

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y
Constitucionalismo en América Latina

**EL RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS
INTEGRANTES DE FAMILIAS HOMOPARENTALES EN EL PERÚ**

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derechos
Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina

Autora:

Susana Gabriela Retamozo Cruz

Asesora:

Renata Anahí Bregaglio Lazarte

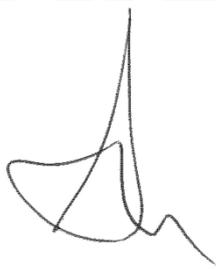
Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, Bregaglio Lazarte, Renata Anahí, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora del trabajo académico titulado, “EL RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS INTEGRANTES DE FAMILIAS HOMOPARENTALES EN EL PERÚ” de la autora Susana Gabriela Retamozo Cruz, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 29%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 06/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 13 de febrero de 2023

Bregaglio Lazarte, Renata Anahí	
DNI: 40284989	Firma
ORCID https://orcid.org/0000-0003-4306-2511	

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es analizar si el Perú está vulnerando los derechos fundamentales de las niñas y los niños insertos en familias homoparentales. Si es que existe un trato diferenciado al momento de proteger a las familias y sus miembros, y como este hecho afecta directamente a los más vulnerables: las niñas y los niños. Al momento de evaluar los casos, damos cuenta que ningún operador estatal ha recogido los estándares de derechos humanos, ni ha tomado en cuenta el interés superior del niño, el cual es un principio primordial en todo el sistema universal. De manera que, al no poner este tema en agenda, no hay un compromiso por realizar políticas, ni iniciativas legislativas que garanticen derechos en igualdad. Aunado a ello, los operadores administrativos, así como los jueces, no están cumpliendo con realizar el debido control convencional. Y como cómplices de dichos actos tenemos a todos los demás ciudadanos, que en la convivencia social, menoscaban derechos. Concluimos que los prejuicios de una sociedad cisgénero- heteronormativa, opresiona al colectivo LGBTI, pero dicha situación se agrava cuando los miembros del colectivo deciden formar una familia. Debido a que los más afectados siempre serán las niñas y los chicos, y en algunos casos desde su nacimiento.

Palabras clave

Familias homoparentales, derechos de las niñas y los niños, LGBTI, interés superior, discriminación, derechos humanos.

ABSTRACT

The main objective of this legal job is to analyze whether Perú is violating the fundamental rights of the children inserted in homoparental families. If there is a differential treatment when our country is protecting families and their members, and how this fact affects directly to the most vulnerable: the children. At the time of evaluating the cases, we realize that no one state operator has collected the human rights standards, no has taken into account the best interests of the child, which is a fundamental principle in the entire universal system. So, no putting this issue on the state diary, there isn't a commitment to carry out policies, or legislative initiatives that guarantee equal rights. In addition to this, the administrative operators, as well as the judges, are not complying with the proper conventional control. And as accomplices of these acts, we have all the other citizens, who in social coexistence, undermine rights. We conclude that the prejudices of a cisgender- heteronormative society oppress the LGBTI, but this situation turns worse, when the members of that collective decide to start a familia. Because the most affected, will always, the children; and in some cases from their births.

Keywords

Homoparental families, rights of the children, LGBTI, the best interests of the child, discrimination, human rights



Tabla de contenido

Introducción.....	5
Sección I: El concepto de familia en el derecho interno peruano	6
1.1. La familia como grupo fundamental en el Perú	7
1.2. Concepto de familia en el estado peruano y el modelo hegemónico.....	8
1.3. Las familias homoparentales.....	11
Sección II: Problemas ante la ausencia de protección a familias homoparentales en materia de derechos de las niñas y los niños.....	14
2.1 Derecho a la igualdad y no discriminación.....	15
2.2. Derecho a la identidad.....	17
2.3. Derecho a la vida familiar.....	19
2.4. Derechos sociales.....	20
Sección III: Estándares internacionales sobre el respeto y garantía de derechos de las niñas y los niños	22
3.1. Sobre los principios rectores en materia de niñez	23
3,2, La especial protección hacia los integrantes de familias homoparentales	25
3.3. El deber de realizar el control de convencionalidad.....	27
Conclusiones y Recomendaciones.....	30
Bibliografía.....	33

Introducción

En el presente trabajo analizaré la situación de las niñas y los niños integrantes de las familias homoparentales en el Perú. Considero que es un tema de especial relevancia ya que estas niñas y niños se encuentran totalmente invisibilizados por el sistema peruano. Se ha interseccionado el hecho de que son vulnerables por su edad, más la discriminación estructural que sufren por la condición de sus padres, miembros de la comunidad LGBTI, y en consecuencia la discriminación a la familia diversa que componen.

La falta de protección expresa a este tipo de familias ha ocasionado que exista un trato diferenciado al momento de garantizar los derechos y libertades que le son inherentes a las niñas y niños. En su día a día se enfrentan ante una sociedad que viola su derecho a la igualdad y no discriminación, la identidad, la vida privada y familiar, el acceso a la salud y educación en igualdad de condiciones que sus pares, hijos o hijas de padres heterosexuales.

A pesar que el Estado Peruano ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana, entre otros, no estaría cumpliendo con su deber reforzado de respetar y garantizar sin discriminación los derechos de las niñas y los niños. No ha adecuado su derecho interno a los estándares internacionales, ni está realizando el debido control de convencionalidad. Cuando es claro que tiene como deber ponderar el interés superior del niño.

Considero que los operadores estatales deben dejar de lado los prejuicios, las ideologías contrarias a derechos, la normalización de excluir a lo que considera diferente. Por lo que al momento de tomar medidas en torno a los derechos de los miembros de familias homoparentales, analizarlo sin las categorías propias del derecho privado y apostar por un enfoque desde los derechos humanos e interseccional, que busque la protección integral de la niñez.

Por otro lado, para evidenciar los obstáculos que enfrentan las niñas y niños integrantes de familias homoparentales en el Perú, más allá de tomar en cuenta los casos conocidos por la prensa peruana, he extraído información de la data trabajada por la Asociación de Familias Homoparentales del Perú, así como la

investigación sobre las familias homoparentales con niños en Lima, de María Patricia Del Rosario Ríos Anaya y el informe “Crecer siendo diferente” de Cuba Lucero y Juarez Elisa, promocionado por PROMSEX.

En ese sentido, este trabajo se dividirá en tres secciones. La primera versa sobre la evolución jurídica del concepto de familia en el derecho interno peruano, el modelo hegemónico frente a la familia homoparental. En segundo lugar, presentaré los derechos fundamentales que se estarían violentando en detrimento de las niñas y niños. En la tercera sección, expondré los principios rectores en materia de niñez, la importancia del interés superior y el incumplimiento del Estado peruano de los estándares internacionales. Por último, he resumido las principales conclusiones y expuesto recomendaciones.

Sección I: El concepto de familia en el derecho interno peruano

Es de conocimiento general que, la familia es considerada un elemento fundamental para la sociedad. La importancia de su protección a nivel jurídico ha sido reconocida en nuestra Constitución Política, así como en diversos instrumentos. En el ámbito universal se encuentra reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), y en el sistema regional por la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana, y el Protocolo de San Salvador.

De esta manera, resulta evidente la especial prioridad que le brindan los sistemas jurídicos a la familia. Así como, a los derechos que se derivan de esta protección: el poder instituir una familia, el derecho a la igualdad de todos sus miembros (lo cual incluye a mujeres, hombres, niñas, niños), el derecho a que dicho seno familiar no sea objeto de injerencias ilegítimas, entre otros.

Entonces, para poder determinar el alcance de esta protección es necesario tener en claro cuál es el concepto de familia que se maneja bajo los parámetros de los derechos humanos (en adelante DD.HH). También impera reconocer que no siempre el significado de familia, va a coincidir con la concepción entendida

o utilizada en una sociedad específica, como la peruana. Es a partir de esta última afirmación que comienza a complicarse la garantía de debida protección, ya que, si no se hace una interpretación evolutiva del término, o conforme a un enfoque de DD.HH, se pone en riesgo la seguridad de los miembros de las diferentes unidades familiares.

En esta oportunidad, nos enfocaremos en cómo esta omisión de respetar y garantizar la protección a la familia, afecta de manera directa a aquellos más vulnerables: las niñas, los niños y adolescentes (en adelante NNA), que obtienen de este entorno su principal amparo y medio de desarrollo.

Por consiguiente, es necesario establecer cuál es la noción de familia que maneja nuestro derecho interno, cómo éste ha ido evolucionando conforme las diversas circunstancias de nuestro contexto y la problemática que genera la invisibilidad hacia otros tipos de familia, especialmente a la homoparental.

1.1. La familia como grupo fundamental en el Perú

No cabe duda que la familia tiene un rol primordial, ya que es la encargada de la formación y cuidados de los nuevos individuos que se insertan en la sociedad.

Desde una mirada no jurídica, Barbeito nos explica que, en el proceso de socialización, la familia inculca a los infantes las normas y códigos que van a servirles para la vida adulta, por lo cual resulta ser decisivo en el aprendizaje (Barbeito, 2002: 1). Siendo así, la familia es base para la transmisión de valores y principios, de manera que la personalidad de un ser humano y sus cánones de conducta, serán aprendidos en el primer escenario donde las personas se desarrollaron. Es por ello que la familia asume esta importante tarea, ya que en este núcleo se van a configurar las primeras comunicaciones y relaciones.

El derecho no es indiferente a dicho contexto y es por eso que protege a la familia a través de instrumentales jurídicos, tales como la Constitución, el Código Civil, el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes (en adelante CNA), El Decreto Legislativo Para el Fortalecimiento y la Prevención de la Violencia en las Familias, Ley N° 30466- Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, entre otras leyes.

Por ejemplo, en los artículos 4, 5, 6 y 7 de la Constitución, se establece en líneas generales que la comunidad y el Estado protege de manera especial al niño. También salvaguarda por la familia y promueve el matrimonio, en el caso de estas dos instituciones las reconoce como naturales y fundamentales. Asimismo, expresa el objetivo de difundir y promover maternidades y paternidades responsables, así como la igualdad entre los hijos (ya sea que hayan nacidos dentro o fuera de un matrimonio), la proscripción de hacer alusión al estado civil de los padres, así como la naturaleza de filiación en los registros de los menores. Aunado a ello, el artículo 8 del Nuevo CNA, prescribe que todo niño tiene derecho a vivir y desarrollarse en una familia, por lo que no cabe la posibilidad de que sean retirados de la misma, salvo por causas específicas concretadas en ley, cuyo objetivo es exclusivamente su protección integral.

Por consiguiente, el Estado posiciona a la familia como un grupo especialmente protagonista, al cual se le atribuye derechos y deberes, y una especial protección hacia los NNA que se encuentran insertos en el núcleo. Siendo así, las mujeres y los hombres adultos, son los directamente responsables en velar por el cuidado de los menores de edad, ello debido a su dependencia y vulnerabilidad.

1.2. Concepto de familia en el Estado peruano y el modelo hegemónico

El concepto de familia es difícil de delimitar en la actualidad, debido a la diversidad que caracteriza la sociedad peruana. Por un lado, tenemos la modernidad, la cual existe por la evolución propia de los tiempos, la cual incluye nuevas perspectivas, reivindicaciones de derechos y libertad en elegir el propio proyecto de vida, que antes tímidamente se discutía. Y, por otro lado, reconocemos la pluriculturalidad del Perú, donde coexistimos con diferentes colectivos y pueblos que tienen su propia cosmovisión y su propia estructura jurídica, política y social, lo cual influye en el concepto de familia, sus instituciones y derechos que les competen.

Es importante la definición de familia, ya que a partir de esa noción se va a esclarecer cuáles son las obligaciones de hacer y no hacer de los sujetos (Rubio y Eguiguren, 1985: 84). Por su parte, otro autor, indica que el concepto puede entenderse extensivamente, como un grupo que se vincula por un matrimonio, un parentesco o afinidad. Desde una mirada más restrictiva, la idea de familia

incluiría: a) a la nuclear, personas unidas por matrimonio o filiación (marido y mujer, adultos y sus descendientes); b) La extendida, conformada por el punto anterior, y uno o más parientes; c) la compuesta, que involucra al punto a) o b) más otra persona que comparta parentesco con la cabeza familiar (Cornejo, 1998: 17).

Asimismo, conforme un análisis que el Profesor Carlos Ramos realiza al Código Civil peruano, después de una lectura de los artículos que mencionan a la familia, llega a la conclusión que en este instrumento jurídico se recoge más de un nivel familiar, siendo éstos los siguientes: a) la conformada por la pareja conyugal y sus hijos; b) la que incluye a las personas mencionadas en el literal a) más los ascendientes; c) compuesta por los mismos términos que el literal b) pero añade también a los hermanos; d) por consanguíneos en línea recta, colateral hasta tercer grado; afines en línea recta, colateral hasta segundo grado: e) Parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; f) A todos los que cohabitan en el mismo hogar (Ramos, 1994: 6). Como podemos observar, se asocia a la familia, principalmente, con la existencia de los cónyuges y su descendencia, o ascendencia.

En este punto considero primordial mencionar a uno de los nuevos tipos de familia, que tuvieron mayor protagonismo a inicios de este siglo: la familia ensamblada. Gracias al nuevo horizonte en el que se encuentran los derechos de las mujeres y las facilidades para el divorcio, se produjeron cambios en la realidad, y por consiguiente, nuevas modalidades de familia que surgían de la unión de dos personas, en donde una o ambas, ya tenían sus hijos o hijas con personas de un primer compromiso. Y es ahí donde nace una nueva estructura familiar.

No hay un consenso en la doctrina sobre la denominación para esta nueva organización familiar. Se han referido a ellas como familiastras, segundas nupcias, ensambladas, reconstruidas. En buena cuenta, son núcleos que se originan a raíz de un divorcio o la viudez, donde las parejas optan por tener un nuevo compromiso (Castro, 2012: 90). Es decir, en la actualidad, será imposible creer que existe sólo un único modelo de familia, debido a que el principio de insolubilidad del matrimonio ya no es incólume.

Frente a esta circunstancia, el derecho peruano no ha sido ajeno y ha tenido la oportunidad de reconocer este nuevo tipo de familia, a través de su jurisprudencia. Al respecto, sobre las familias ensambladas, el Tribunal Constitucional (en adelante el TC) se ha pronunciado en el expediente N° 09332-2006-PA/TC, prescribe a través de sus fundamentos del 8 al 14, en líneas generales, que la familia es un instituto inserto en una sociedad, por lo que se encuentra expuesto a los cambios sociales, como la generación de estructuras familiares diferentes a la habitual. En estas familias los hijastros forman parte de un nuevo núcleo, de manera que a ellos también les competen derechos y deberes. La falta de reconocimiento violentaría directamente a la identidad de la familia, lo cual es contrario a derecho y a lo dispuesto por la Constitución.

Como observamos se complica la descripción uniforme de un solo concepto de familia debido a que, por un lado, tenemos aquel concepto que se desprende del análisis de nuestras leyes, y por otro, la realidad del Perú, con su multiculturalidad y el proceso de los cambios sociales. Aunado a ello, es indudable concluir que, la familia a la que más se refiere los instrumentos jurídicos de nuestro derecho interno, es aquella que se instituye del matrimonio y su descendencia; es también este tipo de familia la tradicionalmente concebida en la psiquis de los peruanos y la amparada por el discurso de algunos grupos conservadores. No obstante, queda demostrado que, para el ordenamiento peruano, la familia ensamblada también merece la misma protección que el modelo hegemónico de familia, y que una diferenciación sería arbitraria y contraria al derecho a la igualdad y no discriminación de los miembros y la familia que conforman.

1.3. Las familias homoparentales

Como hemos expuesto, en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico suele darle especial protagonismo a la familia tradicional (la fundada en un matrimonio), y también respalda a aquella que se instituye a partir de una unión de hecho entre mujer y hombre, o una ensamblada. Siendo así, el punto en común de este tipo de familias es que son inicialmente construidas por un hombre y una mujer heterosexuales, es decir, no contempla la opción de proteger

jurídicamente a un modelo diferente, o contrario a la heteronormatividad¹. En ese sentido, nuestra legislación, los operadores de justicia, y las instituciones públicas, no han contribuido en reconocer como titulares de derechos y obligaciones a las familias que cuentan con una pareja del mismo sexo.

Aunado a ello, en nuestro contexto político y social, se rechaza la posibilidad de incluir a las familias homoparentales, como parte del elenco merecedor de derechos. Tanto líderes de opinión pública, políticos, congresistas, y grupos de la sociedad civil como “con mis hijos no te metas”, tienen un discurso conservador, (generalmente asociado con la religión), que considera que una familia que no sigue los estándares de la heteronormatividad es una aberración.

Específicamente, un modelo homoparental nace de una relación afectiva y sólida entre dos sujetos del mismo sexo, que dentro de sus libertades, pueden decidir extenderse, optando por la adopción, por métodos de reproducción asistida, o reconocer como suyos, a los hijos biológicos de la pareja (Pérez, 2016: 55).

Considero que, si tuviéramos que clasificar con más precisión las diversidades dentro del género de familias homoparentales, podríamos encontrar incluso más especificidades, ya que podría variar según la auto identificación de las personas, así como su elección de tener o no descendencia, y bajo qué modalidad deciden tenerla. Cabe recordar el caso de X, Y y Z vs. Reino Unido², donde se reconoce jurídicamente a una familia conformada por un niño, un transexual y su pareja.

Ello debido a que al momento de analizar el concepto familia, deben evaluarse factores como: la convivencia, el tiempo de la relación, el firme compromiso de encargarse del desarrollo y cuidado de las o los niños. Por ejemplo, el Tribunal Europeo (en adelante TEDH) en la Sentencia del caso Schalk y Kopf, ha indicado que la familia puede implicar a una pareja no heterosexual que cohabita en una relación sólida de facto³. En esa misma línea, la Corte Interamericana (en adelante la Corte) ya estableció en Atala Riffo y niñas vs. Chile, que constituye

¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre la Violencia Contra las Personas LGBTI en América, establece que el concepto refiere al sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales han sido consideradas como normales, naturales e ideales en la sociedad.

² TEDH. Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido, (No. 21830/93). Sentencia de 22 de abril de 1997.

³ TEDH. Caso Schalk y Kopf, vs. Austria, (No. 30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010.

un núcleo familiar la convivencia, la relación habitual, y el contacto afectivo entre una madre, las hijas de ella, y su pareja lesbiana⁴.

La problemática que surge a raíz de este tipo de familias es porque rompen el esquema tradicionalmente enmarcado para lo que se concibe como “familia”, es decir, aquel que obedece a la figura de papa, mama, y sus hijos o hijas. Es por ello que sufren por los prejuicios y estereotipos con que se les asocia. Pertenecer a una familia cuyos padres o madres son miembros de la comunidad LGBTI, significa no cumplir con los estándares heteronormativos o cisgénero⁵, por lo que es estar condenado a la desprotección, estigmatización y discriminación.

Conforme el Informe sociodemográfico de familias homoparentales en Perú⁶ (una asociación de familias diversas de nuestro país), existen más de 1.7 millones de adultos que se identifican como no heterosexuales según un estudio de Ipsos del 2020. De ese total, según la encuesta del INEI (2017), el 4.6% tienen pareja y también hijos o hijas, aproximadamente 78 mil personas. Con ello, si asumimos que una familia se conforma inicialmente por dos personas, se calcula la existencia de unas 39 mil familias de la comunidad LGBTI (Navarro, Henríquez, 2021: 2). Por lo que negar su existencia, es cegarse a la realidad que, gracias a la asociación mencionada hoy podemos tener elementos cuantitativos. El hecho de que el Estado Peruano no comparta públicamente una data oficial sobre las familias homoparentales, muestra un total desinterés por este colectivo.

Asimismo, se ha presentado múltiples ocasiones para poder reconocer, sea por vía administrativa o judicial, a las familias homoparentales, sobre todo cuando en ella versan derechos de los NNA. Sin embargo, siempre ha desaprovechado la oportunidad de generar un nuevo precedente a favor de las familias homoparentales, y de los DD.HH de sus miembros, faltando a su deber de proteger y garantizar con debida diligencia los derechos de los más vulnerables.

⁴ Corte IDH. Caso Atala Riffo vs. Chile, Sentencia De 24 de febrero de 2012.

⁵ Cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer. (Corte IDH, OPINIÓN CONSULTIVA 24/17)

⁶ Visto en: <https://familiashomoparentalesperu.com/>

Un ejemplo de ello, lo tenemos en el caso “Tengo dos Mamis”, donde una vez más el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante RENIEC), se niega a reconocer la maternidad de una de las mamás del niño nacido en México. Es evidente que el administrativo no concibe la idea de que la familia lesboparental existe y que merece igual protección⁷. El caso se encuentra ahora en el Poder Judicial, pero debido al tratamiento que se le ha dado a este tipo de sucesos, es decir, cuando se versa en materia de derechos de las personas LGBTI, es que no podemos predecir una resolución satisfactoria para el niño y sus mamás.

Hay que recordar que las leyes responden a las necesidades de la sociedad, y en este caso, de la especial protección que merecen ciertos grupos. Es por ello que en su momento se delimitó los conceptos de unión de hecho, comunidad de bienes, sociedad de gananciales, la adopción, la seguridad social, la prohibición de distinción entre los hijos, el deber de alimentos, entre otras garantías y derechos a favor de los NNA. Cabe resaltar que, a diferencia de las familias ensambladas, en el caso de las emergentes homoparentales, los operadores judiciales no han avanzado a brindarles el mismo trato. Se debería seguir la misma línea y velar por la protección de las familias homoparentales, que a pesar de la discriminación estructural que sufren, siguen sobreviviendo en esta sociedad.

Entonces, resulta necesario hacer un trabajo en conjunto, es decir las políticas públicas, las iniciativas legislativas, el poder judicial, los órganos administrativos, y la comunidad en general, deben dar cuenta que las familias homoparentales son reales y que merecen el mismo tratamiento con el que cuentan los otros modelos de familia. Es inconcebible negar el hecho de que la estructura familiar evoluciona con el tiempo, y que en ese transcurso los roles de género van fluyendo, las identidades se diversifican y las familias homoparentales comienzan a posicionarse.

Por ello, se debe trabajar activamente desde la cultura y la consciencia de nuestra sociedad, quitándole cabida a discursos contra derechos, que afecta al

⁷ Este caso se abordará con mayor detenimiento en la siguiente sección.

colectivo LGBTI, y a otras intersecciones aún más vulnerables, aquellas niñas y niños ya insertos en una familia homoparental.

Sección II: Problemas ante la ausencia de protección a familias homoparentales en materia de derechos de las niñas y los niños.

La falta de protección expresa a las familias homoparentales ocasiona inmediatamente una vulneración en los derechos fundamentales de los integrantes de este grupo. En este caso, a las parejas del colectivo LGBTI que deciden unirse y, por otro lado, a las niñas y niños, de los cuales se presume de facto su vulnerabilidad, pero además se intersecciona el hecho de que son expuestos a ser discriminados por la condición de sus padres.

La existencia de hijas o hijos intensifica la gravedad del problema, ya que son sumamente vulnerables, y son merecedores de medidas especiales de protección. Es lamentable que no encajar en la supuesta “normalidad” de una sociedad heteronormativa, implique que las niñas y los niños costeen las consecuencias.

Como hemos observado es una realidad y como tal, ellos y ellas han aprendido a enfrentar esta desprotección, así como los prejuicios y estereotipos que se les atribuye en su día a día. A continuación, expondremos cómo la sociedad, en complicidad con el Estado peruano, ha normalizado la violación de derechos fundamentales del grupo niñez que se encuentra ya inserto en una familia homoparental.

2.1 Derecho a la igualdad y no discriminación

En primer lugar, el primer derecho que se vulnera al no respetar y garantizar la protección a la familia, de la misma manera que sí se realiza a otros tipos de familias es, el derecho a la igualdad.

El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra presente en todos los instrumentos jurídicos del sistema universal. Debido a ello se le atribuye el valor de principio básico de la sociedad. En nuestro caso, la Constitución prescribe en el inciso 2 del artículo 2, que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra

índole. Muy a pesar de ello, no se estaría respetando el mandato, al negarle derechos en igualdad de condiciones a las familias homoparentales.

En el país, hay una práctica muy estructurada de discriminar a la comunidad LGBTI, conforme un informe del Instituto Nacional de Estadística e Informática del 2017, indicó que el 62,7% del colectivo fueron violentados, la cual fue ejercida mayormente por compañeros de trabajo, padres y madres y dirigentes religiosos (Navarro, Henríquez, 2021: 1). Todo ello, porque se ha normalizado a que, a lo distinto, se les debe corregir, imponer trabas para su realización, invisibilizarlos porque no son parte del modelo hegemónico, mereciendo a que se les anule derechos.

La sociedad después de haber impuesto lo que significa “inequívocamente” como masculino o femenino, abre la probabilidad de que ocurran injusticias y violaciones a DD.HH, cuando no se encaja en estos patrones (Comisión Internacional de Juristas, 2009: 135).

El Estado con su no actuar, reviste de inmunidad a estas prácticas, menoscabando aún más los derechos fundamentales de los más vulnerables. A pesar de contar con la obligación de tomar disposiciones acordes al principio de igualdad y no discriminación, así como poner fin a toda práctica contraria a este derecho. Dicha obligatoriedad se deriva también de que este principio ha sido acodigo como *ius cogens* en el derecho internacional (Corte IDH, 2003: 109).

Evidentemente, a las familias homoparentales no se les brinda el igual trato que les es inherente, debido a la orientación sexual, identidad de género y/o expresión de la pareja de adultos que la conforma. Hecho que configura ser también un acto discriminatorio, en cuanto, se estaría restringiendo los derechos de los integrantes de una familia, por un motivo prohibido. Al respecto, el artículo 1.1 de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, establece en buena cuenta, que la discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos o libertades, la misma que puede estar basada en motivos prohibidos, como el sexo, orientación sexual, identidad, expresión de género, entre otros.

Tal como se expresa en los Principios de Yogyakarta, ninguna familia puede ser discriminada por la orientación sexual o la identidad de género de sus miembros.

Como hemos expresado anteriormente quienes sufren las consecuencias por su propia condición, sumada a la condición de sus madres o padres, son las niñas y los niños. Es inconcebible pensar que exista una justificación para este trato desigual que atenta contra la dignidad de las y los menores. No se logra identificar una causa objetiva y razonable para estos atentados y la opresión intergrupala.

¿Cómo podría legitimarse la falta de igualdad y discriminación? cuando lo verdaderamente legítimo es que los estructuralmente discriminados, sean precisamente quienes deberían recibir un tratamiento especial para alcanzar la igualdad sustantiva. Es el Estado quien, a través de acciones positivas, además de la legislación, debería de diseñar, ejecutar y supervisar políticas públicas a favor de una real igualdad.

La violación a este principio está presente desde el momento en que no se le está reconociendo como familia, la familia a la que ellos pertenecen; luego cuando de manera arbitraria no se les brinda protección, y por último, en cada episodio en los que sufren a causa de este tratamiento distinto. Estos hechos impactan de manera distinta a este grupo, ya que no lo enfrentan como un adulto, ni como una persona de la comunidad LGBTI, ni como cualquier otro niño o niña vulnerable que sí cuenta con una familia heterosexual.

Es lamentable pensar en cada vivencia que tienen que afrontar desde muy pequeños, por la falta de igualdad y la discriminación estructural con la que se enfrentan por haber nacido o crecido en ese contexto; y en toda la lista de derechos que no se les ha respetado de igual manera que a otros niños y niñas.

2.2. Derecho a la identidad

Uno de los principales problemas que enfrentan las niñas y niños de las familias homoparentales, es que se reconozca su derecho a la identidad, el cual podemos definir como un nexo social.

Conforme el artículo 8 de la CDN, estos tienen derecho a preservar su identidad, esto incluye: (i) la nacionalidad, (ii) el nombre y (iii) las relaciones familiares. Por

lo que no es legítimo privarlo de algunos de estos elementos que forman parte de su identidad. Con respecto al punto número dos, tenemos que el artículo 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) establece que es inderogable el derecho de toda persona a contar con un nombre propio y los apellidos de sus padres o al de uno de ellos.

Con respecto a los apellidos, estos son importante por el vínculo, principalmente jurídico, que se genera con sus padres. Así como lo establecería la Corte en la sentencia de Las Niñas Yean Y Bosico Vs. República Dominicana: “El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado (Corte IDH, 2005:70)”.

Aunado a ello tenemos que la Corte, en su jurisprudencia y sus opiniones consultivas ha indicado que el derecho a la identidad, se asocia con un conjunto de atributos que permiten individualizar a la persona, de manera que ello comprende otros derechos, entre ellos: la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares (Corte IDH, 2018: 119).

Asimismo, la Asamblea General de la OEA, en el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y Derecho a la Identidad, ha señalado que el reconocimiento de la identidad de las personas es facilitador para el ejercicio de los derechos de la personalidad jurídica, nombre, nacionalidad, inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, y otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la DADDH y la CADH (OEA, 2007: 2).

En ese sentido el derecho a la identidad es sumamente importante en la vida y el desarrollo continuo de las niñas y los niños, es por ello la importancia de preservarla y reconocerla para no dificultar el ejercicio de sus derechos fundamentales.

La realidad arroja que las niñas y los niños de familias homoparentales encuentran trabas en la administración, específicamente RENIEC, ya que no se les está inscribiendo con los apellidos de ambos padres o madres. Es decir, se les está privando de uno de los elementos indispensables de su identidad.

En un minidocumental de una ONG “It Gets Better Perú” sobre las familias homoparentales del Perú, la pareja conformada por Estefani y Erica, comentan que: “en el Perú se considera madre solo a la gestante y para poder inscribir al bebe con los apellidos de ambas, hemos tenido que recurrir a todo un proceso que no es el ideal”⁸. Mientras, que otra pareja en el mismo documental, Blanca y Evelyn, indican que en su caso aún no pueden registrar a sus dos hijos ante RENIEC, comentan también que lo que hacen otras familias ante la misma situación, es registrar a los menores con el abuelo o con los hermanos de la madre no gestante.

Un caso emblemático en este punto es una lucha de casi 6 años, que viene realizando la familia de Darling Delfin Ponce y Jenny Trujillo Cueva, para que la RENIEC, incorpore el vínculo filial que posee el menor con Jenny Trujillo, y figure en el documento nacional de identidad del menor. Si bien en octubre del 2021 el Segundo Juzgado Constitucional de Lima falló a favor de entregar el DNI donde figure que el niño tiene dos mamás, ahora el Juez de segunda instancia ha declarado improcedente la demanda, apelada por RENIEC.

Esto es un retroceso con respecto a lo que se logró en el año 2021, ya que en ese momento el juez de primera instancia había resaltado las consecuencias negativas para el niño que se le había omitido la mitad de su identidad en su partida de nacimiento. Además, recalcó todos los demás derechos anulados por impedirse el reconocimiento, tales como: derechos sucesorios, de alimentos, consentimiento médico, derecho preferente a su educación, entre otros. A lo largo de la sentencia emitida por el juez primigenio, se puede observar como realiza una interpretación conforme la Constitución y lo desarrollado por los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, la jurisprudencia de la Corte IDH, es decir, realiza también un control de convencionalidad. Mientras que, en segunda instancia, se utilizó una argumentación basada en preconcepciones negativas sobre las familias LGBTI.

Este es uno de los principales problemas que enfrentan los niños de las familias homoparentales en el Perú, y que lamentablemente no consiguen soluciones garantistas. Esperemos que el caso de “tengo dos mami” encuentre justicia muy

⁸ Visto en: <https://www.youtube.com/watch?v=HdIKKkdRNT4>

pronto en el ámbito interamericano y ello exija no sólo una reparación debida por la violación de derechos, o un acto público de reconocimiento de responsabilidad, sino una enseñanza de cómo debe impartirse justicia, y cómo los operadores del Estado deben respetar los derechos, en especial, cuando se trata de niñas y niños de madres o padres de la comunidad LGBTI.

2.3 Derecho a la vida familiar

El derecho a la vida familiar y su protección se encuentra intrínsecamente relacionado con los derechos de los niños. Los cuales son titulares de medidas especiales de protección por su vulnerabilidad.

Las niñas y los niños tienen derecho a vivir y desarrollarse dentro de su familia. En ese sentido, el Estado debería de brindar protección a estos niños, independientemente de la orientación o identidad de género de sus padres, y así evitar que sus familias se vean expuestas a injerencias ilegítimas, actos abusivos, pues se debe apostar por el fortalecimiento de las mismas.

Al respecto, la Corte ha establecido, en el caso de *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, que la imposición de un concepto único de familia implica una injerencia arbitraria contra la vida privada, así como un impacto al núcleo familiar a la luz de los artículos 11.2 y 17.1 de la CADH (Corte IDH, 2012: 55). En esta misma sentencia, expone que no se debe determinar un concepto cerrado de familia, ni protegerse sólo un modelo “tradicional” de la misma, debido a que no existe un modelo específico de familia. Además, obedeciendo también lo desarrollado por la CDN y la OC-17/02, reitera 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. (Corte IDH, 2012: 49). En el contexto peruano este estándar no se estaría cumpliendo, ya que no se ha concebido el concepto de familia desde un sentido amplio, para así poder garantizar la debida protección de las niñas y los niños que forman parte de estas familias homoparentales.

Tanto en el caso de *Atala*, como en la sentencia de *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, se expresa la importancia de la vida familiar y de cómo esto influye directamente en las niñas y los niños que la conforman, así como derecho de pertenecer a una, y de la excepcionalísima, separación de su familia. Incluso se

evalúa como estos hechos pueden significar una vulneración a la integridad personal (Corte IDH, 2018: 121).

El deber del Estado de adoptar sus disposiciones y adecuar sus prácticas conforme a los estándares del derecho internacional, a la luz de un enfoque de derechos humanos, toda vez que el mundo va cambiando y nuestro país no puede cegarse a los nuevos temas de agenda, sobre todo cuando en ellos se involucran niños.

2.4 Derechos sociales

Otras de las consecuencias que se generan a raíz de esta falta de reconocimiento y protección, son la vulneración de ciertos derechos sociales de las niñas y los niños. El problema de la accesibilidad, de los derechos a la salud, o a la educación. Derechos que se encuentran reconocidos en diversos instrumentos jurídicos, y sobre todo ampliamente desarrollado en las Observaciones Generales del PIDESC, de la CDN, así como en el Protocolo de San Salvador y las opiniones consultivas de la Corte IDH.

En las entrevistas anteriormente mencionadas, la ONG “It Gets Better Perú” extrajo el testimonio de Estefani y Erica, donde contaban que la madre no gestante contaba con EPS, pero que no lo pudieron utilizar para cubrir los gastos de la clínica durante el embarazo y la gestación, así como los ahora gastos de pediatría. Es decir, desde el momento de su nacimiento hasta la actualidad, se le está impidiendo a esa niña a acceder al seguro social al que su madre trabajadora está inscrita. ¿Cómo es posible que a todos los niños sí se les pueda inscribir como dependientes de la EPS de sus padres y a una niña por tener una madre lesbiana se le esté negando este derecho?

Aunado ello, tenemos en una investigación sobre las familias homoparentales con niños en Lima, por la autoría de la licenciada María Patricia Del Rosario Ríos Anaya, que la atención a la salud funciona bajo un estricto protocolo y que este se maneja por un concepto de lo que es familia basado en la heteronormatividad del parentesco. De esta manera, nos relata la frustración y tristeza del caso de Gabriela y Kathia, donde la madre no gestante no pudo estar presente en las diligencias de su menor hijo, ya que la Clínica de la Maternidad de Lima no se lo permitía (Ríos, 2017: 123).

En cuanto a la educación, tenemos que es una institución por la que todo futuro ciudadano debe pasar, para poder generar competencias y más tarde participar en la vida pública y tener oportunidades en el mercado laboral (Cuba y Juárez, 2018: 103).

De manera que, a través de la educación se transfieren ideas, que más tarde en la adultez, van a reproducirse o retransmitirse. Por ello es que la visibilidad de las familias homoparentales, implica educar en la diversidad y dejar de lado estereotipos que perpetúan la estigmatización de los menores.

Hay que tener en cuenta que la escuela es el segundo centro de sociabilización de los niños, y que este entorno estará conformado por sus compañeros, los profesores, y padres de otros menores, siendo así, se aumenta la probabilidad de ser discriminados en estas nuevas relaciones.

En el informe de Ríos Anaya nos narra que Susana y Laura, tuvieron que lidiar con la directora que después de enterarse que eran lesbianas, recién ahí dio cuenta que no tenía vacantes. Así como, las niñas y los niños son quienes pagan las consecuencias de esta estigmatización, ya que son continuamente observados y evaluados por la institución educativa y los maestros, ya que sus pares (los demás niños) no suelen tomar importancia si tienen dos padres o dos madres (Ríos, 2017: 130).

Con todo ello, podemos concluir que el catálogo de derechos que se pueden vulnerar a raíz de no proteger una familia homoparental, se incrementa cuando tenemos a niñas y niños dentro del núcleo. Esta desprotección los afecta desde muy pequeños y se intensifica la vulnerabilidad ya presumida en un primer momento. Por ello necesitamos que se analice esta problemática bajo los estándares de derechos humanos.

Sección III: Estándares internacionales sobre el respeto y garantía de derechos de las niñas y los niños

Existe un consenso social sobre la especial protección que merece toda niña, niño o adolescente. Debido a ello es que los sistemas, han emitido instrumentos jurídicos para velar por los derechos de la niñez, entre ellos, como principal fuente tenemos la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuyo órgano

supervisor es el Comité de los Derechos del Niño (en adelante el Comité) que además de vigilar por su aplicación, también ha publicado Observaciones Generales que interpretan el contenido de los derechos. En el sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) ha estipulado en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a medidas específicas de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado. En ese sentido, la Corte ejerciendo su facultad contenciosa y consultiva ha desarrollado una interpretación que se encuentra acorde con el enfoque de derechos humanos y los principios básicos de los derechos de la niñez.

Por ello, resulta preocupante que, en nuestro país, el cual ha ratificado ambos tratados, no haya interiorizado la obligación general de respetar y garantizar los derechos de las niñas y niños, con la debida diligencia, en sentido estricto, que les compete por ser vulnerables. En el particular, vemos que existe un trato diferenciado al grupo niñas y niños pertenecientes a familias homoparentales, ya que el derecho interno, las políticas públicas y los operadores de justicia han excluido del sistema a este grupo en específico.

Será necesario que el Estado, en su calidad de garante, así como la sociedad civil tome en cuenta que existen principios universales en torno a los derechos de las niñas y niños, y que todo con respecto a ellas y ellos merece ser analizado bajo una perspectiva de género más un enfoque interseccional que pueda cumplir con esta protección integral. Además, los operadores del Estado se encuentran en el deber de realizar un correcto control de convencionalidad, eliminando las posturas prejuiciosas y discriminatorias que irradian un efecto contaminante en la garantía de derechos.

3.1 Sobre los principios rectores en materia de derechos de la niñez

En ese sentido, conforme la Observación General N° 12, los cuatro principios que se desprenden del CDN son: (i) el derecho a la no discriminación, (ii) el derecho a la vida y desarrollo, (iii) el interés superior del niño, y (iv) el derecho a ser escuchados (Comité DN, 2009: 5).

Es decir, cuando se tome decisiones en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes (sea política, legislativa o judicial), sólo serán válidas, aquellas que

se encuentren acorde a una interpretación armónica de estos cuatro pilares. Además, la atención a un principio no podría excluir al otro.

En el caso de los menores de edad insertos en familias homoparentales en el Perú. Presenta un escenario donde se desconoce derechos y se obstaculiza el ejercicio de ellos, lo cual evidencia la discriminación estructural que sufren (principio I), impactando en su bienestar y el desarrollo de su personalidad (principio II), vulnerando el interés superior (principio III), y dejando a un lado las expresiones y opiniones que tengan en relación con esta estigmatización (principio IV). Estamos ante una realidad nada garantista para ellos.

Quisiera abarcar en este punto, uno de los principios que engloba de manera más integral la protección de las niñas y los niños, debido a su directa relación con los otros derechos que se desprenden de la CDN: el interés superior.

El artículo 3 de la CDN, ha establecido que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, los jueces, los administrativos, el legislativo, deberán de atender de manera prioritaria al interés superior del niño.

En torno a ello, la Observación General N° 14 del Comité ha indicado que este debe de comprenderse en tres dimensiones: i) como derecho sustantivo, ii) un principio jurídico interpretativo fundamental, y iii) una norma de procedimiento. De manera que hay una obligatoriedad en priorizar el interés superior, tomando en cuenta que el objetivo de éste es el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos, así como el desarrollo holístico (Comité DN, 2013: 4). En ese sentido, no cabe la posibilidad de que, alegando el interés superior se estropee otros derechos. La ausencia o incorrecta aplicación del principio no puede legitimar la exclusión de otros (Comité DN, 2013:3).

En los casos de Fornerón e hija vs. Argentina, Atala Riffo y niñas vs. Chile, Ramírez Escobar vs. Guatemala, se alegó y manipuló el concepto de interés superior para vulnerar los propios derechos de las niñas y encubrir actos de discriminación contra un modelo de familia no hegemónico, que en los dos últimos ejemplos incluía a miembros de la comunidad LGBTI. Asimismo, en el caso Las Niñas Yean Y Bosico Vs. República Dominicana, la Corte consideró que al existir una normativa para la nacionalidad que trataba de manera distinta

a niñas haitianas, afectaba el interés superior de ellas, lo que constituía también una vulneración otros derechos, como el principio de no discriminación (Corte IDH, 2005: 67).

Por ello, la Corte resalta la importancia de que el interés superior debe ser evaluado congruentemente con todos los demás derechos, como, por ejemplo, los anteriormente mencionados: igualdad y no discriminación, su bienestar y desarrollo de la personalidad, la identidad, la vida familiar, la vida privada, el acceso a la educación, a la salud, y evidentemente a su dignidad.

En las observaciones finales del Comité al Estado Peruano, se indica que el interés superior debe ser considerado como un principio primordial, cuya aplicación debe ser sistemática en toda medida administrativa y judicial. Por ello, el Comité expresa su preocupación y recomienda que se intensifique esfuerzos para ponderar dicho principio con el debido carácter integrador que de este subyace (Comité DN, 2016: 20).

Resulta curioso que en nuestro ordenamiento exista la Ley N° 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, y una Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030, Política que enuncia la obligatoriedad de la CDN, la consideración primordial del interés superior, así como la prohibición de discriminación con independencia de la identidad y orientación sexual de los padres (MIMP, 2021: 85). Y que, sin embargo, no se esté cumpliendo en la práctica con los estándares señalados. No se respeta el carácter universal, ni el fin legítimo e imperioso del interés superior.

3.2 La especial protección hacia los integrantes de familias homoparentales

Siguiendo la línea de los estándares internacionales, es importante determinar porqué al no reconocer, ni proteger las familias homoparentales, implica la omisión de las obligaciones del derecho internacional, e impide el desarrollo y bienestar libre de discriminación, al que los niños son merecedores por su propia condición.

La CDN desde su Preámbulo nos indica que, debido a la vulnerabilidad de los niños, el seno familiar del cual forman parte, cobra una especial responsabilidad. Es el medio natural de su crecimiento y el ambiente que debe caracterizarse por brindar bienestar, amor y comprensión; ello no es óbice para que los Estados Partes no cumplan con su deber de respetar, garantizar y proteger de manera especial a la niñez.

Aunado a ello, en los artículos 5 y 16 de la CDN se refiere a la trascendental importancia del derecho a la vida familiar para los niños, y la consecuente preservación de estas relaciones. Por eso, en miras al interés superior y los demás principios, se debe preservar la unidad familiar. Entonces, ¿cómo salvaguardamos la vida familiar de un niño o niña, si el Estado invisibiliza la existencia de ese núcleo que se constituye como su único espacio propicio?

Se constituye a la familia como ese primogénito lugar de sustento, de relaciones sociales, afectivas e identidad; así como la base de la cual son dependientes económicamente toda niña o niño (Cuba y Juárez, 2018: 78). En ese contexto, excluir a las familias homoparentales del sistema, significa ignorar estos primeros vínculos generados por los niños, además de menoscabar el goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad, que otros niños con padres heterosexuales no sufren.

Ya lo ha establecido también la Corte en su jurisprudencia sobre la importancia de tomar medidas de protección específicas, cuando estemos ante situaciones que afecten de manera directa o indirecta los derechos humanos de las niñas y los niños. En el caso de *Gelman Vs. Uruguay*, se estableció que el artículo 17 de la CADH obliga al Estado no solo a disponer y ejecutar las medidas de protección de los niños, sino también favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (CorteIDH, 2011: 38). En esa misma línea, en caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, se expresa la vital importancia de la vida familiar para la niñez, y cuya separación injustificada podría ser de tal magnitud que implicaría un alto grado de violencia que ponga en peligro la integridad personal (Corte IDH, 2018: 121). Todo ello indica el importante rol que juega la familia para el grupo niñez.

Por lo cual, es preciso considerar la interseccionalidad que se produce en los casos de aquellos ya insertos en familias homoparentales. De un lado, tenemos que son menores de edad, es decir vulnerables, y por otro, son integrantes de una familia diversa, cuyos padres y madres no cumplen con los estereotipos heteronormativos, ni cisgénero⁹. Por este último elemento es que se configura una discriminación, que sus padres o madres también han sufrido históricamente.

El artículo 2 del CDN, dispone que los Estados deben tomar medidas apropiadas para que todo niño sea protegido contra toda forma de discriminación por causa de la condición, actividades, opiniones o creencias de sus padres. En este sentido, la Observación General N° 7 ha establecido que los niños pueden sufrir las consecuencias de la discriminación hacia sus padres (Comité DN, 2006: 6). Como sucediera en el caso de Atala Riffo, en cuanto las niñas sufrieron las consecuencias de la discriminación por la orientación sexual de su madre. Como vemos, la opresión se acumula y precariza el ejercicio de derechos.

Entonces las acciones a tomar, no sólo tienen que seguir los protocolos ideales para niñas y niños, sino poner especial énfasis en esa discriminación que soportan por ser hijos de familias homoparentales, en una sociedad peruana que los invisibiliza.

3.3 El deber de realizar el control de convencionalidad

Es inconcebible que el Estado no haya incorporado en sus políticas públicas, ni haya tenido iniciativa legislativa para reparar esta falta de protección a las familias homoparentales, sobre todo cuando están en juego la violación de derechos fundamentales de niñas y niños, cuyo deber de protección es reforzado. Es lamentable también que los servidores administrativos y judiciales, no realicen el control de convencionalidad debido en cada uno de sus actos. Estos operadores se limitan a la burocracia y a requisitos formales para negar derechos, o aplican categorías propias del derecho privado para entender lo que es la familia. La falta de capacitación sobre Derechos Humanos es responsabilidad también del propio Estado.

⁹ Cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer (CortelDH, 2017:18).

Tal como lo hemos expuesto, los sistemas coinciden que los Estados tienen un deber estricto de mayor cuidado y celeridad a favor de la niñez, por lo que en toda acción ponderarán el principio de interés superior. Además, han establecido que no existe un solo concepto de familia. Al respecto el Comité, ha señalado que, a pesar de la diversidad de modelos, estos conforman un papel importante para la realización y el bienestar del niño (Comité DN, 2006: 10). Mientras que el Tribunal Europeo ha interpretado de manera amplia la noción de familia, lo cual implica también a aquellas que se fundan fuera del matrimonio, y cuyas cabezas de familia son del mismo sexo (TEDH, 2010: 91).

Por su parte, en el sistema interamericano, la Corte en el caso Atala Riffo y niñas, dejó en claro que no reconocer la familia conformada por una pareja de lesbianas y las hijas consanguíneas de una de ellas, era vulnerar los artículos 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17.1 (Protección a la Familia), y 19 (Derechos del niño) de la CADH. Asimismo, en la Opinión Consultiva OC-21/14, se ha establecido que la familia no debe limitarse a ideas tradicionales de una pareja heterosexual con hijos (Corte IDH, 2014: 102).

En ese mismo sentido, en la Opinión Consultiva OC-24/17, el Tribunal decide que los Estados deben reconocer y garantizar todo el catálogo de derechos que subyacen de la relación familiar entre personas homosexuales, siendo necesario brindar facilidades a través de los mecanismos ya existentes en cada ordenamiento, para proteger todos los derechos de los miembros que conforman una familiar homoparental, sin discriminación (Corte IDH, 2017: 88).

De manera que la Corte ha reconocido jurídicamente a las familias distintas al modelo hegemónico, y ordena que los Estados tomen medidas legislativas, y/o administrativas que permitan acabar con estos actos discriminatorios.

Sin embargo, más allá de la orden expresa debemos de considerar que los formalismos, la legislación interna y las concepciones que tiene una sociedad sobre la familia, no puede vulnerar los derechos de las niñas y los niños, cuando existe el deber de velar por el interés superior.

Podríamos analizar el sentido corriente de las palabras, indagar en los trabajos preparatorios, para dar cuenta que al momento en que se redactaron las normas, la sociedad no tenía información sobre los problemas que surgían con los

emergentes modelos diversos de familias. Ante eso, es necesario tener presente la premisa de que los tratados son instrumentos vivos, y al mismo tiempo, no olvidar cuál es el objetivo y fin de los tratados de derechos humanos ¿acaso no es precisamente la defensa de la persona humana?, ¿cómo es que en cada decisión no está mediando el interés superior del niño?. Esas son algunas preguntas que debería de analizar los agentes del Estado.

A diferencia nuestra, muchos países del sur global han ido avanzando en garantizar la igualdad de derechos para todos y todas, destacando la prioridad sobre los más vulnerables: los niños. Por ejemplo, en Argentina, la Ley 26.618¹⁰, establece una protección jurídica para los hijos de las familias homoparentales, a través del reconocimiento de su derecho a la identidad, lo cual es el nexo social necesario para el ejercicio de demás derechos.

En el caso de Colombia¹¹ y Ecuador¹², no hay una legislación específica en torno a la situación de las niñas y los niños de las familias homoparentales, pero a través de litigios estratégicos se está logrando una numerosa jurisprudencia que reconoce los derechos fundamentales de los niños integrantes de familias diversas, y en particular, el derecho a la identidad. Todo ello, gracias a que en ambos países se ha aplicado el interés superior del niño sobre todas las cosas, además de hacer un correcto control de convencionalidad.

El ejemplo de Ecuador es esperanzador, ya que a pesar de la discriminación estructural que sufren los miembros de la comunidad LGBTI, los jueces han priorizado los principios internacionales a favor de la niñez.

Ya la Corte ha establecido mediante numerosas sentencias y opiniones consultivas, que el control de convencionalidad es una obligación estrictamente necesaria que todo órgano o autoridad estatal debe vigilar (Corte IDH, 2020: 41). Dicho control se encuentra compuesto por: (i) lo expresamente estipulado en la

¹⁰ En el artículo 37 de la Ley se dispone que los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo, llevarán el primer apellido de cualquiera de ellos, y a pedido de estos podrá incluirse también el apellido del otro cónyuge.

¹¹ Sentencia T-105/20. Caso en que se realizó inscripción en el registro civil de menor sin tener en cuenta los apellidos de sus dos madres.

¹² En la Sentencia N° 184-18-SEP-CC. Se declara la violación de los derechos de tutela jurisdiccional, identidad, nacionalidad, igualdad y no discriminación, a la familia, y al interés superior de la niña Satya Bicknell Rothon, por negarle la inscripción como ciudadana ecuatoriana, y desconocer su relación filial con sus dos madres lesbianas.

CADH, (ii) los tratados adoptados por el sistema interamericano que el Estado Parte haya ratificado, (ii) la jurisprudencia de la Corte en su competencia contenciosa y (iv) consultiva (Corte IDH, 2012: 118). Este último elemento es importante al momento de realizar una evaluación, ya que no hay mejor intérprete de la Convención Americana que la propia Corte. Hecho que concuerda con lo establecido en el artículo 29 de la CADH, y los artículos 31 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Asimismo, es sorprendente el razonamiento de los jueces al momento de fallar sobre estos casos. Puesto que han olvidado que conforme el artículo 55 de nuestra Constitución Política, los tratados celebrados por el Perú forman parte del derecho nacional, y que las normas relativas a derechos y libertades se interpretan en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y todos los demás acuerdos internacionales que nuestro país haya ratificado. Esta última disposición se reitera en el artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional y en el artículo VII del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes. Es decir, incluso utilizando la normativa interna podría tomarse decisiones que tomen en cuenta el interés superior del niño y vaya acorde con un enfoque de derechos humanos.

Los jueces han olvidado que formamos parte de un sistema que ya ha mostrado preocupación por la desprotección de las niñas y los niños. El mismo que respalda una interpretación evolutiva y cuyo propósito es velar por la persona humana, independientemente de la protección complementaria que le ofrece su derecho interno. Una interpretación restrictiva de la noción de familia, así como excluir de protección a las niñas y niños que forman parte de estas familias diversas, es ir en contra de todos los estándares internacionales de derechos humanos.

El deber de adecuación y la utilización de la interpretación extensiva a favor de los principios de los derechos de las niñas y los niños, debe ser transversal. Es decir, no hay que esperar en que las personas realicen litigios estratégicos para gozar de protección. Es el Estado en general, incluyendo al legislativo, quien debe mostrar interés por estos casos, trabajando estratégicamente a nivel multisectorial, regional, y local.

La transversalización es una estrategia fundamental para acabar con la discriminación estructural que están sufriendo estos niños, sin perjuicio de ello, necesitamos un enfoque interseccional, para acabar con las desigualdades múltiples y las cadenas de opresión.

El Estado peruano tiene el deber de cumplir con su compromiso en defender y proteger los derechos de las niñas y los niños, y supervisar que sus servidores cumplan con los principios rectores establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Conclusiones

- El modelo hegemónico del concepto de familia es aquella fundada por un matrimonio entre una pareja heterosexual y sus hijos consanguíneos. Sin embargo, ello no ha sido impedimento para que el Tribunal Constitucional Peruano haya reconocido que las familias ensambladas, y sus miembros, también son merecedoras de protección, debido a que se ha concebido la idea de que la sociedad está en continua evolución.
- Las familias homoparentales existen y forman parte de la diversidad en la sociedad peruana. No obstante, el Estado no ha mostrado interés por ello, ya que no existe una data oficial; sólo contamos con los trabajos de campo de privados, organizaciones y asociaciones defensoras de derechos humanos.
- La falta de protección expresa a favor de las familias homoparentales, ocasiona una vulneración de los derechos fundamentales de cada uno de los integrantes del núcleo familiar. Pero sobre todo de los niños y las niñas que han nacido o han crecido dentro de las mismas. De manera que existe una fuerza de opresión doble en perjuicio de este grupo. En primer lugar, porque son niñas y niños ya vulnerables por su propia condición, y segundo porque la discriminación hacia sus padres se ha extendido hacia ellos, al conformar una familia diversa.
- No encajar en las exigencias de una sociedad heteronormativa, estigmatiza a sus familias, y los despoja de derechos fundamentales, tales como: igualdad y no discriminación, identidad, vida privada y familiar. También observamos que en la práctica se estaría obstaculizando el acceso en igualdad, de ciertos derechos sociales: salud y educación. Que

sus padres hayan buscado soluciones estratégicas para aplacar los efectos de una discriminación estructural, no legitima la normalización de esta violación de derechos.

- Existen principios universales que el Estado no está cumpliendo, en su calidad de Estado Parte al haber ratificado la Convención sobre los derechos del niño. Estos son: (i) el derecho a la no discriminación, (ii) el derecho a la vida y desarrollo, (iii) el interés superior del niño, y (iv) el derecho a ser escuchados.
- Asimismo, es deber del gobierno, y de toda la sociedad en general, vigilar por el respeto y cumplimiento del principio de interés superior del niño, el cual le es inherente a este grupo por su vulnerabilidad. De acuerdo con ello, este principio se comprende como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. Debido a que el objetivo del interés superior es el disfrute pleno de todo el catálogo de derechos de los niños, no cabe una interpretación que implique el detrimento de otros principios.
- El sistema universal, el europeo y el interamericano han coincidido en que el interés superior del niño, es una consideración primordial en todo ordenamiento. Además, también se ha establecido que no existe un único modelo de familia. Entonces, no existe una justificación racional para la negación de derechos a los integrantes de familias homoparentales.
- La Corte a través de su OC-24/17 ha ordenado a los Estados Parte, esto incluye al Perú por haber ratificado la CADH y reconocido la competencia de la Corte, a establecer medidas administrativas, legislativas o de cualquier otra índole, para proteger a las familias diversas.
- Los operadores judiciales de otros países de nuestra región, como Argentina, Colombia y Ecuador, han invocado el interés superior y realizado un correcto control convencional a favor de las niñas y niños de familias homoparentales.
- Los organismos como la RENIEC, los jueces y en general todo operador estatal se ha olvidado que hemos ratificado diversos tratados sobre derechos humanos, y por ello el control convencional es un mandato necesario, además este también se encuentra estipulado en nuestra Constitución y otros dispositivos de nuestro ordenamiento.

- Las políticas públicas, las iniciativas legislativas, las prácticas administrativas, el trabajo de los jueces, deben ser fieles con el compromiso de defender y proteger los derechos de las niñas y niños sin discriminación. A este conjunto, podría sumarse el trabajo desde la cultura, y el activismo de los ciudadanos, para poder luchar contra discursos contra derechos y constituir una sociedad más justa y libre de discriminación.
- No hay que esperar a que estos casos se solucionen a través de litigios estratégicos, o que lleguen a la Corte Interamericana para poder tutelar derechos. Es necesario poner en agenda la situación de las familias homoparentales en el Perú, y como su desprotección violenta a los más vulnerables. De esta manera podremos trazar una ruta que articule y monitoree los objetivos para solucionar el presente problema.
- Es necesario que las autoridades administrativas y los jueces reciban capacitación sobre derechos humanos, para que al momento de tomar decisiones además de considerar como prioridad el interés superior del niño, realicen un enfoque de género, e interseccional sobre la niñez, para no dejar atrás otras realidades.

BIBLIOGRAFIA

- BARBEITO, Roberto-Luciano (2002). La familia y los procesos de socialización y reproducción sociopolíticas de la juventud. En: Estudios de Juventud n° 58/ 02. Editorial: INJUVE. pp. 1- 11.
- CASTRO RIVADENEIRA, Juan Carlos (2012) Los daños: alcances y limitaciones en las relaciones de las familias ensambladas, reconstruidas o familiastras. En Libro De Especialización En Derecho De Familia. PP. 89-108.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1998). Derecho Familiar Peruano, Tomo I: Sociedad Conyugal, Gaceta Jurídica Editores, Novena Edición
- CUBA Lucero y JUÁREZ Elisa (2018). Crecer siendo diferente: Compilación de tres investigaciones sobre violencia homofóbica, transfóbica y lesbofóbica en la familia y la escuela en el Perú. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos - PROMSEX, 2018.

- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (2009). *Orientación sexual e identidad de género y derecho internacional de los derechos humanos*, Guía para Profesionales No. 4, Ginebra.

- NAVARRO, Raúl, HENRIQUEZ Fiorella y ARÉVALO Daniela (2021). Informe sociodemográfico de familias homoparentales en Perú. Visto en:
<https://familiashomoparentalesperu.files.wordpress.com/2021/10/fhp-informe-socio-demografico-de-familias-homoparentales-en-peru.pdf>

- NAVARRO, Raúl, HENRIQUEZ Fiorella y ARÉVALO Daniela (2021). Estudios de investigación de los efectos en el desarrollo de los niños y niñas criados en familias homoparentales. Visto en:
<https://familiashomoparentalesperu.files.wordpress.com/2021/06/fhp-estudio-de-investigacion-de-los-efectos-en-el-desarrollo-de-ninos-criados-en-familias-homoparentales.pdf>

- RAMOS NUÑEZ, Carlos Augusto (1994). La idea de Familia en el Código Civil Peruano. En Themis- Revista de Derecho Núm. 30. P. 1-11

- RÍOS ANAYA María Patricia del Rosario (2017). Y, ¿Cómo Lo Hacen? Familias Homoparentales Con Niños En Lima: Constitución Y Estrategias De Crianza Y Socialización. Estudio De Caso De Familias De Clase Mediana Media Alta En Distritos De Lima Metropolitana Y El Callao. En: Editorial Pucp.

- RUBIO CORREA, Marcial y EGUIGUREN P. Francisco (1985). Violencia, coacción y legitimación en el derecho. En: Revista del Foro N° 1, Lima. P. 84-101.

Legislación

Nacional:

- Ley N° 27337- Ley que Aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

- Ley N° 30466- Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

- Decreto Legislativo N° 1408- El Decreto Legislativo Para el Fortalecimiento y la Prevención de la Violencia en las Familias.

Argentina:

- Ley 26.618- Ley que modifica el Código Civil. Sancionada el 15 de julio de 2010. Promulgada el 21 de julio de 2010.

Tratados internacionales

- Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Adoptada el 5 de junio de 2013 en el marco del 43° Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en la República de Guatemala.
- Convención Americana de Derechos Humanos (“Pacto de San José”). Adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Documentos Jurídicos

- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. “Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030 – PNMNNA” 1ª edición digital Publicado por: MIMP Jr. Noviembre de 2021. Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2021- 08243. Visto en: <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/-----PNMNNA-2030.pdf>
- Principios De Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2007). Visto en: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

Jurisprudencia:

Tribunal Constitucional Peruano:

- EXP. N.O 09332-2006-PA/TC Lima Reynaldo Armando Shols Pérez Sentencia Del Tribunal Constitucional.

Corte Ecuatoriana:

- Sentencia N° 184-18-SEP-CC. Acción Extraordinaria de Protección. 29 de mayo de 2018. Visto en: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=184-18-SEP-CC>

Corte Constitucional Colombiana:

- Sentencia T-105/20. 12 de marzo del 2020. Visto en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-105-20.htm#_ftnref50

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

-Corte IDH. Caso Atala Riffo Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. En: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

-Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012.

-Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

-Corte IDH Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018.

-Corte IDH Caso De Las Niñas Yean Y Bosico Vs. República Dominicana Sentencia De 8 De Septiembre De 2005.

-Corte IDH. Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de junio de 2020.

-Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003.

-Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, Identidad De Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo. 24 de Noviembre De 2017.

-Corte IDH. Caso Gudiel Alvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

-TEDH. "Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido, (No. 21830/93): Sentencia de 22 de abril de 1997. Visto en: [http:// hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58032](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58032)

-TEDH. "Caso Schalk y Kopf, vs. Austria, (No. 30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010. Visto en:

https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21078/4/BCN_Referencia_caso%202010%20CEDDHH.pdf

Naciones Unidas

- Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Finales del Comité al Estado Peruano. Aprobadas por el Comité en su 71er período de sesiones 11 a 29 de enero de 2016.

- Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 14: Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 29 de mayo de 2013

- Comité de Derechos del Niño. Observación General No. 12. El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009.

- Comité de Derechos del Niño. Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 20 de setiembre de 2006.

- Organización De Los Estados Americanos Asamblea General (2007). Programa Interamericano Para El Registro Civil Universal Y "Derecho A La Identidad". En Ag/Res. 2286 (Xxxvii-O/07). Cuarta Sesión Plenaria, Celebrada El 5 De Junio De 2007.