Humanos. [Informe]. Berlín. Consulta: 12 de marzo 2015.
www.transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/hberg.es.pdf.

HERRERO, Juan

2001 *La sociedad gay. Una invisible minoría*. Madrid: Foca.

HOOFT, Pedro

2009 “Transexualidad “cambio de sexo y nombre legal” o “reconocimiento de sexo y nombre real”. En AUGURTO Carlos, Carlos CALDERON y María ZAPATA (Coordinadores). *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas*. Lima: Motivensa SRL.

HUNT, Paul

2004 *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. [Informe]. Comisión de Derechos Humanos, E/CN. 4/2004/49, 16 de febrero. Consulta: 16 de febrero de 2017.
<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2005/02/Informe-relator-sobre-disfrute>.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2015 *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito, en la Jurisprudencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual*. Lima: Indecopi.

KRESALJA, Baldo

2008 *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*. Lima: Colección Derecho PUCP N° 09 [Monografía].

LAMAS, Martha

S/F “Cuerpo, diferencia sexual y género”. *Cuerpo y feminismo*. Consulta: 8 de noviembre de 2017.
<http://www.debatefeminista.pueg.unam.mx/wp->

LAVIGNE, Luciana

2011 “La sexualidad juvenil en la educación sexual integral”. En ELIZALDE, Silvia (Coordinadora). *Jóvenes en cuestión. Configuraciones de género y sexualidad en la cultura*. Buenos Aires: Biblos Sociedad.

LERNER, Naton

1991 *Minorías y grupos en el derecho internacional*. México D.F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

LOLI, Silvia

2002 “Síntesis y comentarios”. *Mujer y Reforma Constitucional*. Lima: Internacional IDEA.

MADRIGAL, Víctor

2018 “Informe sobre la protección contra la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Tema 3”. *Consejo de Derechos Humanos 38º período de sesiones, 18 de junio a 6 de julio de 2018*.

MEDINA, Graciela.

2001 *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

MÉRIDA, Rafael

2009 *Manifiestos gays, lesbianos y queer. Testimonios de una lucha*. Barcelona: Centre Dona i Literatura.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

2017 *Plan Curricular 2017*. Consulta: 28 de setiembre de 2017.
www.minedu.gob.pe/curriculo/pdf/curriculo-nacional-2017.pdf.

MINISTERIO DE JUSTICIA

2006 *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006–2010*. Consulta: 14 de noviembre de 2015.
http://www.defensoria.gob.pe/modules/boletines/plan_ddhh_2006_2010.pdf.

2018 *Plan Nacional 2018-2021*. Consulta: 12 de abril de 2018.

http://spij.minjus.gob.pe/content/banner_secundario/img/muestra/PLAN-ANUAL.pdf

MIRA, Alberto

1999 *Para entendernos. Diccionario de la cultura homosexual, gay y lésbica*, Barcelona: Ediciones de la Tempestad.

MISSÉ, Miquel y Gerard COLL-PLANAS

2011 *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*. Segunda edición. Madrid: EGALES S.L.

MOVIMIENTO HOMOSEXUAL DE LIMA

2005 *Informe Anual 2005: Situación de los derechos humanos de lesbianas, trans, gays y bisexuales en el Perú*. Lima: MHOL.

MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL

2010 *Educando en la diversidad sexual*. Segunda edición. Santiago de Chile: MOVILH. Consulta: 15 de noviembre de 2017.
http://www.movilh.cl/documentacion/educando_en_la_diversidad_2da_edicion_web.

MITJANS, Luis, Vicent BATALLER y Rubén SANCHO

2003 *Sexualidad y conductas sexuales preventivas en varones homosexuales de la comunidad de valenciana*. Valencia: Generalitat Valenciana.

NIETO, José

2008 *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*. Barcelona: Bellaterra.

NINO, Carlos

1989 *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

2015 Relatoría sobre el derecho de las personas LGTBI. Consulta: 15 de julio de 2016.

<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/mandato.asp>

PECES-BARBA, Gregorio

1999 *Curso de derechos fundamentales, teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III.

PERÉZ, Nicolás

1996 *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español*. Granada: Comares.

PERÚ 21

2017 *Conferencia Episcopal peruana se pronuncia sobre "ideología de género"*. Lima 23 de enero. Consulta: 28 de setiembre.

<https://peru21.pe/lima/conferencia-episcopal-peruana-pronuncia-ideologia-genero-65277>

2014 *Vaticano: se debe ser menos moralizante*. Lima 27 de junio, pp. 9-10.

PET CHESKY, Rosa

2009 “Políticas de derechos sexuales a través de países y culturas: marcos y campos minados”. *Políticas sobre sexualidad*. Lima: Instituto de estudios en salud, sexualidad y derechos humanos.

PICHARDO, José

2009 *Entender la diversidad familiar. Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*. Barcelona: Bellaterra.

PRAUSE Nicola y Cinthia GRAHAN

2007 *Asexuality: Classification and characterization*. s/l: Arch Sex Behav, número 36, pp. 346-356. Consulta: 14 de junio de 2016.
<http://www.kinseyinstitute.org/publications/PDF/PrauseGrahamPDF.pdf>.

PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

2007 *Principios de Yogyakarta*. Consulta: 17 de junio de 2016
<https://yogyakartaprinciples.org/introduction-sp/>

RELAÑO, Eugenia

2003 *La protección internacional de las minorías religiosas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

REY, Fernando

2011 “Marco conceptual de las acciones y discriminación positiva”. En SANTIAGO, Mario (Coordinador). *Acciones afirmativas*. México D.F: Conapred, pp. 65-126.

2012 “Homosexuales”. En ESCOBAR, Guillermo (Director). *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Navarra: Thomson Reuters. Aranzadi, pp. 2099-2125.

RIVAS, Alicia

2001 “Orientación sexual y derecho europeo”. En FERNANDO, Carlos y Mariño FERNANDO (Coordinadores). *La protección de las personas y grupos vulnerables, en el derecho europeo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 293-332.

RUÍZ-GIMÉNEZ, Joaquín

1984 “Derechos fundamentales de la persona”. *Comentario a las Leyes Políticas*, tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

RUBIN, Gayle

1989 “Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad”. VARICE, Carol (Compiladora). *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*. Madrid: Revelación.

SÁENS DÁVALOS, Luis

2009 “Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización”. *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

SAGUES, Néstor

S/f *Activismo vs garantismo, a propósito de la producción de pruebas y medidas precautorias de oficio en la acción de amparo ambiental*. Biblioteca jurídica

virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 121-134.
Consulta: 25 de noviembre de 2015.
www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2725/19.

SERRANO, Eugenia

2014 *Las parejas de hecho y su marco legal*. Madrid: REUS Universidad de Valladolid.

SHERRY, JOSEPH

2004 *No más silencio, por favor: ¡también somos indios! La voz de las lesbianas, bisexuales y gays (sic) en la india*. México DF: Siglo Veintiuno Editores SA.

SILES, Abraham

2010 *El amor prohibido: uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo en el Derecho Constitucional peruano*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

SIVERINO, Paula

S/f *Amicus Curiae frente al pedido de Opinión Consultiva de Costa Rica sobre protección de la Convención Americana del reconocimiento del cambio de nombre de las personas transgénero*. Consulta: 15 de noviembre de 2017.
http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/78_siverino_bavio.pdf.

SMOLA, Arnaldo

2007 *Homoparentalidades*. En Eva ROTENBERG y Beatriz AGREST (Compiladores) *Homoparentalidades. Nuevas familias*. Buenos Aires: Lugar Editorial.

SOLEY, Patricia

2009 *Transexualidad y la matriz heterosexual. Un estudio crítico de Judith Butler*.
Barcelona: Bellaterra S.L.

SORIANO, Sonia

1999 *Como se vive la homosexualidad y el lesbianismo*. Salamanca: Amaru.

TORRES, Marta

2012 “Matrimonio gay: Igualdad jurídica y normalización”. s/l: *Opinión y Debate*,
número 7, julio, pp. 13-16.
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29360.pdf>

UGARTE, Javier

2005 *Sin derramamiento de sangre. Un ensayo sobre la homosexualidad*. Barcelona:
Egales.

VAN PARIJ, Philippe

1995 *Libertad real para todos. Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que
pueda hacerlo)*. Barcelona: Paidós. Consulta: 12 de enero de 2016.
<https://atacoviedo.files.wordpress.com/2013/06/libertad-real-para-todos.pdf>.

VILLANUEVA, Rocío

2007 *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*. San José:
Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

2008 “Situaciones de los derechos sexuales y reproductivos en Perú”. *Memorias del Primer Seminario Internacional: Fomentando el conocimiento de las libertades laicas*. Lima: Red Iberoamericana por las Libertades Laicas.

