

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado



La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú.

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO
CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL:

María Soledad Fernández Revoredo

Asesor: Félix Morales Luna

Jurado integrado por: **Abraham García Chávarri**
Betzabé Marciani Burgos
Félix Morales Luna

Lima, julio de 2014

INDICE

Introducción

CAPÍTULO I**MARCO CONCEPTUAL SOBRE SEXO, GÉNERO Y DISCRIMINACIÓN**

1. Debates en torno al sexo, género y sexualidad.....	1
2. Concepciones teóricas sobre la sexualidad.....	11
2.1. Escencialismo sexual.....	12
2.2. Constructivismo sexual.....	13
3. La heterosexualidad como institución.....	17
3.1. Jeraquización sexual.....	18
3.2. La heteronormatividad.....	20
3.3. La noción de familia desde una concepción heteronormativa.....	20

CAPÍTULO II**LA PREPONDERANCIA DEL ARGUMENTO DE LA IGUALDAD PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES FAMILIARES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

1. Consideraciones y problemas en torno a la igualdad.....	24
2. La igualdad en relación con la orientación sexual.....	27
2.1. ¿Es relevante el criterio de la orientación sexual para la regulación del matrimonio y la unión de hecho?.....	28
2.2. La relación entre moral y Derecho en la fundamentación de la irrelevancia del criterio de orientación sexual para el igual tratamiento en relación al matrimonio y las uniones de hecho.....	34
2.3. El aporte del argumento de la igualdad en la discusión sobre el matrimonio igualitario.....	38
3. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	48

CAPÍTULO III

**LA COMPATIBILIDAD DEL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA CONVIVENCIA ENTRE
PERSONAS DEL MISMO SEXO CON LA CONSTITUCIÓN PERUANA**

1. El constitucionalismo contemporáneo y su Constitución.....	55
1.1. Del Estado Liberal de Derecho al Estado Constitucional.....	55
1.2. La Constitución del constitucionalismo contemporáneo.....	61
1.2.1. ¿Es el Estado Peruano un Estado Constitucional?.....	63
1.3. ¿Cómo se trabaja con el Derecho en el Estado Constitucional?.....	67
2. Sobre la compatibilidad del matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo con el ordenamiento constitucional peruano.....	74
2.1. ¿Se puede inferir un modelo de familia de la Constitución de 1993?.....	74
2.2. ¿Cómo se concretiza el mandato de protección a la familia?.....	79
2.3. La orientación sexual en el ordenamiento constitucional peruano.....	80
2.4. ¿Es la heterosexualidad un elemento intrínseco al diseño constitucional del matrimonio igualitario y de las uniones de hecho?.....	86
2.4.1. El matrimonio.....	86
2.4.2. La unión de hecho.....	91
2.5. Una cultura jurídica regional hacia el respeto y reconocimiento a las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo.....	95
Conclusiones.....	109
Bibliografía.....	113

INTRODUCCIÓN

Investigaciones como las llevadas a cabo, entre otros, por Michel Foucault muestran que lo que se afirma como sentido común sobre la sexualidad humana no es sino un discurso que ha ido cambiando por la influencia de diversos factores a lo largo de la historia. Esta idea constructivista sobre la sexualidad es la que despertó en mí un particular interés por realizar el presente trabajo pues empezar a ver al Derecho como una disciplina reguladora del ejercicio de la sexualidad y legitimadora de un modelo hegemónico como lo es la heterosexualidad, conduce a pensar y a tratar de buscar salidas para ir cambiando un orden sexual que genera tanto sufrimiento humano.

Uno de los ámbitos a través de los cuales el Derecho refuerza este orden es el de la familia. En el imaginario social esta evoca reproducción y heterosexualidad. Aunque el modelo nuclear integrado por padre, madre e hijos procreados por estos, surgió en un momento determinado de nuestra historia y por tanto se trata de una construcción social, dicho modelo simboliza lo natural e ideal. El matrimonio, las relaciones afectivas y el rol de cuidado a los hijos está también pensado en términos heterosexuales.

Hoy sin embargo esa realidad empieza a ser interpelada y cuestionada desde diferentes ámbitos, asistimos a una fuerte tensión entre las demandas de los grupos que exigen el reconocimiento de la diversidad sexual y del otro lado las fuerzas conservadoras que buscan reforzar el anclaje de la noción de familia, matrimonio y otras instituciones familiares en el modelo heterosexual. En medio de todo ello el matrimonio igualitario empieza abrirse paso en diferentes partes del mundo, no siendo Latinoamérica una excepción.

En el presente trabajo busco abordar la cuestión familiar en relación con la sexualidad a partir de la Constitución peruana de 1993 y examinar la adecuación de la legislación nacional sobre la materia al orden constitucional. Sostengo que el matrimonio igualitario, entendido como aquel que se puede celebrar independientemente del sexo de las personas, así como la convivencia entre personas del mismo sexo es compatible con la Carta de 1993 y que más bien la creación de regímenes jurídicos ad hoc para quienes no tienen una orientación heterosexual constituye una medida segregacionista contraria a al principio de igualdad y no discriminación.

Sin duda, la afirmación anterior genera debate, el cual es trabajado en una parte de esta investigación. Considero necesario enfatizar que esta controversia no puede ser reducida a ser vista como la confrontación de quienes aceptarían y querrían un orden familiar distinto y los que no, sino más bien en el plano de la discusión jurídica debe ser asumida como el resultado de diferentes maneras de trabajar con el Derecho y aquí va mi segundo punto de partida: Las disposiciones constitucionales que se refieren a la familia deben ser leídas a la luz de los principios que irradian del texto constitucional de tal modo que los significados que se puedan extraer de tales disposiciones tienen que guardar una coherencia con esos principios. La fundamentación de esa coherencia obliga a realizar un trabajo de argumentación para encontrar las mejores y más correctas razones que justifiquen el resultado. Esta aproximación al tema anuncia que este trabajo está enmarcado por el nuevo constitucionalismo como concepción del Derecho que exige verlo no como una realidad dada por la autoridad sino como una práctica social con pretensión de corrección, lo que exige mucho pragmatismo pues a lo que se debe apuntar es a mejorar el Derecho y la realidad (Atienza 2013:29-30).

El presente trabajo tiene tres partes. En la primera desarrollo las concepciones sobre el género, el sexo y la sexualidad en la medida que permiten evidenciar el proceso por el cual han transitado los discursos sobre esta última y además porque esas categorías permiten identificar la preponderancia de lo social y cultural que tiene el modelo heterosexual y la manera cómo este trasciende el campo estricto de la conducta humana para abarcar a las instituciones. En el segundo capítulo planteo que la igualdad es el mejor argumento para rebatir a las posiciones contrarias al matrimonio entre personas del mismo sexo, para tal efecto presento un marco conceptual sobre ese principio y justifico en el nivel teórico por qué la orientación sexual constituye un criterio irrelevante en la regulación del matrimonio y las uniones afectivas. Finalmente en el tercer capítulo entro de lleno al contexto peruano y es en este en el que presento los pasos argumentativos que fundamentan mi tesis a favor de la constitucionalidad del matrimonio y la convivencia igualitarios. Sin embargo, no podría haber llegado a ese punto sin explicitar las nociones básicas sobre el nuevo constitucionalismo, sobre el concepto de Constitución que asumo y sobre la forma de trabajar en el Derecho bajo el nuevo paradigma.

CAPÍTULO I

MARCO CONCEPTUAL SOBRE SEXO, GÉNERO y SEXUALIDAD

La cuestión de la igualdad y no discriminación nos deriva siempre a algún criterio de distinción en el trato a las personas en relación con uno o más derechos así como a la identificación de grupos que viven una situación de desventaja y exclusión por lo que merecen una especial protección.

En el presente trabajo nos proponemos dar una mirada constitucional a la problemática derivada de la ausencia de legalización del matrimonio y convivencia homosexuales. Para tal efecto, antes de entrar propiamente al discurso jurídico, en este primer capítulo abordaremos la cuestión relativa a la sexualidad en general y la orientación sexual en particular. En este sentido, desarrollaremos los siguientes tres aspectos: En primer lugar presentaremos una síntesis de lo que ha sido el debate en relación a las categorías llamadas sexo, género y sexualidad, poniendo énfasis en las interrelaciones entre ellas y en cómo su significado y comprensión ha ido variando en la discusión académica con repercusiones para el Derecho. En segundo lugar, describiremos lo que son las corrientes o concepciones teóricas en torno a la sexualidad - esencialismo y constructivismo – para luego deducir las consecuencias que se pueden inferir de cada una de ellas y comprender mejor las posturas que se encuentran polemizando ante la posibilidad de legalizar las uniones homo afectivas. Finalmente, abordaremos la heterosexualidad como institución e ideología a partir de la cual se construye la idea de un “otro” devaluado y, en relación a ello, presentaremos el concepto de heteronormatividad y la noción de familia que se pretende legitimar a través del Derecho, desde una mirada jerárquica de la sexualidad.

1. DEBATES EN TORNO AL SEXO, GÉNERO Y SEXUALIDAD

El término *género* aplicado al campo de lo sexual fue utilizado en la década de los cincuenta por el médico John Money en el marco de sus investigaciones sobre hermafroditismo en el Hospital John Hopkins. Money empleó el término “género” para clasificar aspectos psicológicos y culturales de las personas y definirlos como masculinos o femeninos. De esta manera fue uno de los primeros científicos en diferenciar entre sexo (como componente biológico) y género. Así sostuvo:

“Durante los primeros meses, existe una absoluta falta de diferenciación psicosexual. Así como en el embrión la diferenciación morfológica de tipo sexual pasa de una fase plástica a otra de rígida inmutabilidad, la diferenciación psicosexual se hace también rígida e inmutable, hasta tal punto que **la humanidad se ha imaginado tradicionalmente que un sentimiento tan fuerte e inquebrantable como el de la identidad sexual personal no podía provenir más que de algún factor innato e instintivo, impermeable a la influencia del aprendizaje y de las experiencias subsiguientes. El error de esta suposición tan inveterada radica en que menosprecia la firmeza y durabilidad de lo adquirido** [énfasis añadido]. Los experimentos llevados a cabo en etología animal sobre el fenómeno de la impronta han corregido hoy en día semejante punto de vista” (Money, citado por Millet:79).

Años después, en la década de los sesenta, el psiquiatra y psicoanalista norteamericano Robert Stoller, luego de las investigaciones realizadas también sobre casos de hermafroditismo, reafirmó la diferenciación entre género y sexo, aludiendo a que este último tiene una base biológica que permite clasificar a las personas en varones o mujeres, mientras que el género tiene una dimensión psicológica y cultural. La relación entre sexo y género fue definida en los siguientes términos:

“[...] dejando a un lado unas pocas excepciones, existen dos sexos: varón y hembra. Para determinar el sexo se deben probar los siguientes elementos físicos: cromosomas, genitales externos, genitales internos, gónadas, estados hormonales y caracteres sexuales secundarios[...]; así, pues, el sexo de una persona viene determinado por una suma algebraica de todas estas cualidades y, obviamente, la mayoría de las personas se encuentran encuadradas en una de las dos curvas de distribución normal que se forman, a una de las cuales se denomina *varón* y a la otra *hembra*.

Género es un término que tiene connotaciones psicológicas y culturales más que biológicas; así los términos adecuados para el sexo varón y hembra, los correspondientes al género son *masculino* y *femenino*, y estos últimos pueden ser bastante independientes del sexo (biológico). El género es la cantidad de masculinidad o femineidad que se da en una persona y, obviamente, aunque existen de ambos en muchos seres humanos, en el hombre normal predomina

la masculinidad y en la mujer normal la femineidad” (Stoller, citado por Oakley: 186).

Como parte de sus investigaciones Stoller comparó el desarrollo de dos varones norteamericanos que nacieron sin pene pero genéticamente “normales”. Uno de ellos fue tratado por Stoller a la edad de cuatro años; éste había sido considerado, tratado y educado por todo su entorno como socialmente se les trata a los varones lo que dio como resultado que el niño se comportara de una manera muy masculina. El caso del otro varón en términos genéticos, que no tenía pene y que fue tratado siendo ya adolescente, tenía una serie de trastornos y vivía atormentado por sus padres, quienes lo trataban de tal modo que le transmitían la idea que no era normal porque no tenía pene, generándole una serie de inseguridades y ansiedades. Estos y otros casos similares revelaron el papel central que juegan las expectativas de los padres en el desarrollo de la identidad de género en el niño, así como que un niño puede conseguir una sólida identidad masculina incluso careciendo de pene (Ibid:188).

Fue en el marco del XXIII Congreso Internacional de Psicoanálisis (1963) que Stoller acuña el término de *identidad de género*, aludiendo a la importancia que tenía en los primeros años de vida las expectativas de conducta asumidas y adjudicadas por parte del entorno familiar respecto del niño o la niña y señaló que el núcleo de la identidad de género aludía a la vivencia íntima de ser varón o mujer, que se construye durante el primer año de vida en correspondencia con la mirada ya sea consciente o inconsciente de los padres hacia sus hijos e hijas (Gamboa:177).

Se puede advertir de lo anterior que los orígenes del *género* como concepto asociado al campo del sexo, buscó dar respuesta al determinismo biológico que consideraba que los estereotipos sexuales tenían sus raíces en la naturaleza, llegándose inclusive a considerar que esas bases biológicas subyacían a la condición desfavorable de las mujeres. Es así que para la teoría feminista el concepto *género* se convirtió en fundamental para plantear hipótesis sobre la situación de desventaja de las mujeres, de tal modo que se denunció que serán las construcciones sociales y culturales y el patriarcado los que ubican a la mujer en tal situación. Así, se señala que:

“Desde el feminismo, el género fue adoptado como una *categoría analítica* esencial para estudiar cualquiera de las ciencias humanas, categoría que

enriquecía los análisis clásicos de las ideologías implícitas en los textos, a partir de la *clase* y la *etnia*. Al introducirse la variable “género” como pertinente, se develaban en los discursos ciertas relaciones de poder, una suerte de subtexto genérico implícito que no podía asirse de otro modo. Así, por ejemplo, se descubriría cómo las mismas nociones de las que parten ciertas disciplinas como “sujeto”, “trabajador”, o “ciudadano” o “lo público y lo privado” o “la virtud”, etc, eran ya en sí mismas nociones *generizadas* en *masculino* porque en *femenino* apuntaban a otras realidades diferentes[...] Y es que a través del *género* se atribuyen y distribuyen unas características y unas expectativas a cada *sexo*, de modo que queda determinado lo que puede considerarse (la esencia de) “lo masculino” y “lo femenino”. Así se dan ciertos contextos (la ciencia, la política, la epistemología ...) donde “lo femenino” (definido desde lo emocional, lo privado y lo axiológico) no tiene cabida – a pesar de su pretensión de universalidad -. En estos contextos, el género opera como un *subtexto* donde puede leerse entre líneas la exclusión de las mujeres” (Molina: 255-256).

El género como *categoría analítica* permitió identificar nuevos temas de interés así como nuevas aproximaciones en los trabajos de investigación, generando un nuevo marco teórico para estas. Asimismo, permitió la puesta en cuestión y deconstrucción de planteamientos que hasta ese momento habían asumido la existencia de un orden natural (Ibid:260).

En el marco de estos planteamientos feministas, a fines de los años sesenta, Kate Millet influenciada por las investigaciones de Stoller reafirmó la noción de que el género es adquirido y, por tanto, independiente de la anatomía y fisiología de los órganos genitales (Oliva: 20). Así sostuvo:

“No solo se carece de pruebas suficientes sobre el origen físico de las distinciones sociales que establece actualmente el patriarcado (posición, papel y temperamento), sino que resulta casi imposible valorar las desigualdades existentes por hallarse saturadas de factores culturales. Sean cuales fueren las diferencias sexuales *reales*, no las conoceremos hasta que ambos sexos sean tratados con paridad, lo cual constituye un objetivo un tanto lejano. Un interesante estudio realizado hace poco no sólo descarta casi por completo la posibilidad de atribuir las diferencias temperamentales a variables innatas, sino

que pone incluso en duda la validez y constancia de la identidad psicosexual, aportando pruebas positivas del carácter *cultural* del género, definido como la estructura de la personalidad conforme a la categoría sexual.” (Millet: 76-77).

Millet puso el énfasis en la cuestión del poder y el patriarcado, señalando que tanto en las relaciones intersubjetivas como en el plano de lo social hay una “política sexual”, esto es, que el sexo es una categoría social impregnada de política (Oliva: 67). Este énfasis en la teoría feminista de vincular la categoría género con el poder y el patriarcado es resaltado por Oliva, coincidiendo con la tesis de Mary Hawkesworth, en que:

“[...] la primera virtualidad que tuvo el concepto de género fue la de deconstruir la *actitud natural*, actitud que podría resumirse en estos supuestos: solo hay dos géneros; el sexo corporal genital es el signo esencial del género; la dicotomía macho-hembra es natural; todos los individuos deben ser clasificados como masculino o femenino y cualquier desviación ha de considerarse como patológica” (Ibid:20).

Así pues la identificación del género como categoría de análisis estuvo acompañada del planteamiento que el sexo o el cuerpo era una entidad fija, marcada por lo natural y lo biológico, lo que no permitió en ese entonces un análisis que descubriera las dimensiones históricas e ideológicas del sexo (Molina:261). Ello, sin embargo, ocurriría más adelante.

Otro hito en los debates teóricos sobre el género está representado por los planteamientos de la antropóloga Gayle Rubín quien en el año 1975 publicó *The Traffic in Woman: Notes on the “Political Economic” of Sex*, con el que aporta una comprensión del género como sistema de organización social que permite explicar la subordinación de las mujeres. Ella acuña el término *sistema de sexo- género*, señalando que:

“Las necesidades de sexualidad y procreación deben ser satisfechas tanto como la necesidad de comer, y una de las deducciones más significativas que se puede hacer de los datos de la antropología es que esas necesidades casi nunca se satisfacen en una forma “natural”, lo mismo que la necesidad de alimento. El hambre es el hambre, pero lo que es alimento es determinado

culturalmente. Toda sociedad tiene alguna forma de actividad económica organizada. El sexo es el sexo, pero lo que califica como sexo también es determinado y obtenido culturalmente. **Toda sociedad tiene también un sistema de sexo-género – un conjunto de disposiciones por el cual la materia prima biológica del sexo y la procreación humana son conformadas por la intervención humana y social y satisfechas en una forma convencional, por extrañas que sean algunas de las convenciones [énfasis añadido]**” (Rubin 1998:23-24).

Rubin en este ensayo transita críticamente por el marxismo, el psicoanálisis y la teoría del parentesco de Lévi Strauss, señalando respecto de esta última que pone en evidencia que la esencia de los sistemas de parentesco está en el “intercambio de mujeres entre hombres” (Ibid: 29) y que dichos sistemas constituyen una imposición de la organización cultural sobre los hechos de la procreación biológica, varían de una cultura a otra y contienen toda clase de normas que regulan con quién una persona puede o no casarse (Ibid:28-29). En esta línea, la sociedad no está integrada por un sujeto humano abstracto y sin género sino, por el contrario, este sujeto es siempre o un varón o una mujer a quien le corresponderá los destinos sociales divergentes preestablecidos para cada uno (Ibid:29).

Así pues, aun cuando el parentesco es una relación eminentemente social, es presentada como parte de lo dado por la naturaleza y se usa un lenguaje biológico para fundamentar sus principales relaciones. Como lo sostiene Pichardo Galán, la naturalización no permite ver en aquello la discriminación que conllevan las construcciones a la que recurre el parentesco (por ejemplo, que la sexualidad es un impulso natural que empuja a la heterosexualidad o que los roles de género son naturales), más aún cuando desde el siglo XIX el naturalismo científico sustituyó a la teología pero en una línea de continuidad (Galán:47-50). Así pues la naturalización de las relaciones de parentesco, lleva como corolario:

“[...] la limitación de la sexualidad a la reproducción y procreación en el marco de unas relaciones dualistas entre hombre y mujer, el reforzamiento de la idea de complementariedad de los sexos y de la heteronormatividad, la división sexual del trabajo y la subordinación de la mujer.” (Ibid:50).

Inspirada en el trabajo de Lévi Strauss, Gayle Rubín va delineando su teoría de la opresión sexual sosteniendo que:

“[...] Los sistemas de parentesco se basan en el matrimonio; por lo tanto transforman a machos y hembras en “hombres” y “mujeres”, dos mitades incompletas que solo pueden sentirse completos o completas cuando se unen. Desde luego, los hombres y las mujeres son diferentes. Pero no son tan diferentes como el día y la noche, la tierra y el cielo, el ying y el yang, la vida y la muerte. [...] La idea de que los hombres y las mujeres son más diferentes entre sí que de cualquier otra cosa tiene que provenir de algo que no es la naturaleza. Además, si bien hay una diferencia promedio entre machos y hembras en una variedad de rasgos, la gama de variación de esos rasgos muestra una coincidencia apreciable. [...] Pero la idea de que los hombres y las mujeres son dos categorías mutuamente excluyentes debe surgir de algo distinto a una inexistente oposición “natural”. Lejos de ser una expresión de diferencias naturales, la identidad de género con exclusión es la supresión de semejanzas naturales. Requiere represión: en los hombres, de la versión local de rasgos “femeninos”; en las mujeres, de la versión local de rasgos “masculinos”. La división de los sexos tiene el efecto de reprimir algunas de las características de personalidad de prácticamente todos, hombres y mujeres. El mismo sistema social que oprime a las mujeres en sus relaciones de intercambio, oprime a todos por su insistencia en una división rígida de la personalidad” (1988:38-39).

Del trabajo de Rubin se colige que las personas adquieren el género con el fin de asegurar el matrimonio y en tal sentido, la homosexualidad sería un proceso instituido pues:

“[...] Si los imperativos biológicos y hormonales fueran tan abrumadores como lo cree la mitología popular, no sería necesario asegurar las uniones heterosexuales por medio de la interdependencia económica. Además, el tabú del incesto presupone un tabú anterior, menos articulado, contra la homosexualidad. Una prohibición contra *algunas* uniones heterosexuales presupone un tabú contra las uniones *no* heterosexuales. El género no solo es una identificación con un sexo, implica además dirigir el deseo sexual hacia el otro sexo. La división sexual del trabajo está implícita en los dos aspectos del género: los crea macho y hembra y los crea heterosexuales. La supresión del componente homosexual de la sexualidad humana, y su corolario, la opresión de los homosexuales, es por consiguiente un producto del mismo sistema cuyas reglas y relaciones oprimen a las mujeres.” (Ibid: 39).

En los años 80 empieza a darse una importante crítica a la teorización sobre el género hecha hasta entonces y a cómo había venido siendo esta categoría usada por el feminismo. Se trata por un lado de cuestionar el esencialismo que conllevaba su utilización puesto que miraba a la mujer a partir de una caracterización que no se articulaba con otros criterios de exclusión sexual como por ejemplo la raza y la orientación sexual.

A ello se suma que la cuestión de la sexualidad es particularmente puesta en relieve desde la crítica post moderna, constituyendo la obra de Michel Foucault un hito fundamental hacia una nueva comprensión de aquella – con un impacto en la teorización del género –, particularmente la desarrollada en la etapa “genealógica”¹ que va desde 1969 hasta principios de los años 80 y a la cual pertenecen, entre otros, dos de sus textos centrales como lo son *Vigilar y Castigar* y *La Historia de la Sexualidad (La voluntad de saber)*. En estos textos, Foucault presenta una visión del poder como un factor que nos involucra a todos de diferente manera, no existiendo individuo que pueda quedar fuera de él. Su particular enfoque sobre el poder le permitió desarrollar la idea de considerar a la modernidad como una *sociedad disciplinaria*, que se constituye mediante tecnologías de control y constitución de identidades (Savater:376-377).

Es con el impacto y trascendencia de la obra de Foucault, que se inicia una etapa en la conceptualización del género que se caracteriza por la crítica a la consideración que el sexo viene determinado biológicamente, afirmándose más bien que tanto sexo y género son constructos sociales. Así, entonces, el propio cuerpo humano está sometido a fuerzas sociales que lo configuran y modifican de diferentes maneras (Guiddens:158). Estamos aquí bajo las tesis constructivistas en las que se sostiene que hay una retroalimentación entre las ideas y percepciones sociales sobre

¹ Savater sostiene que Foucault “tomó de Nietzsche la idea de la genealogía, de que debemos buscar ese desenvolvimiento que nos indique de dónde venimos. Para él la historia es importante, pero también lo es la ontología histórica. Es decir, la historia de lo que somos, de aquello en lo que nos hemos transformado, en lo que nos vamos transformando. [...] La ontología histórica de nosotros mismos, que es lo que pretende hacer Foucault, muestra en nuestra vinculación con el campo de la verdad cómo nos constituimos en sujetos de conocimiento en cada una de las épocas, a través de qué temas, de qué ciencias, de qué marcos de programas de conocimiento” (Savater:374-375). Por su parte, Eribon aludiendo también a la influencia de Nietzsche en la obra de Foucault, en lo que respecta al método de trabajo genealógico, señala que “[...] Su andadura histórica consiste en remontarse hasta el origen de las instituciones, de los modos de pensamiento, de todo lo que predetermina nuestros gestos y nuestras vidas, para socavar la evidencia ahistórica que los recubre, someterlos a la transformación y abrir así el porvenir a otras posibilidades. [...] La obra de Foucault es, de alguna manera, una genealogía de la moral destinada a contradecirla, debiendo entender aquí *moral* como todo lo que nos constituye, las normas que nos dan forma y nos *someten* (Eribon:80).

las diferencias sexuales y la configuración de los cuerpos. Estos son creados o alterados en relación con el discurso hegemónico sobre las diferencias sexuales. En esta línea se ubica Gayle Rubin luego de la revisión de *The Traffic in Women*, pues ella advierte que:

“La sexualidad es tan producto humano como lo son las dietas, los medios de transporte, los sistemas de etiqueta, las formas de trabajo, las diversiones, los procesos de producción y las formas de opresión. Una vez que se comprenda el sexo en términos de análisis social e histórico será posible una política sexual más realista. Podrá, entonces, pensarse sobre ella en términos de fenómenos, tales como las poblaciones, las barriadas, las pautas de asentamiento territorial, las migraciones, los conflictos urbanos, la epidemiología y la tecnología policial. Son estas categorías de pensamiento más fructíferas que las tradicionales de pecado, enfermedad, neurosis, patología, decadencia, polución o del declive y caída de los imperios” (Rubin 1989:133).

Rubin, sostiene la necesidad de analizar de manera separada la sexualidad y el género, dado que tienen dinámicas propias, existencias sociales distintas y en ningún modo intercambiables.

Un año después de la publicación de *Thinking in sex*, la revista *American Historical Review* presentó el trabajo de la historiadora Joan Scott², *Gender: A Useful Category of Historical Analysis* (Scott :37-35), en el cual plantea el carácter sistémico e histórico-contextual del género que permite comprender los sistemas sociales. Inspirada también en la noción de poder planteada por Foucault, sostiene:

“Finalmente, necesitamos sustituir la noción de que el poder social es una unidad coherente y centralizada por algo parecido al poder en Michel Foucault, que se identifica con constelaciones dispersas de relaciones desiguales, constituidas discursivamente en *campos de fuerzas sociales*. En esos procesos y estructuras hay lugar para un concepto de agencia humana como la tentativa

² En un número especial del *American Historical Review* de diciembre de 2008, dedicado a reactualizar el debate sobre el artículo de Scott, ella sostiene: *El “lenguaje de género” no se puede codificar en los diccionarios, ni su significado puede ser fácilmente asumido o traducido. No se reduce a ninguna cantidad conocida de lo masculino o femenino, de hombre o de mujer. Es precisamente ese significado particular el que necesitamos separar en los materiales históricos que examinamos.*

de construir una identidad, una vida, un entramado de relaciones, una sociedad con ciertos límites y con un lenguaje – un lenguaje conceptual que a la vez establece fronteras y contiene la posibilidad de negación, resistencia, reinterpretación y el juego de la invención y de la imaginación metafórica– (Ibid:60-61).

Scott plantea una definición propia del género que refleja su carácter sistémico e histórico:

“Mi definición de género tiene dos partes y varias sub partes. Están interrelacionadas, pero deben ser distintas analíticamente. El núcleo de la definición está en una conexión integral de dos proposiciones: el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos; y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder. Los cambios en la organización de las relaciones sociales corresponden siempre a cambios en las representaciones de poder, pero la dirección del cambio no va necesariamente en un sentido único. Como elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en diferencias percibidas entre los sexos, el género comprende cuatro elementos interrelacionados: primero, símbolos culturalmente disponibles que evocan representaciones múltiples y a menudo contradictorias[...] Segundo, los conceptos normativos que manifiestan las interpretaciones de los significados de los símbolos, en un intento de limitar y contener sus posibilidades metafóricas. [...] La intención de la nueva investigación histórica es romper la noción de fijeza, descubrir la naturaleza del debate o la represión que conduce a la aparición de una permanencia atemporal en la representación binaria del género. Este tipo de análisis debe incluir nociones políticas y referencias a instituciones y organizaciones sociales, tercer aspecto de las relaciones de género[...] El cuarto aspecto es la identidad subjetiva” (Ibid:61-63).

A partir de esta definición Scott plantea las implicancias sistémicas y políticas que tienen la utilización del enfoque de género puesto que es con este con el que se puede develar los patrones de poder.

Finalmente, en la crítica post moderna e influenciada también por Foucault, Judith Butler plantea que género y sexo son performativos:

“Los actos performativos son formas del habla que autorizan: la mayor parte de las expresiones performativas, por ejemplo, son enunciados que, al ser pronunciados, también realizan cierta acción y ejercen un poder vinculante[...]" (Butler 2005:316).

Para Butler género y sexo son construidos por lo que la distinción entre ambos no existe:

“Si la superficie del cuerpo se representa como lo natural, precisamente es esa superficie la que puede constituirse en el espacio de una disonante y desnaturalizada realización que pone de relieve el estatus performativo de lo que parece natural.” (Oliva:45).

Puede concluirse del recuento presentado sobre los principales hitos en la elaboración teórica sobre el género, que estamos ante un cuerpo teórico en permanente debate y elaboración pero que a su vez aporta las herramientas necesarias para la comprensión y el análisis de la regulación de la sexualidad desde el ámbito jurídico que es el que nos interesa para el presente estudio.

2. CONCEPCIONES TEÓRICAS SOBRE LA SEXUALIDAD

En el debate jurídico sobre las políticas relacionadas con la orientación sexual se pueden identificar dos posiciones contrapuestas en relación con la sexualidad humana. Desde una perspectiva teórica se puede apreciar que esas dos posiciones se insertan en el llamado debate naturaleza - cultura, que en buena cuenta es uno en el que se discute sobre lo innato o adquirido del comportamiento humano, incluida la sexualidad. Así pues:

“[...] los problemas que en ese debate están en juego son los que afligen más gravemente a nuestra cultura y, en cierto sentido, a cada uno de sus miembros individualmente. ¿La condición sexuada del ser humano es un producto de la biología o es más bien una construcción social? [...] ¿La orientación sexual es realmente objeto de elección? [...] ¿cómo valorar las conductas sexuales o las conductas homofóbicas?” (Nubiola:2).

Así pues, las discusiones en torno a la orientación sexual de las personas se inscriben en este debate sobre lo innato y/o lo adquirido del comportamiento humano y que en relación con la sexualidad humana se conocen como las posiciones escencialistas y constructivistas.

2.1. Escencialismo sexual

Este se sustenta en un enfoque que sostiene la existencia de una dimensión inmutable y natural en la estructura psíquica del ser humano que es susceptible de descubrir y aislar. A su vez, este esencialismo está inscrito en la posición universalista que se ha expresado en las teorías evolucionistas según las cuales la naturaleza humana es la misma solo que pasa por diferentes estadios evolutivos (Fuller:45). Sobre esta concepción escencialista Rubin nos explica que es una que asume:

“[...] la idea de que el sexo es una fuerza natural que existe con anterioridad a la vida social y que da forma a las instituciones. El esencialismo sexual está profundamente arraigado en el saber popular de sociedades occidentales, que consideran al sexo como algo eternamente inmutable, asocial y transhistórico. Dominado durante más de un siglo por la medicina, la psiquiatría y la psicología, el estudio académico del sexo ha reproducido el esencialismo. Todas estas disciplinas clasifican al sexo como una propiedad de los individuos, algo que reside en sus hormonas o en sus psiques. El sexo puede, indudablemente, analizarse en términos psicológicos o fisiológicos, pero dentro de estas categorías etnocentristas, la sexualidad no tiene historia ni determinantes sociales significativos.” (1989:132).

Así pues, lo que sucedería con el ser humano, según esta teoría, es que de acuerdo básicamente a los genitales se es varón o se es mujer, pero además dicha condición biológica explicaría las características de conducta que dan contenido a lo que se entiende como lo femenino y lo masculino. Lo que queda fuera de esta categorización es asumido como antinatural, y en consecuencia, patologizado por la medicina, la psicología y otras disciplinas. Rust llama la atención sobre el propio término ‘esencia’ cuyo significado alude a algo real en sentido absoluto; algo que se podría constatar cuando se eliminan los prejuicios culturales, en este sentido afirma que:

“[...] cuando hablamos de *descubrir* nuestras sexualidades, estamos pensando en términos esencialistas porque asumimos que hay algo que existe dentro nuestro desde antes que pudiéramos conocerlo” (Rust:2).

Un papel central y determinante en la concepción esencialista lo tiene la reproducción biológica. Dado que la posibilidad de un nuevo ser exige la unión de al

menos un óvulo con un espermatozoide, el coito heterosexual se concibe como lo natural e indispensable para la perpetuación de la especie. A ello se suma la identificación de una serie de conductas sexuales que se consideran determinadas por la biología, diferentes para varones y mujeres, y que se apoyan en investigaciones de la conducta sexual en los animales. Bajo estas premisas, la genitalidad es determinante para asumir la conducta sexual, así:

“[...] la sexualidad se centra en el contacto entre genitales, es decir, en el coito genital, que es a su vez identificado con la reproducción. A partir de ahí, se construye una idea de complementariedad ‘natural’ entre los genitales de los dos sexos que se extiende a los cuerpos de los dos sexos y que posteriormente se amplía a nivel simbólico y social con la construcción cultural del sistema de género” (Galán:41).

La ilustración desplegó un discurso esencialista en torno al sexo y la conducta de las personas. La idea de complementariedad en la reproducción biológica a la que hemos aludido anteriormente, se extiende a la noción de complementariedad entre varón y mujer en todos los otros niveles de la vida humana y la organización social, es decir, ya no solo en la reproducción. De tal modo que el orden natural coloca a las mujeres y varones en ámbitos distintos (opuestos, binarios, diádicos) y la heterosexualidad es presentada como lo natural y normal. Iluminado por el esencialismo Ruse sostiene que:

“[...] las personas con orientación homosexual, conducente en mayor o menor medida a actividades homosexuales, son obra de la naturaleza. Intentar describirlas no es una tarea absurda, e intentar explicar y comprender su naturaleza no es una empresa condenada de antemano al fracaso conceptual.”(1989:33)

El esencialismo sexual es rebatido por posturas como las de Michel Foucault, de quien podría decirse es el padre del constructivismo sexual.

2.2. Constructivismo sexual

Este enfoque es una respuesta al esencialismo sexual pues sostiene:

“[...] que es imposible aislar una naturaleza humana pura en tanto esta es, por definición, producto de las circunstancias histórico-culturales de cada grupo

humano. Según esta posición, el hecho de que el ser humano nazca sin instintos fijos y deba aprender a actuar, sentir y pensar a través del proceso de endoculturación, hace que el producto no sea la expresión de una naturaleza humana universal sino de la manera en que esa cultura particular los moldeó como humanos” (Fuller:45).

La obra de Michel Foucault puede ser considerada la matriz de las tesis constructivistas sobre la sexualidad. Foucault sostiene una tesis contraria a la que considera que las sociedades industriales han inaugurado una era de represión del sexo, por el contrario afirma que:

“[...] es preciso abandonar la hipótesis de que las sociedades industriales modernas inauguraron acerca del sexo una época de represión acrecentada. No solo se asiste a una exploración visible de sexualidades heréticas. También – y este es el punto importante – un dispositivo muy diferente de la ley, incluso si se apoya localmente en procedimientos de prohibición, asegura por medio de una red de mecanismos encadenados la proliferación de placeres específicos y la multiplicación de sexualidades dispares.” (2006:63-64).

Contradiendo las tesis freudianas que explican las acciones y los sentimientos a partir de nuestra verdadera naturaleza cuyos orígenes se deben buscar en la pulsión sexual,

“Foucault se propone salir del esquema que hace de la sexualidad una invariante y supone que si ella asume formas de manifestación históricamente singulares es por efecto de los diferentes mecanismos represivos a los cuales está expuesta en toda sociedad, por lo cual debería vérsela como un producto histórico peculiar de Occidente.” (Fuller:50-51).

En la *Historia de la Sexualidad* Foucault se remonta a los inicios de la tradición cristiana para identificar en esta etapa la asociación entre sexo y pecado. El mecanismo más importante para esta noción de sexualidad fueron las prácticas de autoexamen y confesión que dieron contenido a un saber sobre el sexo:

“ [...]la confesión es un ritual de discurso en el que el sujeto que habla coincide con el sujeto del enunciado; también es un ritual que se despliega en una relación de poder, pues no se confiesa sin la presencia al menos virtual de

otro, que no es simplemente el interlocutor sino la instancia que requiere la confesión, la impone, la aprecia e interviene para juzgar, castigar, perdonar, consolar, reconciliar; un ritual donde la verdad se autentifica gracias al obstáculo y las resistencias que ha tenido que vencer para formularse; un ritual, finalmente, donde la sola enunciación, independientemente de sus consecuencias externas, produce en el que la articula modificaciones intrínsecas: lo torna inocente, lo redime, lo purifica, lo descarga de sus faltas, lo libera, le promete la salvación” (Foucault: 78).

La siguiente etapa que resalta Foucault es la que corresponde al siglo XVIII caracterizado por un crecimiento del aparato estatal y con ello el desarrollo de diversas teorías sobre planificación económica. Se da en este marco una nueva racionalidad que valora el crecimiento de la población de cara a la obtención de mayor riqueza y que da origen a otro saber sobre el sexo:

“Nace hacia el siglo XVIII una incitación política, económica y técnica a hablar de sexo. Y no tanto en forma de una teoría general de la sexualidad, sino en forma de análisis, contabilidad, clasificación y especificación, en forma de investigaciones cuantitativas o causales [...] Se debe hablar de sexo, se debe hablar públicamente y de modo que no se atenga a la división de lo lícito y lo ilícito, incluso si el interlocutor manifiesta para sí la distinción [...]; se debe hablar como de algo que no se tiene, simplemente, que condenar o tolerar, sino que dirigir, que insertar en sistemas de utilidad, regular para el mayor bien de todos, hacer funcionar un óptimo. El sexo no es cosa que solo se juzgue, es cosa que se administra. Participa del poder público; solicita procedimientos de gestión; debe ser tomado a cargo por discursos analíticos” (Ibid:33-34).

Lo que anteriormente se describe es en buena cuenta el nacimiento de la ciencia demográfica que adoptó como objeto de estudio las conductas reproductivas de los súbditos del estado. Así pues confluyen nuevamente sexualidad y poder a través de la regulación de las poblaciones de cara a objetivos utilitarios (Fuller:52).

“Los gobiernos advierten que no se trata de la sexualidad humana como un problema individual simplemente, sino referida a la población y sus necesidades específicas, sus variables propias: natalidad, morbilidad, duración de la vida, fecundidad, estado de salud, frecuencia de enfermedades, formas

de alimentación y de vivienda, etc. En el corazón de este problema económico y político, los estados deben desarrollar estrategias de control social para la sexualidad [...] De modo que de lo que se trata no es de un puro y simple llamado al silencio respecto de la sexualidad humana sino más bien en un nuevo régimen de discursos: son otras las instituciones que los enuncian, desde otros puntos de vista y para obtener efectos diferentes”(Ibid).

Finalmente en el siglo XIX la medicina y la psiquiatría generan un nuevo discurso sobre la sexualidad. La medicina general del cuerpo quedó separada de la medicina del sexo, se aisló así el “instinto” sexual susceptible de presentar anomalías constitutivas, desviaciones, patologías, etc. Foucault señala que la *Psychopathia sexualis* de Heinrich Kann en 1846, es un indicador que desde ese entonces se produce un aislamiento del sexo respecto del cuerpo y la aparición de una medicina que él califica de “ortopedia”, es decir, el dominio médico – psicológico de las “perversiones” que terminaron por desplazar a las categorías morales (2006: 143). Aunado a esto, se hizo la vinculación entre herencia y sexo, asignándosele a éste una responsabilidad biológica en relación con la especie.

“[...] el sexo no sólo podía verse afectado por sus propias enfermedades, sino también, en el caso de no controlarse, transmitir enfermedades o bien creárselas a las generaciones futuras: así aparecía en el principio de todo un capital patológico de la especie. De ahí el proyecto médico y también político de organizar una administración estatal de los matrimonios, nacimientos y sobrevivencias; el sexo y su fecundidad requieren una gerencia. La medicina de las perversiones y los programas de eugenesia fueron en la tecnología del sexo las dos grandes innovaciones de la segunda mitad del siglo XIX.

[...]

El conjunto perversión-herencia-degeneración constituyó el sólido núcleo de nuevas tecnologías del sexo. Y no hay que imaginar que se trataba sólo de una teoría médica científicamente insuficiente y abusivamente moralizadora. Su superficie de dispersión fue amplia, y profunda su implantación. Psiquiatría, jurisprudencia también, y medicina legal, instancias de control social, vigilancia de niños peligrosos o en peligro, funcionaron mucho tiempo con arreglo a la teoría de la degeneración, al sistema herencia – perversión. Toda una práctica social, cuya forma exasperada y a la vez coherente fue el racismo de Estado, dio a la tecnología del sexo un poder terrible y efectos remotos” (Ibid:143-144).

La obra de Foucault en torno a la noción de sexualidad abrió el camino hacia nuevas teorías e hipótesis como las planteadas por Rubin o Butler y en términos generales ha sido la base teórica que ha permitido desarrollar tesis constructivistas que se basan en la idea que categorías vinculadas a lo que entendemos por sexualidad son socialmente construidas y que constituyen un referente para la producción de identidades. Estas categorías creadas como “gay”, “lesbiana”, “heterosexual”, etc., hacen que los seres humanos ubiquen sus deseos y sentimientos, esto es, que los interpreten usando los conceptos creados por la cultura y que a su vez les indican el tipo o clase de personas que son. Así, Rust describiendo las implicancias del constructivismo sexual señala de manera elocuente:

“Existimos, por cierto, pero existimos porque hemos llegado a pensarnos de esta manera. Una casa no es menos real por el hecho de haber sido construida; necesitamos abrigo, y construir una casa es una buena manera de proporcionarnos ese abrigo. Cuanto más tiempo vivimos en una casa y cuanto más cómodos nos sentimos en ella, más difícil nos resulta imaginar un tiempo en el que esa casa no existía”(1995:1).

3. LA HETEROSEXUALIDAD COMO INSTITUCIÓN

La heterosexualidad es un modelo de organización económico y social, así como un estilo de vida que se organiza alrededor del matrimonio entre varón y mujer con fines reproductivos y ha convertido a esta particular sexualidad en normativa, además que existen mecanismos sociales encargados de canalizar y reforzar la sexualidad de la mayor parte de la población hacia la heterosexualidad (Galán:42). Diversas autoras han señalado que la heterosexualidad se ha constituido como una de las instituciones claves del patriarcado. Así, lo han sostenido por ejemplo Adrienne Rich y Teresa de Lauretis para quienes la heterosexualidad obligatoria, entendida como institución, permite hacer un análisis más adecuado sobre el lugar que la heterosexualidad ocupa en la sociedad, en tanto que se le concibe como fundante del género, la sexualidad propiamente dicha, los modos de relación entre los sujetos y de pensamiento sobre ellos (Gamba:172).

En esta línea de crítica, Adrienne Rich escribió *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence* para alentar a las feministas heterosexuales a mirar la

heterosexualidad como una institución política que merma poder a las mujeres. Rich pone en evidencia que diferentes formas de manifestación del poder masculino imponen la heterosexualidad a aquellas(1999:175).

Por su parte Monique Wittig pone énfasis en lo que ella denomina *el pensamiento heterosexual*. Así sostiene que:

“Los discursos que nos oprimen muy en particular a las lesbianas, mujeres y a los hombres homosexuales dan por sentado que lo que funda la sociedad, cualquier sociedad, es la heterosexualidad. Estos discursos hablan de nosotras y pretenden decir la verdad en un espacio apolítico, como si todo ello pudiera escapar de lo político en este momento de la historia, y como si en aquello que nos concierne pudiera haber signos políticamente insignificantes [...]

Y por mucho que se haya admitido en estos últimos años que no hay naturaleza, que todo es cultura, sigue habiendo en el seno de esta cultura un núcleo de naturaleza que resiste al examen, una relación excluida de lo social en el análisis y que reviste un carácter de ineluctabilidad en la cultura como en la naturaleza: es la relación heterosexual. Yo la llamaría la relación obligatoria social entre el “hombre” y la “mujer”[...]. Habiendo planteado como un saber, como un principio evidente, como un dato anterior a toda ciencia, la ineluctabilidad de esta relación, el pensamiento heterosexual se entrega a una interpretación totalizadora a la vez de la historia, de la realidad social, de la cultura, del lenguaje y de todos los fenómenos subjetivos. [...]

No puedo sino subrayar aquí el carácter opresivo que reviste el pensamiento heterosexual en su tendencia a universalizar inmediatamente su producción de conceptos, a formular leyes generales que valen para todas las sociedades, todas las épocas, todos los individuos. [...]

Esta tendencia a la universalidad tiene como consecuencia que el pensamiento heterosexual es incapaz de concebir una cultura, una sociedad, en la que la heterosexualidad no ordenara no sólo todas las relaciones humanas, sino su producción de conceptos al mismo tiempo que todos los procesos que escapan a la conciencia.” (2010: 49-50).

3.1. Jerarquización sexual

En el marco de la comprensión de la heterosexualidad como una institución política es posible identificar la existencia de una ideología en las sociedades occidentales modernas que jerarquiza los actos sexuales, dotando de valor y reconocimiento a unos y estigmatizando a otros. Gayle Rubin representa esta jerarquía en una pirámide a través de la cual se organiza la conducta sexual, ubicándose en la cúspide de ésta 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 ubican los homosexuales y lesbianas promiscuos junto con los transexuales, travestis, fetichistas, sadomasoquistas y trabajadores del sexo. A este grupo se le estigmatiza y sanciona de diferentes maneras (1989: 136-137).

Las raíces de tal estigmatización se encuentran en las tradiciones religiosas occidentales pero posteriormente es el resultado del discurso médico y psiquiátrico, como ya fue explicado líneas arriba a través de la investigación genealógica hecha por Foucault. Rubin también señala que las parejas estables de lesbianas y gays se ubican en el borde de la respetabilidad, pero la idea central de este orden jerárquico es que conforme se desciende en la pirámide se va perdiendo esa respetabilidad y se va entrando al campo de la criminalidad, de las restricciones, entre otros. Ahora bien,

“Como resultado de los conflictos sexuales de la década pasada, algunas conductas cercanas a la frontera están comenzando a rebasarla lentamente. Las parejas no casadas que viven juntas, la masturbación y ciertas formas de la homosexualidad se mueven hacia la respetabilidad. La mayor parte de las conductas homosexuales permanecen todavía en el lado malo, pero si es en parejas monógamas, la sociedad está empezando a reconocer que posee toda la riqueza de la interacción humana.” (Ibid:141).

La dimensión jurídica juega un papel muy importante sosteniendo la estratificación sexual, el Estado regula la sexualidad a través de normas, decisiones y del funcionamiento de sus instituciones. Estamos pues ante un sistema de estratificación legal que se construye sobre dos pilares, el de la regulación estatal y el de la ideología producida fundamentalmente por las iglesias, la familia, los medios de comunicación pública y la medicina, ambos pilares apuntando a sostener un modelo hegemónico sobre cómo se debe vivir la sexualidad caracterizado por la heterosexualidad.

3.2. La heteronormatividad

La comprensión de la heterosexualidad como institución política que se plasma en un modo hegemónico de ejercicio de la sexualidad y que se articula con la jerarquización de las conductas y expresiones sexuales, puede concretizarse en el concepto de heteronormatividad.

“Con el concepto de heteronormatividad se señala la existencia de instituciones, estructuras sociales, modelos de comprensión y orientación práctica que hacen aparecer la heterosexualidad no solo como coherente – es decir, organizada como sexualidad -, sino también como privilegiada.”(Vilaamil:7).

Se trata pues de un conglomerado de principios morales, religiosos y legales que es el resultado de un juego de poder entre diferentes sectores sociales y actores políticos en torno a relaciones de producción, ideologías y factores culturales (Vaggione:21). Es así que opera como:

“Definición de lo real, de lo natural, de lo bueno y de lo bello que, elaborada por instituciones e intelectuales orgánicos, fijada en aparatos legislativos y represivos, y dotada de eficacia social por las instituciones – dispositivos – del saber experto, responde a los intereses de los sectores sociales que, en y, por esas luchas, se constituyen en dominantes.

[...]

Entendemos pues que la heteronormatividad vaya mucho más allá de la sexualidad, y que no sea en ningún sentido la contraparte de la heterosexualidad: como modalidad de hegemonía es un hecho sociocultural, político y económico, no única ni fundamentalmente sexual.” (Vilaamil:7-8)

3.3. La noción de familia desde una concepción heteronormativa

La heteronormatividad juega un papel central en las concepciones sobre familia y parentesco en el mundo occidental y es precisamente ese hecho lo que ha limitado las posibilidades que las personas homosexuales encuadren sus relaciones en términos de familia y matrimonio (Galán: 143). La concepción heteronormativa de familia, articulada con la de parentesco, conduce a verla como una institución natural,

anterior a cualquier construcción social y también nos remite a unos roles de género naturalizados. Así tenemos como resultado nociones como la siguiente:

“La familia tiene un origen natural. Desde épocas primitivas se encuentra la familia, como consecuencia de la tendencia del hombre de cuidar, proteger, alimentar, educar a sus hijos, formar un hogar, y de su necesidad de vivir en hogar.

La familia nace por el desarrollo de la vida humana. Es una aparición espontánea y natural. Se dice por eso, que la familia es la institución más cercana a la naturaleza, que la familia es la más antigua de las sociedades, la más importante y la base de todas las demás” (Calle:17).

Y en esa misma línea de ideas, el matrimonio tiene dos funciones, que son:

“[...] la fidelidad de los cónyuges y la procreación de los hijos. La primera constituye el fin del matrimonio mientras que la segunda su resultado” (Ibid:29).

El desmantelamiento de la noción de familia, ha permitido ver que su naturalización se trata más bien de una ideología que se volvió hegemónica. Es precisamente dicha naturalización la que ha permitido, en este caso, que quienes ven excluidas sus relaciones de la definición de familia y/o matrimonio, no lo perciban como un acto de discriminación sino que la asuman inconscientemente como algo dado e incontestable (Galán:32). No obstante, esto último ha cambiado. Es decir, el movimiento feminista y por la diversidad sexual, así como la propia realidad, que revela una variedad de arreglos familiares, ha puesto en jaque ese modelo hegemónico. Y aunque las resistencias son fuertes, los cambios se van institucionalizando, en particular a través del discurso jurídico, ya sea porque se van produciendo reformas legales o por medio de la actuación de la judicatura, que actuando bajo el nuevo paradigma constitucional, han desplazado a las legislaciones que legitimaban a la familia nuclear, heterosexual y basada en el matrimonio, creando marginalidades.

Estamos pues ante una comprensión de la familia que se encuentra en debate y transformación, pero ello como sostiene Beck-Gernsheim - en relación con la realidad europea pero a tomar en cuenta en Latinoamérica - no significa que la familia tradicional desaparezca, sino que va perdiendo el monopolio que antes tenía:

“Su importancia cuantitativa se ve reducida, apareciendo y difundiéndose nuevas formas de convivencia que no es que apunten a que la gente viva sola,

por lo menos la mayor parte, sino más bien a vinculaciones de otro tipo, por ejemplo: sin el certificado matrimonial o sin hijos; familias monoparentales, una segunda familia o parejas del mismo sexo; relaciones de fin de semana o con compañeros para un tramo de la vida; vidas compartidas con varios hogares o con la residencia en diferentes ciudades[...]”(Beck-Gernsheim:28)

A manera de conclusión podemos señalar que a las categorías como sexo, género y sexualidad no se les puede atribuir un contenido inequívoco y estático. Por el contrario, del debate que estas han suscitado sobre su significado y alcances podemos evidenciar que se tratan de aspectos que se han ido re elaborando, proceso que además ha puesto en cuestión la construcción de un orden social basado en categorías binarias que el Derecho ha legitimado y regulado en relación a instituciones como la familia y que es necesario desmontar para aspirar realmente a los valores de igualdad, equidad, dignidad y respeto a la diversidad que se buscan garantizar en un Estado Constitucional como el nuestro.



CAPÍTULO II

LA PREPONDERANCIA DEL ARGUMENTO DE LA IGUALDAD PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES FAMILIARES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

En este capítulo me propongo demostrar que la igualdad es el argumento más importante y consistente para el reconocimiento de las uniones afectivas entre personas del mismo sexo; sin embargo, este fundamento no está exento de problemas. Un problema de fondo tiene que ver con que el matrimonio y las uniones de hecho, al ser creaciones jurídicas heteronormativas, hacen que la sola ampliación de esas instituciones para incluir a parejas del mismo sexo, sea asumida por un sector importante del movimiento por la diversidad sexual como una política asimilacionista que no cuestiona el orden heteronormativo y que solo favorece, dentro de la heterogeneidad de las sexualidades, a gays y lesbianas. Esta posición, como lo explica Vaggione, está fundamentalmente asociada a perspectivas más trasgresoras como la teoría *queer*, para las cuales lo importante no es obtener más derechos para incluir a las personas LGBTQ en concepciones pre-establecidas de familias sino cambiar la matriz heterosexual que sostiene la noción de familia y sus instituciones (Vaggione: 19-20).

Aquí asumo que la extensión a gays y lesbianas del matrimonio y las uniones de hecho, así como la regulación sobre el rol de cuidado de los hijos e hijas, tiene un efecto muy importante pues cuestiona la concepción que asume a la familia y la heterosexualidad como naturales, rompiendo con el modelo tradicional de familia y constituyendo una clara respuesta a la cantidad de prejuicios que se tienen en relación con la homosexualidad. En este punto es importante destacar el carácter performativo que tiene el Derecho cuando ejerce actos como la dación de una norma o cuando un operador declara una situación; con esto quiero decir que cuando el Derecho señala que un matrimonio es la unión de dos personas, independientemente de su sexo, se da origen a una realidad que rompe la heteronormatividad y cuestiona el orden vigente.

Para el propósito de este capítulo voy en primer término a trabajar el concepto de igualdad como un principio que asumido en su real significado y, con las consecuencias que de este se derivan, se convierte en el argumento central para hacer de la legalización de las uniones entre personas del mismo sexo, un imperativo. En este sentido, desarrollaremos los alcances del concepto de igualdad y los problemas que éste plantea, para luego vincularlo al factor de diferenciación que comúnmente se denomina *orientación sexual*. En particular sobre este segundo aspecto fundamentaremos las razones por las cuales la orientación sexual no puede ser asumida como un criterio para delinear instituciones familiares como el matrimonio, concubinato, entre otras.

1. CONSIDERACIONES Y PROBLEMAS EN TORNO A LA IGUALDAD

Siguiendo a Comanducci asumimos que la igualdad es:

“[...] el concepto por el cual se describe, se instaura o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos, que poseen al menos una característica relevante común. Decir que dos entes son iguales no equivale a afirmar que son idénticos. Equivale a afirmar que, a pesar de que no son idénticos, hacemos abstracción de sus diferencias, las dejamos de lado y tomamos como relevantes las características que tienen en común” (1995: 84).

Siendo evidente que no todos somos iguales, la igualdad es claramente una ficción y, como tal, se trata de una noción normativa. Como señala Laporta, cuando apelamos a la noción de igualdad estamos invocando un ideal, un desideratum, un estado de cosas que debería ser (1994:66). En este sentido, la noción de igualdad se configura como un principio, es decir, que no se ocupa de lo que sucede en la realidad sino de lo que debe suceder, a saber, que los seres humanos deben ser tratados como iguales independientemente de cuáles sean sus rasgos comunes o distintivos (Laporta 1985:3-4). Enfocar la igualdad como un principio implica concederle el estatus de una metanorma en la medida en que le exige al conjunto de normas la generalidad en relación con su estructura, contenidos y efectos (Ibid:4)

Así pues, la relación de igualdad – desigualdad entre unos seres y otros no está definida por los hechos sino por la valoración, la “mediación” normativa de esos hechos que lleva a cabo el conjunto de las normas operativas en una sociedad, al atribuirles un significado y unas consecuencias. Estamos así frente a la *igualdad ante la ley como exigencia de equiparación* la cual supone un tratamiento igual de circunstancias no coincidentes pero que se considera que tales faltas de coincidencia o desigualdades son irrelevantes ya sea para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de la normatividad (Pérez Luño: 19).

El tema que nos ocupa en la presente investigación alude a un criterio que se suele llamar “orientación sexual” y que ha sido utilizado para categorizar a las personas tomando en cuenta, a partir de sus características genitales, con quiénes se vinculan en el plano sexual. En el imaginario social la orientación sexual paradigmática ha sido tradicionalmente la heterosexualidad, que como se ha visto en el capítulo primero (pag.19) responde a un conjunto de concepciones y necesidades de corte económico y político-religioso pero que ha quedado sedimentado y asumido comúnmente como una determinación biológica. Así pues, cuando hablamos de orientación sexual estamos ante dos concepciones en debate: esencialismo y constructivismo, según se asuma que la sexualidad viene determinada por la naturaleza o por la cultura, respectivamente.

Lo constatable es que el ejercicio de la sexualidad ha generado clasificaciones y jerarquizaciones como ya ha sido explicado (págs 19-20); clasificaciones que operan en el plano de las prácticas sociales pero también, muy fuertemente, en el plano de la regulación jurídica. Precisamente, en el caso peruano, la regulación de las relaciones de pareja se ha fundado sobre una matriz heterosexual. Así, el Código Civil vigente en el artículo 234 establece que:

“El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer la vida en común.”

Asimismo, el artículo 326 expresa que:

“La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir

deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años consecutivos”.

Estamos pues ante un ordenamiento legal que genera un significado de matrimonio y uniones de hecho cuyo elemento constitutivo es la heterosexualidad. Cabe interrogarse si la orientación sexual de una persona, ya sea que se asuma una tesis esencialista o una constructivista, constituye un factor que debería ser asumido como irrelevante en la definición de matrimonio y unión de hecho. La respuesta a dicha interrogante debe estar iluminada por la comprensión de la igualdad como un principio que está atento a la justificación de los criterios de selección o clasificación de los grupos, para darle determinada consecuencia normativa. En la línea de lo que señala Laporta, se debe tener en cuenta que el principio de igualdad impone una serie de constricciones sobre el conjunto de criterios de clasificación (condiciones de aplicación) de tal modo que, más allá de la universalidad y generalidad, lo que importa es si las condiciones de aplicación son compatibles con el principio en cuestión. Así, afirma que:

“[...] si dos individuos A y B cumplen con las propiedades p1, p2, p3, etc., entonces el tratamiento T que deben recibir ha de ser igual, cualquiera que sea ese tratamiento (adscripción de derechos civiles o políticos, atribución de recursos o rentas, etc.). La fuerza de este principio consiste básicamente en que parece reflejar una exigencia de racionalidad práctica: si a un sujeto A se le debe tratar de cierta manera, a otro sujeto idéntico a A en sus rasgos o propiedades relevantes no hay *razón* alguna para tratarlo de modo distinto. Lo que esto quiere decir es que, así concebida, la igualdad está dotada en principio de una justificación interna *a priori*, y que lo que necesita y exige una justificación ulterior es, precisamente, la desigualdad: y aquí es donde podríamos empezar a encontrar los *límites o problemas* de la igualdad (...) la igualdad se termina cuando aparece una justificación de la desigualdad *más fuerte* que la justificación *prima facie* de la igualdad” (Laporta 1994:69).

Para operar del modo en el que lo hemos señalado anteriormente, la igualdad se manifiesta o da a luz al mandato de no discriminación. Lo que nos dice este último

es que hay factores diferenciadores que deben ser tomados como irrelevantes de cara a la aplicación de consecuencias normativas. En el caso de la Constitución de 1993, por ejemplo, se prohíbe la discriminación por raza, sexo, religión, entre otros, lo que significa que no se pueden adoptar normas ni decisiones distintas para personas bajo el argumento del color de la piel, de si es varón o mujer, católico o musulmán, etc. Existe un denominador común de estos criterios como es que responden a factores históricos y sociales de discriminación. A lo anterior se suma el hecho que la cláusula antidiscriminatoria de nuestra Constitución señala al final de la lista de motivos prohibidos los de “cualquier otra índole”, esto es, hay una lista abierta de razones vedadas para diferenciar. La pregunta es cuán abierta es la lista y en qué punto se establece el límite entre la relevancia e irrelevancia de los motivos. A este aspecto se refiere Laporta como “principio abierto”, sobre el que señala que sería:

“[...] imposible enumerar o hacer un listado de los rasgos que, incluso en un momento histórico determinado, son o han de ser considerados como irrelevantes. La raza, el sexo, la religión han sido ejemplos particularmente dramáticos y disputados, pero hay muchos más que, por obvios, no han sido ni siquiera mencionados en la historia: poseer un lunar en el antebrazo, practicar equitación, ser aficionado a la filatelia, etc.”(1985:14).

2. LA IGUALDAD EN RELACIÓN CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL

Señala Bobbio que, en las relaciones de igualdad, debe quedar claramente determinados dos aspectos, a saber, “¿igualdad entre quienes?” e “¿igualdad en qué?”. De este modo, si se limita el criterio de especificación al par todo-parte, caben cuatro posibles respuestas: a) igualdad entre todos en todo; b) igualdad entre todos en alguna cosa; c) igualdad entre algunos en todo; d) igualdad entre algunos en alguna cosa (1993:83).

Así pues, en relación con nuestro tema, lo que postulamos es la igualdad entre todas las personas en el acceso al matrimonio y a tener convivencias reconocidas como tales por el Estado, de tal modo que se debe hacer una abstracción de la manera cómo viven su sexualidad y de la categorización que se hace de ella. En sentido contrario, mantener una diferenciación basada en el criterio de la orientación

sexual de las personas como lo hace el código civil peruano constituye una violación del principio de igualdad.

En un enunciado igualitario son identificables tres partes:

Universo de los sujetos + Relación de los sujetos + Tratamiento

Cuando identificamos el universo de sujetos respecto de los cuales predicamos la igualdad, lo que en realidad estamos haciendo es un proceso mental de abstracción que implica una omisión selectiva de propiedades de los sujetos. Así entonces, si éstos se ajustan a las propiedades incluidas en la descripción entonces concluimos que esos seres satisfacen la descripción (Ibid). El problema en nuestro ámbito de investigación radica en determinar si en el campo de los derechos familiares (el matrimonio y las uniones de hecho, en particular) la condición homosexual es una propiedad que debemos considerar como relevante para otorgarle un tratamiento diferenciado.

2.1. ¿Es relevante el criterio de la orientación sexual para la regulación del matrimonio y la unión de hecho?

Para responder a esta pregunta es necesario indagar si existe una justificación moral deontológica para considerar que el criterio de orientación sexual derrota al principio de igualdad y, por lo tanto, constituye una razón para un tratamiento diferencial; para ello, es necesario partir del fundamento del principio de igualdad (Vásquez 2006: 139). En relación con esto, coincidimos con Nino (citado por Vásquez: 131)) cuando asume la tesis que sostiene que los principios morales se deducen a partir de la práctica social de la discusión moral, asumiendo la perspectiva moral de la universalidad e imparcialidad. Los principios morales resultantes de dicha práctica deben ser aceptados sin justificación ulterior, lo que no significa que no puedan ser racionalmente cuestionables; por ello, su validez será tan solo *prima facie* y no absoluta. El tipo de discusión moral aludido consiste en argumentar a favor o en contra de conductas y pretensiones de los individuos, reconociendo a su vez ciertas circunstancias básicas de todos los seres humanos.

La práctica de la discusión moral asume un conjunto de valores (Vásquez:131). En primer lugar la *autonomía* en la medida que lo que se busca es alcanzar un

consenso el cual supone la libre aceptación de principios para justificar acciones y actitudes. De este presupuesto de autonomía moral se deduce el principio de autonomía personal que prescribe que:

“[...] siendo valiosa 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 limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución” (Nino 1989:204-205).

En segundo lugar, la *dignidad* la cual cumple una función tuitiva en relación a que la autonomía de unos no se afirme sobre la falta de autonomía de otros. Como lo señala Vásquez, este principio de dignidad está implícito en la adopción del punto de vista moral exhibido por el mismo discurso moral:

“La adopción de un punto de vista moral sugiere, por una parte, que se acepte la racionalidad e imparcialidad moral y, por otra, que tal imparcialidad no suponga dejar de lado la independencia y separabilidad de las personas sino, por el contrario, que cada una sea considerada por su propia identidad. [...] Este principio supone que no pueden imponerse privaciones de bienes de una manera no justificada, ni que una persona pueda ser utilizada como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra” (Vásquez: 137-138).

Por último, el rasgo de imparcialidad que requiere el punto de vista moral, necesita de la noción normativa de *igualdad* para que cada individuo pueda en igualdad de condiciones acceder a una vida autónoma y digna.

Establecidos los valores que se asumen en la discusión moral aludida, es necesario responder a nuestra pregunta inicial sobre la relevancia o irrelevancia de la orientación sexual de cara a diferenciar o igualar en el tratamiento jurídico. Para ello, nos proponemos atender a los argumentos y contra argumentos de la posición que considera que las personas, independientemente de su orientación sexual, deben poder contraer matrimonio o que sus convivencias sean reconocidas y dotadas de los

efectos jurídicos que tradicionalmente han tenido las convivencias heterosexuales. Esta discusión debe reconocer la existencia de un piso o límite moral mínimo que está constituido por la racionalización de las necesidades básicas de los individuos que se deben mínimamente cumplir para la realización de un plan de vida (Ibid: 132).

Es preciso señalar que existen diversos enfoques teóricos para determinar qué aspectos constituyen este mencionado piso inferior, entre los que podríamos destacar, siguiendo a Vásquez el enfoque de las necesidades y el de las capacidades (Ibid). El primero afirma que existen intereses o aspiraciones humanas que reclaman su satisfacción con mayor urgencia moral y normativa; se trata de aspiraciones humanas propiamente universales, en tanto que son condición de una vida propiamente humana. Doyal y Gough, por ejemplo, sostienen la distinción entre *necesidades básicas objetivas* (salud física y la autonomía personal) e *intermedias*, que son las básicas pero variables de contexto social y político y que son necesidades referidas a la salud, a la autonomía y a la maternidad (citado por Parellada 2008: 78-79). Vásquez, por su parte, alude al concepto de necesidad básica propuesto por R. Zimmerling, según el cual:

“N es una necesidad básica para x si y solo si, bajo las circunstancias dadas en el sistema socio-cultural S en el que vive x y en vista de las características personales P de x, la no satisfacción de N le impide a x la realización de algún fin no contingente –es decir, que no requiere justificación ulterior- y, con ello, la persecución de todo plan de vida”(citado por Vásquez: 132).

Por otro lado, se tiene el enfoque de capacidades teorizado por Marta Nussbaum sobre el cual ella destaca que:

“[...] es una doctrina política acerca de los derechos básicos [...] que se limita a especificar algunas condiciones necesarias para que una sociedad sea mínimamente justa, en la forma de un conjunto de derechos fundamentales para todos los ciudadanos. No garantizar estos derechos a los ciudadanos constituye una violación especialmente grave a la justicia básica, pues se pretenden implícitos en las nociones mismas de la dignidad humana y de una vida acorde con la dignidad humana. Una forma de concebir la lista de

capacidades es como una lista de garantías constitucionales, análoga a la sección de Derechos Fundamentales de la Constitución india, o a la Carta de Derechos (más corta) de la Constitución estadounidense” (2007:163).

Las capacidades humanas básicas que propone y explica Nussbaum y que son muy iluminadoras para nuestro tema, son las siguientes:

a. Vida: En el sentido de vivir por un período normal, es decir, ni morir de forma prematura ni por un período que no valga la pena.

b. Salud física: Gozar de una buena salud inclusive la salud reproductiva. Ello además en relación con una buena alimentación y un lugar adecuado para vivir.

c. Integridad física: Poder tener libre tránsito y tener una vida libre de violencia. Tener oportunidades para la satisfacción sexual y libertad para tomar decisiones en el campo de la reproducción.

d. Sentidos, imaginación y pensamiento: Poder usar estos *de un modo auténticamente humano* que se cultiva y se configura a través de una educación adecuada; poder hacer uso de la imaginación y el pensamiento y para la experiencia humana y la producción de obras y eventos religiosos, literarios, musicales entre otros; y poder usar la mente en condiciones protegidas por las garantías de la libertad de expresión en un amplio sentido y de prácticas religiosas. Disfrutar de experiencias placenteras y evitar los dolores no beneficiosos.

e. Emociones. Mantener relaciones afectivas respecto de personas y objetos. Poder amar y sufrir por la ausencia de nuestros seres queridos. Poder expresar los sentimientos y que nuestro desarrollo emocional no quede bloqueado por el miedo y la ansiedad.

f. Razón práctica. Cada ser humano debe poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente sobre sus planes de vida., lo que implica como condición necesaria la protección de la libertad de conciencia y religiosa.

g. Afiliación. Esta supone dos grupos de capacidades. En primer lugar vivir con y para los otros seres humanos, interactuar socialmente y desarrollar empatía. En este nivel se protege a las instituciones que constituyen y promueven estas formas de afiliación, así como la protección de libertad de expresión y de asociación política. El segundo grupo alude al autorrespeto y a ser tratados como seres dignos. Ello implica introducir disposiciones contrarias a la discriminación por razón de raza, sexo, orientación sexual, etnia, casta, religión y origen natural.

h. Otras especies. Poder vivir en armonía con los animales, plantas y el mundo natural.

i. Juego. Poder reír, jugar y tener acceso a la recreación.

j. Control sobre el propio entorno. Aquí se distinguen dos niveles: Político (participación política, protección de la libertad de expresión y asociación, y material (derecho de propiedad y al trabajo en igualdad con los demás; en el espacio de trabajo poder laborar ejerciendo la razón práctica y entablar relaciones de mutuo reconocimiento con los demás trabajadores (Ibid:88-89).

Ya sea que asumamos la teoría de las necesidades o de las capacidades como límite inferior, tomar en cuenta la orientación sexual como criterio para distribuir derechos sería ponernos por debajo de dicho nivel. En ese escenario, el recorte de autonomía, la negación del reconocimiento y la no adjudicación de derechos significaría, en última instancia, la negación del atributo de humanidad de muchos individuos que ejercen su sexualidad de manera distinta a la hegemónica.

¿Qué consideraciones subyacen a la negación a las personas de orientación homosexual/lésbica de la celebración del matrimonio y el reconocimiento de convivencias por parte de un Estado? El marco conceptual sobre sexo, género y sexualidad desarrollado en el primer capítulo nos permite destacar que una primera consideración es la interpretación de la sexualidad desde una lógica binaria que se funda sobre el par varón/mujer y al que le corresponde una identidad de género masculina/femenina respectivamente (p.12). Este binarismo se encuentra interpelado, por ejemplo, por las personas transgénero e intersexuales quienes no encajan en las

correspondencias que se hacen de los mencionados pares opuestos, pero también crea un perjuicio contra homosexuales y lesbianas ya que el pensamiento dominante les exige unas identidades de género en las que muchas veces no encajan.

Una segunda consideración tiene que ver con la naturalización del sexo a partir de la cual se construye la identidad de género. Desde luego, la versión biológica del sexo margina a quienes no tienen una orientación heterosexual que sería la conducta sexual “normal”, en tanto que natural, precisamente porque sobre la base de la biología se construye ese “deber ser” para el hombre y la mujer. Butler iluminada por el trabajo de Foucault sostiene al respecto que la idea de que puede haber una “verdad” del sexo, se produce precisamente a través de las prácticas reguladoras que generan identidades coherentes a través de la matriz de normas coherentes de género (2001:50).

Como lo señala Argüello, la hegemonía de discursos legítimos encarnados específicamente en el sistema sexo-género, ha representado la exclusión e invisibilización de las personas LGBT, pero sobre todo ha constituido un marco de sentidos social y sexualmente construidos –desde la heterosexualidad-normativa- que los anulan como sujetos (2008:15). En esta misma línea, coincidimos también con Burt quien señala que cuando estamos frente a cualquier desviación del binarismo, el núcleo del problema es la estigmatización social a la que se enfrentan las personas (2009: 4).

La tercera consideración tiene que ver también con otra “naturalización”, en este caso, de la idea de familia. Esa concepción afirma que la familia es obra de la naturaleza y en ella se satisfacen necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social (Cornejo 1991:11). Esto se articula muy bien con la finalidad reproductiva y, por lo tanto, con la necesaria heterosexualidad de dicha institución. Lo cierto es que familia y matrimonio son creaciones humanas en las cuales el Derecho ha jugado un papel central. La historia nos ha mostrado cómo la familia ha ido variando de significado y composición; no se trata, por lo tanto, de una entidad dada por la naturaleza sino que se ha ido moldeando por una serie de factores sociales, económicos, políticos y religiosos.

Los tres argumentos antes expuestos se ubican en una posición de defensa de un orden heterosexual, que es culturalmente construido y que niega la condición de

humano y de sujeto moral a quienes no encajan en dicho orden. No existe, por lo tanto, una justificación de la desigualdad *más fuerte* que la justificación *prima facie* de la igualdad.

2.2. La relación entre moral y Derecho en la fundamentación de la irrelevancia del criterio de orientación sexual para el igual tratamiento en relación con el matrimonio y las uniones de hecho.

En la fundamentación planteada en el acápite anterior subyace una particular concepción de la moral en relación con el Derecho, que nos conecta con los llamados principios de moralidad crítica que apuntan a la importancia de una justificación de la imposición de criterios morales, y que se contraponen a la denominada *moral positiva* es decir la moralidad aceptada y compartida por un grupo social dado (Hart:113). Los principios de moralidad positiva entran en consonancia con el punto de vista liberal que sostiene la necesidad de limitar la vinculación entre el Derecho y la moral a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros (Vázquez:136). Así pues:

“Los ideales de excelencia humana que integran el sistema moral que cada individuo profesa, según este punto de vista, no deben ser impuestos por el Estado, sino que deben quedar liberados a la elección personal y en todo caso convertirse en materia de discusión en el contexto social”.(Ibid)

Fue precisamente en relación con las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo que en la década de los sesenta se dio un intenso debate entre Lord Patrick Devlin, miembro de la Cámara de los Lores en el Reino Unido, y el filósofo de Derecho oxoniense, Herbert Hart. Las posiciones adoptadas por éstos reflejan las diferencias entre esas dos perspectivas morales en relación con el Derecho.

El contexto en el que se dio este debate fue la conveniencia de mantener o no la penalización de las relaciones sexuales privadas entre personas del mismo sexo que existía en el Reino Unido. Dicha norma había sido cuestionada por el Comité Wolfenden, creado para evaluar la pertinencia de esa tipificación penal. Fue en 1957 que dicho Comité concluyó que era necesaria la despenalización de esas conductas

dado que no debería ser de incumbencia del Estado lo que los adultos hagan en privado siempre que medie un acto de consentimiento (Malem:85).

Al respecto, afirmó Devlin que:

“La sociedad no se mantiene por lazos físicos, sino por lazos invisibles de pensamiento común. Si esos lazos se relajaran sus miembros quedarían a la deriva”(citado por De Lopez Lima :69)

Devlin concibió que la religión y la moral no podían separarse completamente, y que si los patrones morales aceptados en Occidente eran los cristianos, alguien que vive en una sociedad cristiana, pero que no tiene esa religión, si bien no puede ser obligado a convertirse a dicho credo, sí está en el deber de adherirse a la moral cristiana en tanto que es la moral del medio en el que vive (Ibid:77).

La concepción sobre la relación entre moral y Derecho planteada por Devlin estuvo basada en la premisa de que una sociedad debe estar cohesionada a partir del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad; es ello lo que los hace integrantes de la comunidad (Malem:86). De esta manera Devlin concibe a la sociedad como una comunidad de ideas no sólo políticas sino de cómo sus miembros deben comportarse y son estas las que constituyen la moral (Ibid).

En relación con el planteamiento anterior, para Devlin la sociedad es una entidad frágil, expuesta a la actuación con autonomía de los individuos que la componen, lo que conllevaba el riesgo de una desintegración social; por ello, su propuesta apuntaba a una moral concebida como tradición y costumbre. Así, para identificar las ideas morales en una comunidad, había que identificar qué tipo de estas ideas tiene el hombre de la calle pero no como hombre racional sino como hombre de mente recta. Así pues, la inmoralidad en el Derecho debe ser considerada con lo que una persona de mente recta consideraría inmoral (Ibid: 87).

Como ya se ha mencionado, en el otro lado del debate se encontraba H.L.A. Hart, quien empleó argumentos propios de la moral crítica en relación con el Derecho, es decir, una moral construida no a partir de la práctica sino de una discusión racional de sus fundamentos.

La respuesta de Hart se puede sintetizar en los siguientes argumentos (Malem:94-95):

1. Devlin confundiría las leyes con medidas paternalistas que se justifican en la necesidad de impedir que, en ciertas circunstancias, las personas se generen un daño;
2. Otra confusión en la que habría incurrido Devlin sería entre la legitimidad de la represión de acciones indecentes con el objeto de evitar el daño a terceros, y la justificación de la represión de acciones inmorales ejecutadas en privado;
3. No hay nada que justifique conducir a una persona por un camino moral a través del miedo a la sanción por parte del Derecho;
4. La corrección de la propuesta de Devlin depende completamente del significado que le da a la sociedad y a la moral. A lo que se añade que no hay prueba alguna de que los cambios de hábitos morales en una comunidad la lleven a la desintegración.

Sin duda la postura de Devlin se mantiene vigente en los argumentos que desde sectores renuentes al cambio social se afirman para negar el matrimonio igualitario. Así, por ejemplo, a propósito del debate producido en Argentina en relación con el matrimonio igualitario, Gargarella identificó dicho argumento, resumiéndolo en la siguiente expresión: “el matrimonio igualitario va contra las tradiciones locales”. Refiriéndose a este, expresa lo siguiente:

“Este es uno de los argumentos más difundidos, pero a la vez más endebles, en contra del matrimonio igualitario. Este argumento toma como punto de partida afirmaciones del tenor de: «los argentinos somos mayoritariamente católicos» o «los argentinos no queremos este tipo de uniones» Ello, para llegar inmediatamente a conclusiones tales como que «con este tipo de iniciativas se dañan valores fundamentales, que son los que nos mantienen unidos y permiten que seamos quienes somos». La disolución de (o el ataque contra) este tipo de valores –se nos sugiere- pondría en cuestión nuestro status

como sociedad y amenazaría nuestra cohesión y nuestra identidad”
(Gargarella 2010:133).

Por su parte fue Dworkin quien, en la línea de la moral crítica y cuestionando el planteamiento de Devlin, presenta cuatro criterios en los que no se puede justificar una razón u opinión moral (1999:360-363):

a) Los prejuicios deben quedar excluidos. Sobre este aspecto precisa:

“Los prejuicios, en general son posturas de juicio que tienen en cuenta consideraciones que nuestras convenciones excluyen. En un contexto estructurado, como un proceso o un concurso, las reglas fundamentales excluyen todas las consideraciones, salvo algunas determinadas, y un prejuicio es una base de juicio que viola estas reglas. Nuestras 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” (Ibid:360).

b) La reacción emocional personal (repulsión o fobia) tampoco puede justificar un juicio moral. Dworkin precisa:

“Distinguimos las posiciones morales de las reacciones emocionales, no porque supongamos que las posiciones morales son desapasionadas o no están teñidas de emoción [...], sino porque se supone que la posición moral justifica la reacción emocional, pero no a la inversa”. (Ibid:361)

c) La posición moral basada en proposiciones de hecho que son falsas o no plausibles, no puede ser aceptada; y,

d) Si la posición moral solo se puede defender bajo el argumento de las creencias ajenas, no se encuentra justificada. Dworkin enfatiza:

“Con la posible (aunque compleja) excepción de una divinidad, no hay autoridad moral a la cual pueda apelar de manera que automáticamente mi posición se convierta en posición moral. Debo tener mis propias razones,

aunque ciertamente, es posible que tales razones me hayan sido enseñadas”(ibid).

La cuestión problemática para América Latina se produce precisamente por la gran influencia de la Iglesia católica en las políticas de Estado. La posición institucional de la iglesia ha sido la defensa de la familia como un orden natural y vital para la sociedad, lo que supone una naturalización de la familia afirmada sobre la heterosexualidad. La concepción religiosa del matrimonio ha sido extrapolada al matrimonio civil y es a partir de esa posición que la Iglesia, como actor político, defiende un orden familiar tradicional, basado en las ideas de heterosexualidad y reproducción. En Colombia, por citar un ejemplo reciente, la Conferencia Episcopal de dicho país envió una carta al Congreso en el contexto en el que se discutía la aprobación del matrimonio igualitario. En dicha misiva se afirmaba lo siguiente:

“El matrimonio, a través de todas las culturas, las épocas y las religiones ha sido una institución formada por la unión estable de seres biológicamente distintos y complementarios (...) No se trata de una unión meramente afectiva, es también una unión natural y jurídica, orientada a la procreación (...) Dado que las uniones de personas del mismo sexo poseen, incluso biológicamente, características que las diferencian netamente de la unión que se establece entre hombre y una mujer sería injusto otorgarles el ‘privilegio’ de un reconocimiento (...) una cosa es regular jurídicamente las uniones entre personas del mismo sexo en el ámbito de los derechos civiles y patrimoniales y otra, muy distinta, es querer brindar a estas uniones un reconocimiento jurídico que, implícitamente, subvierte el orden establecido por la naturaleza humana (...) La familia y el matrimonio no obedecen a una ordenación política, jurídica o cultural meramente coyunturales. En realidad, anteceden a la religión, al Estado y a sus leyes, ‘imponiéndose’ a ellos, tal cual son, en virtud de su intrínseca fuerza y belleza...”³.

2.3. El aporte del argumento de la igualdad en la discusión sobre el matrimonio igualitario.

³Fuente: Noticias Caracol. En <http://www.noticiascaracol.com/nacion/articulo-291775-con-fuerte-carta-iglesia-catolica-pide-a-congreso-no-aprobar-matrimonio-gay>

En el debate sobre el matrimonio igualitario se han planteado como argumentos los principios de dignidad, autonomía e igualdad. Si bien los tres constituyen razones muy poderosas, coincidimos con quienes han sostenido que el argumento más idóneo para el tipo de problema que está en juego con homosexuales y lesbianas es el de la igualdad. A efectos de fundamentar esta posición consideramos importante desarrollar tres aspectos: a) el significado y las consecuencias de la negativa estatal de reconocer las uniones entre personas del mismo sexo, en otras palabras, lo que está en juego; b) el valor del principio de dignidad humana como cimiento de los demás derechos fundamentales de la persona; y, c) la comparación entre el argumento de la igualdad y la autonomía. A continuación desarrollaremos cada uno de estos aspectos.

a) *El significado y las consecuencias de la negativa estatal de reconocer las uniones entre parejas del mismo sexo.*

La heteronormatividad, tal como ha sido ya explicada en el capítulo 1, se presenta como un problema de estatus de quienes no encajan en la heterosexualidad, la que ha sido asumida culturalmente como la sexualidad paradigmática, en la idea de que se trata de lo normal y natural. La escala de sexualidades presentada por Rubín, muestra de manera clara esta situación (1989: 136-137). Fraser, por su parte, lo expresa de la siguiente manera:

“Esos patrones heteronormativos de valor, institucionalizados de forma generalizada, estructuran grandes franjas de interacción social. Expresamente codificados en muchas áreas del derecho (incluyendo el derecho de familia y el derecho penal), informan las interpretaciones jurídicas de la familia, la intimidad, la privacidad y la igualdad. También están muy arraigados en muchas áreas de la política de los gobiernos (incluyendo las políticas de inmigración, naturalización y asilo) y en las prácticas profesionales estándar (incluyendo la medicina y la psicoterapia). Los patrones heteronormativos de valor también invaden la cultura popular y la interacción cotidiana. El efecto es considerar a gays y lesbianas como representantes de una sexualidad despreciable, sometida a formas sexualmente específicas de subordinación de estatus. Esta última

supone vergüenza y agresiones, exclusión de los derechos y privilegios del matrimonio y la maternidad o paternidad, limitaciones de los derechos de expresión y asociación, representaciones estereotipadas degradantes de los medios de comunicación, hostilidad y menosprecio en la vida cotidiana y negación de los derechos plenos y protecciones equiparables de los ciudadanos [...] la institucionalización de normas heterosexistas produce una categoría despreciables...”(2008:91).

Se trata, pues, en el caso de homosexuales y lesbianas, de la atribución social de un estatus inferior al de personas heterosexuales y que se traduce en una negación de la condición de persona como sujetos de derechos. Esta realidad se asemeja a situaciones históricas de negación de la condición de ciudadanas a las mujeres, o la condición en la que vivían las personas de raza negra durante los tiempos de segregación racial, por citar algunos ejemplos. Así pues, homosexuales y lesbianas son medidos por su sexualidad y son considerados seres que padecen de una condición de anormalidad y patología para algunos y de inmoralidad para otros, por lo que son vistos como diferentes y se les atribuye una condición disminuida frente a los demás sujetos plenos de derechos.

Diversos estudios de opinión realizados a nivel nacional ratifican la existencia de una percepción social desfavorable hacia homosexuales y lesbianas. Así, por ejemplo, en la encuesta de Opinión Nacional de diciembre del 2009, el Instituto de Opinión Pública de la PUCP, ante la pregunta: *En la siguiente lista hay varios tipos de gente, ¿podría señalar a quién no le gustaría tener por vecino?*, obtuvo como hallazgo que el 25.6% de los encuestados señalaron que no les gustaría tener por vecinos a homosexuales. En este mismo estudio, ante la pregunta: *Si descubre que su mejor amigo es homosexual o lesbiana, ¿cuál de las siguientes reacciones tendría usted?*, la respuestas que manifiestan un nivel de rechazo hacia esa orientación sexual llegan a superar el 50%, pues el 11% manifestó que rompería la amistad, el 25,6% que trataría que hacerlo reflexionar para que cambie su conducta y el 14,3% que le costaría algo pero seguiría siendo su amigo. Por último, ante la pregunta: *Pensando en cómo funcionan las cosas en el Perú, ¿diría usted que en la práctica un homosexual o una lesbiana logran hacer valer sus derechos?* El 27,4 % consideró que casi nunca, el 19,9% que nunca y el 29,9% que algunas veces.

En otro estudio de percepción general sobre la población LGBT en las regiones de Lima, Callao, Ica, La Libertad, Lambayeque, Loreto, Ucayali y San Martín el 40,6% de los encuestados señaló estar de acuerdo y algo de acuerdo con que “se deberían prohibir las expresiones en público de los homosexuales”, el 50,9% con que todos los bares y lugares homosexuales deberían ser cerrados y el 74,8% con que los homosexuales deberían ser marginados de la profesión de enseñanza básica⁴

En cuanto a la cuestión familiar, específicamente, existe un alto nivel de rechazo a que homosexuales y lesbianas asuman un rol de cuidado. Esta cuestión está muy vinculada a nuestro tema pues en el debate sobre el matrimonio igualitario quienes se oponen a su aprobación argumentan que sería un peligro puesto que estas personas no deberían estar a cargo de la crianza de los hijos. Este rechazo se relaciona también con el manifestado en la estadística anteriormente citada, en el sentido de que no se les debería permitir ejercer la profesión de enseñanza básica. Así pues, en la Encuesta de Opinión sobre Familia y Roles de Género en el año 2012 el Instituto de Opinión Pública de la PUCP, se preguntó: “¿Qué tan de acuerdo o desacuerdo está usted con esta frase?: una pareja de lesbianas puede criar a un hijo tan bien como una pareja de hombre y mujer”, ante lo cual 23,3% dijo estar muy desacuerdo y el 50,9% en desacuerdo. Similar pregunta se formuló para el caso de las parejas de hombres homosexuales, elevándose las cifras a 27,5% y 53%, respectivamente. En esa misma encuesta la posibilidad de adoptar fue rechazada tanto para parejas de hombres en un 65,1% como de mujeres en un 60,8%. Finalmente ante la pregunta sobre si se está de acuerdo con el matrimonio entre personas del mismo sexo, se obtuvo como respuesta que el 18,5% está muy en desacuerdo y el 47,4% en desacuerdo.

Por otra parte, no se puede dejar de mencionar que en el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) se reveló que durante el conflicto armado se produjeron ataques contra la población LGBT en el marco de las prácticas de los grupos subversivos denominadas de “profilaxis social” y que se traducían en la matanza de homosexuales a los que se les cercenaba el pene antes de darles muerte, violaciones sexuales y expulsión de las comunidades. Se trató de crímenes perpetrados por la condición de homosexualidad. Esto está emparentado con los

⁴ Informe anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2012. PROMSEX.

denominados *crímenes de odio* que revelan un particular ensañamiento relacionado con la condición de no heterosexual, habiéndose conocido a través de los medios de comunicación diversos casos en contra de homosexuales y lesbianas.

Esta percepción social sobre homosexuales y lesbianas se articula con las respuestas de quienes desde el Estado están a cargo de formular políticas públicas así como de formular normas, pero que defienden el orden tradicional y muestran una alta resistencia a los cambios.

Esta realidad nos lleva plantear que la condición homosexual/lésbica es de subordinación. Estamos ante una percepción social sobre estas personas como seres de un estatus inferior y que generan el rechazo de importantes sectores de la población, que se materializa no sólo en segregación y exclusión sino también en actos sumamente violentos contra esta población. La negativa estatal a reconocer estas uniones, ya sea como matrimonio y uniones de hecho, es otra manifestación del mismo problema y dicha omisión tiene el poder simbólico de considerar a la diversidad sexual no simplemente como tal sino como una anomalía e inmoralidad. Por ello coincidimos con Burt cuando sostiene que:

“La exigencia de reconocimiento a los matrimonios entre parejas del mismo sexo está orientado a fortalecer en lugar de abandonar el tejido social; no a preservar el compromiso con la pareja de uno sino a encontrar el reconocimiento público y la celebración de este compromiso, algo fundamentalmente distinto a definir dicho compromiso como “un asunto privado” carente de significado público (...) Insistir en el reconocimiento público expresa, al menos de manera implícita, la disposición a justificar la decisión de uno frente a los demás: un esfuerzo en obtener respeto moral por la decisión de uno, incluso si los otros emplean un esquema ético distinto en sus propias vidas” (2009: 17).

Se afirma, a su vez, que el problema de estatus de homosexuales y lesbianas requiere de derechos de reconocimiento, los que tienen los siguientes puntos de partida: a) que existen en la sociedad grupos estigmatizados; b) que los estigmas son productos institucionales e históricos y no cósmicos; c) que los estigmas pueden no tener fundamentos científicos, racionales o funcionales para la sociedad; d) que las personas pertenecientes a grupos estigmatizados sufren la usurpación o la negativa

de un bien material pero básico, el respeto y la autoestima; e) que el mantenimiento social de los estigmas es, por lo tanto, una injusticia que provoca un dolor innecesario, sufrimiento, violencia y falta de respeto; f) que los miembros de una sociedad, para continuar perteneciendo a ella, tienen derecho a que les sean retirados los estigmas humillantes (De Lima:74-75)

Así pues, nos vamos acercando al argumento igualitario como el más importante y relevante, y que se condice con el tipo de problema que sufren las personas LGBT que no es otro que el déficit de reconocimiento de derechos lo que implica una negación de su humanidad (Bonilla: 191).

b) El valor del principio de dignidad humana como cimiento de los demás derechos fundamentales de la persona.

La igualdad cobra indiscutible sentido para el tipo de problema que acabamos de describir, cuando lo entendemos además como una expresión de el principio de dignidad humana. Si como hemos argumentado, lo que está en juego en la negativa a reconocer a las uniones del mismo sexo es el estatus de ser humano de quien no tiene una orientación heterosexual, precisamente lo que se requiere es una entidad que destaque que el ser humano es un fin y no un medio.

Sobre el concepto de dignidad Atienza resalta en particular su dimensión normativa, esto es, que la dignidad no solo explica sino que también justifica, cumpliendo esta última función respecto de los derechos humanos (2010:196). Ahora bien, continua Atienza señalando que desde esa perspectiva puede distinguirse dos dimensiones de la dignidad: a) como fundamento último de los derechos (señala el límite de la moral y ordena no tratarnos a nosotros mismos ni a los demás exclusivamente como medios); y, b) como materializada en derechos fundamentales concretos (Ibid:199). Así pues, la igualdad en su sentido más fuerte o profundo, como respuesta al estatus inferior o infrahumano que se les otorga a homosexuales y lesbianas, constituye una expresión de la dimensión normativa de la dignidad.

En este sentido también parece comprenderlo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha expresado que:

“ [...] la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano, y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio, o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad”⁵.

c) *La comparación entre el argumento de la igualdad y la autonomía*

Lo que se predica desde la autonomía individual es el derecho de cada individuo a elegir su plan de vida sin más límite que el de no dañar a terceros. De lo que se trata, en ese sentido, es de la construcción de una esfera personal que el Estado no puede penetrar, más bien lo que tiene es un deber de abstención y, en todo caso, de generar las condiciones para el pleno goce de ese derecho. Este mismo argumento, asumido como privacidad, ha sido utilizado en el contexto anglosajón especialmente en relación con los derechos en las esferas de la sexualidad y la reproducción como en el caso *Roe v Wade* sobre interrupción voluntaria del embarazo, y *Griswold v. Connecticut* sobre el derecho de las parejas casadas a usar anticonceptivos.

En esta misma línea, el argumento ha sido empleado por la Corte Constitucional de Colombia, en relación con la situación de las parejas del mismo sexo, a propósito de la especificación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Al respecto, señaló la Corte que lo que se consagra con este derecho es:

“[...] una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros o el orden jurídico. Para la Corte este derecho se vulnera cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o

⁵ Opinión Consultiva no. OC-4/84 del 19 de enero del año 1984, solicitada por el gobierno de Costa Rica.

valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”⁶.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que:

“[...] las relaciones amorosas y sexuales [...] se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad [...] se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y la realización de la vida privada de una persona [...] propia de su autonomía y dignidad”⁷.

Como se puede advertir de lo anterior, la autonomía está asentada en la división entre la esfera pública y privada que el liberalismo construye para marcar el límite de la actuación del Estado. Alude al individuo no en interacción con otros sino más bien apunta a dejarlo solo en sus elecciones personales sobre su vida, sin interferir en esas decisiones (Burt: 17). He aquí pues la primera debilidad del argumento de la autonomía en relación con el de la igualdad pues ésta por su contenido relacional (“igualdad en relación con”) se refiere más a las relaciones sociales, a la dinámica en sociedad, que es finalmente lo que está en juego en la lucha por el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Es cierto que esta lucha ha tenido metas intermedias que, aproximadamente en la última década, básicamente se han materializado en el reconocimiento de las uniones civiles o en reconocimiento de algunos efectos patrimoniales a las uniones entre personas del mismo sexo, pero este tipo de creaciones jurídicas no tienen la fuerza simbólica que sí tiene el matrimonio igualitario que termina reconfigurando la institución matrimonial sin importar la sexualidad y dota de humanidad a quienes en el imaginario social no la tienen.

El mensaje implícito en esta estrategia intermedia es: *homosexuales y lesbianas reconocemos su existencia, no podemos negar la realidad así que es necesario legislar sobre su particularidad reconociéndoles algunos efectos jurídicos a sus relaciones afectivas*. Nótese que es así como normativamente se construye un estatus inferior, degradado; se trata de un estigma que no permite una ciudadanía plena en derechos. La autonomía no llega a atacar este problema porque lo que

⁶ Sentencia C-075/2007

⁷ Expediente 03901-2007-PA/TC y Expediente 01575-2007-PHC/TC

importa a esta es que el individuo en su esfera privada elija sin interferencias (Bonilla: 194).

La otra debilidad del argumento de la autonomía está relacionada con lo que el feminismo ha venido denunciando desde hace mucho tiempo como un problema de fondo del liberalismo, que se traduce en la conocida afirmación “lo personal es político”, con la cual se alude a que la familia y las relaciones que se dan en ella constituyen espacios donde se configuran las estructuras de poder patriarcal y por lo tanto tienen una dimensión política enorme. Moller Okin plantea la crítica en los siguientes términos:

“El liberalismo se ha construido en torno a distinciones entre el ámbito público, que incluye la política, y el privado, el que comprende la vida personal y doméstica. El mundo del trabajo asalariado y el mercado a veces es incluido en la esfera pública (y contrapuesto con el doméstico), pero en otras ocasiones se lo ubica en la privada (y se lo contrapone con la estatal o gubernamental). El propósito principal de estas distinciones, desde sus orígenes en el siglo XVII, ha sido promover la seguridad y la libertad individuales y limitar el brazo de los gobiernos. Sin embargo, como en la actualidad han demostrado ampliamente las investigadoras feministas, en el pensamiento liberal tradicional la distinción entre los ámbitos público y doméstico descansa sobre el supuesto de que los hombres habitan en ambos, moviéndose fácilmente de uno al otro, pero que las mujeres sólo residen en el ámbito de la vida familiar, en el que están convenientemente subordinadas a sus esposos. Así, a las mujeres se les negó durante mucho tiempo la mayor parte de los derechos políticos y legales cruciales defendidos por los liberales. Los “individuos autónomos” acerca de los cuales escribieron los teóricos liberales antes del siglo XX –con la notable excepción de John Stuart Mill- eran hombres cabezas de familias”(1993: 43).

Estas críticas son extensibles a la problemática de las personas LGBT, pues si bien para unas metas intermedias en la agenda de reivindicación de sus derechos la autonomía ha sido crucial, tiene su límite como perspectiva individual y de privacidad, ya que la familia tal como se nos ha presentado corresponde a ese reducto personal e íntimo que el Estado no puede penetrar. Sin embargo, es precisamente a partir de

problemáticas sociales como la violencia doméstica y el déficit de derechos que padecen las personas LGBT que la familia más bien muestra su rostro de institución política desde la cual se refuerza un orden patriarcal y heteronormativo. Como lo hemos señalado al inicio de este capítulo, lo que ha ocurrido en los países en los que se ha aprobado el matrimonio igualitario, ha sido una demostración de que la familia no pertenece a un orden natural ni divino sino que se trata de una institución que muta y a partir de la cual se puede gestar la ciudadanía de individuos como las personas homosexuales y lesbianas que hasta ese momento no gozaban de importantes derechos. Esto último más bien se corresponde con el argumento igualitario.

La importancia de la igualdad frente a la privacidad para el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido expresada por Burt para el contexto anglosajón de la siguiente manera:

“Entender el reclamo por matrimonios del mismo sexo como una aplicación del derecho a la privacidad implica que el Estado no tiene derecho a expresar un juicio moral sobre cualquier elección conyugal, porque la elección en sí misma es objeto de protección. Entender el reclamo como una aplicación del principio de igualdad implica que el Estado está autorizado a formular juicios morales acerca de los cónyuges, pero no *este* juicio moral que menoscaba a las parejas del mismo sexo, en comparación [con] las relaciones heterosexuales.

Al centrar la atención en las características especiales de *este* juicio moral que condena los matrimonios del mismo sexo, la aplicación de la igualdad como estándar normativo establece una revisión mucho más amplia y más rica acerca de la indignidad infligida a personas del mismo sexo que la aplicación de la privacidad, que restringe intencionalmente la atención sobre la elección en cuanto tal, sin tener en cuenta el contenido sustantivo de tal elección. Entender la denegación del matrimonio a parejas del mismo sexo como una violación a la igualdad revela similitudes con la indignidad infligida por la institución de la esclavitud, el ejemplo paradigmático en nuestra cultura de la imposición injusta de desigualdades. Al delinear este paralelo, podemos ver cómo el recurso de la igualdad da lugar a un examen social y psicológico más profundo sobre el impacto de la prohibición de matrimonios entre

personas del mismo sexo; y aún más, podemos ver cómo la igualdad se basa en una concepción de la democracia más profunda y normativamente adecuada que la privacidad”(Burt: 10-11).

Así pues, consideramos que la igualdad derivada del principio de dignidad humana, constituye un mejor argumento para lograr el reconocimiento de derechos familiares de las personas LGBT porque les reconoce el mismo estatus que un orden heteronormativo les niega.

3. LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que la igualdad y el mandato de no discriminación son principios de la organización de la vida constitucional de la sociedad y en ese sentido ha perfilado su contenido (Rubio, Eguiguren y Bernal: p 144). Así ha sostenido que:

“ La noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona.

Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológico, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

En ese sentido, la igualdad es un principio – derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad,

cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

Por consiguiente, presume la afirmación *a priori* y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, en razón de la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar”⁸

Sobre estos dos planos en el que de acuerdo a la doctrina del Tribunal opera la igualdad – principio rector y derecho fundamental – señalan Rubio y otros que:

“[...] Rompe con la regla de que las personas podían ser consideradas distintas y agrupadas en aristocracia o pueblo, regla que existió a lo largo del Antiguo Régimen, al que la revolución liberal de los siglos XVIII y XIX puso fin en Occidente. Así, la igualdad se convierte en un principio que cualquiera puede exigir en cualquier recodo de la organización Estado, porque cada persona y cada funcionario debe cumplirla no solo en sus quehaceres oficiales, sino en su trato cotidiano con los demás. [...]

En tanto derecho subjetivo de la persona, la igualdad le permite reclamar un trato igual al del resto, no discriminatorio y que le otorgue igualdad de posibilidades de realización en las diversas facetas de la vida en sociedad” (Ibid: 145-146)

Respecto a esta última dimensión el Tribunal ha señalado posteriormente que:

“5. De esa forma este Colegiado ha establecido que la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: «[...] toda persona tiene derecho [...] a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato

⁸ Expediente 0261-2003-AA-TC. Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 26 de marzo de 2003.

igual a los demás, sino a ser tratada del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación.

6. En el ámbito constitucional el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (Hernández Martínez, María. «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 81, Año XXVII, Nueva Serie, setiembre-diciembre, 1994. pp. 700-701).»

Y en lo que atañe a la dimensión de principio rector de todo el ordenamiento,
en la misma sentencia que se acaba de citar se precisa lo siguiente:

“7. Sin embargo la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera 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 (Álvarez Conde, Enrique. *Curso de derecho constitucional. Vol I*. Madrid, Tecnos, 4ª edición, 2003. pp. 324-325). La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual, por ello no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

8. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio debe precisarse que 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, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

9. Ahora bien, a efectos de determinar si en el caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo se está frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al *test* de razonabilidad.

- a. De la existencia de un fin constitucional en la diferenciación [...]
- b. De la adecuación del medio utilizado para alcanzar el fin perseguido [...]
- c. De la necesidad del medio empleado [...]”⁹

A lo anterior hay que agregar también lo que el mismo Tribunal ha sostenido en una sentencia anterior en el sentido que:

“[...] enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal [...] En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales.”¹⁰

En lo que se refiere al desarrollo que sobre la igualdad y no discriminación en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de lo establecido en los

⁹ Expediente 02974-2010-AA. Sentencia de 24 de octubre de 2011

¹⁰ Expediente 0001/0003-2003-AI/TC. Sentencia de 11 de noviembre de 2003.

convenios internacionales que sobre esta materia ha suscrito el estado peruano tenemos las siguientes disposiciones:

- “Que los derechos humanos pertenecen íntegramente a todas y cada una de las personas por igual [...]
- . Que entre estos derechos humanos está la igualdad ante la ley.
- . Que cada Estado debe proveer en sus sistema jurídico los medios eficaces que permitan a las personas protegerse del agravio a las disposiciones inmediatamente anteriores, que se produzcan en su contra” (Rubio y otros: 144).

Es importante resaltar en este ámbito que la Corte Interamericana ha emitido pronunciamientos en el marco de sus opiniones consultivas 4/84¹¹ y 18/3¹². En la primera de estas la Corte señaló:

“53. El artículo 1.1. de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.

En lo que respecta al artículo 24 en la misma Opinión Consultiva se señaló que:

“54. [...] reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la

¹¹ Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero del año 1984, solicitada por el gobierno de Costa Rica.

¹² Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”.

En la Opinión Consultiva 18/3 la Corte especificó que:

“84. [...] El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo admisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.”

En esta misma se define el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación como parte del *jus cogens*, por lo que son inadmisibles tratos discriminatorios por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión pública o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. A su vez, esta perspectiva de la igualdad y no discriminación impone a los estados el cumplimiento de un conjunto de obligaciones de abstención y de adopción de medidas positivas detalladas en los numerales 103 al 109 de dicha opinión.

Es importante mencionar en específico la sentencia en el caso Karen Atala Riffo c. Chile, por abordar la cuestión de la orientación sexual en relación con la igualdad en la que la Corte continúa en la línea de las opiniones consultivas antes especificadas, sentencia a la que haremos expresa alusión en el siguiente capítulo como apoyo en la argumentación.

Llegado a este punto podemos concluir que, a pesar de que la argumentación a favor del matrimonio igualitario y la legalización de las convivencias entre personas del mismo sexo puede hacerse a partir la invocación a diferentes derechos, el que mejor

responde al tipo de problemática que está en juego cuando se está ante un déficit de reconocimiento de derechos por razones de orientación o diversidad sexual, es la igualdad y no discriminación. En relación con esta, la orientación sexual entendida como un factor de sufrimiento humano en sociedades como la nuestra en la que la heterosexualidad constituye el paradigma, debe ser asumida como un criterio irrelevante para diferenciar en la adjudicación de derechos. Diferenciar en este sentido no encuentra justificación moral en un Estado Democrático.



CAPÍTULO III

**LA COMPATIBILIDAD DEL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA CONVIVENCIA
ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CON LA CONSTITUCIÓN PERUANA**

En el presente capítulo me propongo demostrar que el matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo son compatibles con la Constitución peruana. Para ello tomaré como punto de partida el modelo de Constitución que distingue al constitucionalismo contemporáneo; para tal efecto, revisaré el proceso histórico que ha determinado la configuración de ese nuevo constitucionalismo así como el modo característico de trabajar con el Derecho bajo este renovado paradigma. A partir de tales premisas desarrollaré la argumentación a favor del matrimonio igualitario y del reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo en nuestro ordenamiento constitucional.

1. EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y SU CONSTITUCIÓN**1.1. Del Estado liberal de Derecho al Estado constitucional**

El constitucionalismo contemporáneo es el punto de llegada de un proceso que ha implicado importantes transformaciones sociales y políticas que generaron grandes cambios en las concepciones de Estado y de Derecho. En este proceso es de resaltar el siglo XIX como aquél en el que se erigió el modelo de *Estado de Derecho*¹³ que se contrapuso al de los regímenes estatales de fuerza característicos del absolutismo. Aun cuando se trató de un concepto muy elástico¹⁴, toda vez que incluso Estados totalitarios apelaban a éste para definirse, hay notas características y esenciales del Estado de Derecho, bajo la ideología liberal, que se deben explicitar para comprender el tránsito hacia el constitucionalismo de estos días.

¹³ Señala Zagrebelsky que el 'Estado bajo régimen de derecho' se diferenció del 'Estado absolutista' del siglo XVII y del 'Estado bajo régimen de policía' del siglo XVIII. (Zagrebelsky. 2002:21).

¹⁴ Sobre esta elasticidad, Zagrebelsky también señala que: "El Estado de Derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que esta fuese"(Ibid:23).

El Estado liberal de Derecho del siglo XIX significó (Zagrebelsky: 21) el desplazamiento de la autoridad del Estado por el de la ley dictada por un parlamento representativo. Esta ley pasa a ser concebida como un instrumento de garantía de los derechos de los ciudadanos, de tal modo que la administración estatal queda sometida a ella. En esta línea, la administración de justicia se concibe como independiente y destinada estrictamente a la tarea de resolver las disputas aplicando la ley. Este cambio fue una importante transformación en relación con las funciones y finalidades del Estado, dirigidas ahora a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración (Ibid: 23).

Señala Zagrebelsky que el nuevo modelo que inauguró el Estado liberal de Derecho tuvo diversas consecuencias entre las que destacan las siguientes (Ibid: 23-33)

- a. Se trató de un Estado legislativo que se afirmó a través del principio de legalidad;
- b. El principio de legalidad significó la reducción del Derecho a la ley y la sumisión a ésta de todas las demás fuentes del Derecho;
- c. El Estado en cuestión se erigió en contra de los excesos en el ejercicio del poder estatal, lo que derivaba en la exigencia de generalidad de la ley, es decir, que ésta sea aplicada de manera igual a todos;
- d. La ley, además, debía ser abstracta, esto es, contener prescripciones que debían regir indefinidamente y con supuestos de hecho abstractos. El propósito de estas exigencias era garantizar la estabilidad del orden jurídico.

Ahora bien, para comprender el tránsito hacia el Estado constitucional también se debe tomar en cuenta el crecimiento que se produjo en la administración estatal, la cual empezó a gestionar de manera directa grandes intereses públicos, para lo que requería de aparatos organizativos que funcionaran con lógicas específicas y propias. Ocurrió así un desplazamiento de la función “garantizadora” del Estado hacia el protagonismo de su capacidad de gestión en relación con los grandes intereses de la población. Este cambio en las funciones del Estado produjo a su vez la necesidad de una autonomía funcional de la administración estatal con lo cual el principio de

legalidad entró en crisis (Ibid: 34). Esta crisis también arrastró a la concepción liberal puesto que, en el Estado liberal de Derecho, la ley estaba orientada a garantizar la autonomía y libertad de los ciudadanos; ahora, más bien, en el nuevo contexto, lo estará hacia fines colectivos.

En este nuevo escenario le corresponderá a la ley identificar a la autoridad estatal, habilitándola para actuar de cara al interés público. Para todo lo demás, la administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental cuyos límites resultarán imprecisos en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros; con ello, la ley pierde las características que detentaba bajo el Estado liberal de Derecho. En efecto, deja de ser general en la medida que una gran cantidad de sectores reclaman un trato ad hoc, y deja también de concebirse como abstracta, puesto que las normas especiales pierden rápidamente sentido frente al surgimiento de nuevas necesidades.

Todo lo anterior, como nos lo explica Zagrebelsky, es revelador de la existencia de un nuevo panorama que ya no se caracteriza por la existencia de una sociedad política enteramente coherente teniendo como expresión la ley, sino más bien por un pluralismo político y social que se reflejan en una diversidad de ordenamientos menores. Es esta pluralidad la que vuelve necesaria una nueva organización y orden, que está dado por la Constitución. Así pues:

“El siglo XX ha sido definido como el del “legislador motorizado” en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha mecanizado y tecnificado. Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido.

Como la unidad del ordenamiento ya no es un dato que pueda simplemente tomarse nota, sino que se ha convertido en un difícil problema, la antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y de los jueces a reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar a la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio” (Ibid:39)

Es importante situarse históricamente en los tiempos de la caída de los regímenes totalitarios y el fin de la Segunda Guerra Mundial para ubicar allí la concepción de Constitución en la que se asienta el constitucionalismo de nuestros días. Es precisamente en este momento que cobra significado la idea de supremacía de la Constitución, ya sea como garantía de los derechos y libertades o también como directiva fundamental a seguir para la realización de los valores constitucionales (Fioravanti :128). En efecto, como lo señala Fioravanti, en tales circunstancias históricas la Constitución pasa a ser concebida como norma fundamental de garantía y como norma directiva fundamental. Estas dos concepciones provienen de dos distintas tradiciones que finalmente quedaron conjugadas para dotar a las constituciones actuales de ese doble carácter.

Así pues, por un lado, tenemos a la tradición europea continental heredera de la Revolución Francesa y, del otro, a la tradición norteamericana vinculada históricamente con la Revolución Americana. Cada uno de estos movimientos dio origen a un modelo de Constitución con identidad propia pero que posteriormente terminaron vinculados para dar como resultado a un renovado paradigma que, como se verá más adelante, ha generado importantísimas transformaciones en el Derecho. En este sentido:

“De una parte, [la constitución] como norma directiva fundamental que llama a todos los poderes públicos y a los individuos a trabajar por el cumplimiento de un empresa colectiva, en teoría para la realización de una sociedad más justa; de otra, la constitución como norma fundamental de garantía, que deja a todas las fuerzas en juego y a los individuos el poder de definir sus fines libremente, limitando de manera cierta y segura la capacidad de influencia de los poderes públicos, en la línea del gobierno

limitado. Se estará más cerca del primer tipo de constitución cuando se tienda a privilegiar la necesidad de sentirse parte de una comunidad en marcha que actúa para conseguir ciertos fines, que se identifica en el reconocimiento colectivo de ciertos valores generalmente compartidos, del segundo tipo cuando se tiende a privilegiar la necesidad de limitar lo más posible la intervención de los poderes públicos sobre la sociedad” (Ibid: 97).

La concepción de la Constitución como norma directiva fundamental se deriva de la tradición francesa. En ella, la Constitución es la encarnación de un proyecto político dirigido a una transformación social y política, y tiene un gran protagonismo condicionando las decisiones colectivas de cara a la realización de tal proyecto. Del otro lado, la tradición norteamericana nos remite a una concepción diferente en tanto que la Constitución fue más bien concebida como regla de juego de la dinámica social y política, como un pacto de mínimos en un marco democrático e igualitario, para que cada individuo realice su plan de vida, y para que cada agente político adopte las decisiones colectivas pertinentes. (Prieto: 113)

A las diferenciaciones antes citadas se suman otras consecuencias que también distinguen a ambas concepciones. Nos referimos a que en la tradición francesa la idea del poder constituyente no se agota en el texto constitucional sino que su ejercicio se perpetúa en el pueblo, concebido éste como su titular pero actuando a través de sus representantes. Como lo señala Prieto, la disolución de la soberanía popular en la soberanía del Estado junto a otros factores, determinaron que en Europa a lo largo del siglo XIX y parte del XX fuera muy difícil que las Constituciones tengan una real fuerza normativa frente a los poderes constituidos, principalmente el parlamento, de tal modo que este constitucionalismo se presentó más bien como un legalismo (Ibid).

Lo anterior sin duda contrasta con la tradición norteamericana en la cual, más bien, se consolida la idea de supremacía del texto constitucional con su correspondiente garantía jurisdiccional. Esto se deriva del hecho de ser concebida como regla de juego y por tanto superior a todos los que participan de este. Será el órgano jurisdiccional el que garantizará esa supremacía por su carácter neutral y apolítico. Aquí, el poder constituyente del pueblo se traduce en una limitación al poder político que materializa jurídicamente su forma de proceder y en las barreras que en ningún caso puede traspasar. Si el constitucionalismo de origen francés se resuelve en

legalismo, este último lo hará en judicialismo (Ibid: 114). En el cuadro que a continuación presentamos quedan resumidas las características que acabamos de desarrollar.

CONSTITUCIÓN COMO NORMA DIRECTIVA FUNDAMENTAL	CONSTITUCIÓN COMO NORMA FUNDAMENTAL DE GARANTÍA
Tradición francesa	Tradición norteamericana
Proyecto político Determina el contenido de lo que debe mandarse	Pacto de mínimos Determina quién manda, cómo manda y hasta dónde puede mandar
Fuerte contenido normativo	Supremacía de la Constitución Garantía Jurisdiccional
Relevancia del Poder Legislativo	Relevancia del Poder Judicial
Legalismo	Judicialismo

La síntesis o convergencia de estas dos tradiciones que se plasma en la Constitución del constitucionalismo de hoy, es presentada por Prieto de la siguiente manera:

“[...] una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces” (Ibid: 115).

Hay quienes sostienen que el nuevo constitucionalismo, más que una convergencia de las dos tradiciones antes explicadas, es consecuencia de la prevalencia de la tradición americana, más concretamente, del modelo Hamilton que se asentó en la idea de supremacía de la Constitución y que es el signo distintivo del nuevo modelo en el que la Constitución se erige como parámetro de validez de todo el Derecho. Así pues, el neo-constitucionalismo añade a los postulados del Estado liberal democrático de la división de poderes tres valores fundamentales, a saber: 1) Derechos fundamentales garantizados, 2) Constitución normativa y 3) Jurisdicción Constitucional (Grandez: 36-37).

Para concluir este desarrollo, debemos de determinar a qué aludimos cuando hablamos del Estado constitucional, que es además el punto de llegada del proceso

que hasta aquí he intentado describir. El Estado constitucional es la organización política que reúne las siguientes características explicadas por Aguiló (2004: 51):

a. *Cuentan con una Constitución rígida o formal*, lo que implica que las disposiciones constitucionales tienen un régimen distinto y superior a las del resto del ordenamiento y, por tanto, estas constituciones tienen una diferencia de grado respecto de las otras fuentes del Derecho.

b. *Estas constituciones formales están orientadas a la limitación del poder político y a la garantía de los derechos*. Se alinean así con las estrategias del constitucionalismo político, es decir, la de instaurar diseños institucionales de cara a garantizar sus valores y fines, los cuales además tienen un carácter regulativo. Estamos pues ante constituciones constitutivas y regulativas. Constitutivas en la medida que determinan las formas básicas de la acción jurídica y política idóneas para asegurar los valores y fines reconocidos, y regulativas porque han incorporado a la Constitución valores y fines en la forma de principios reguladores de la acción política.

c. *La Constitución tiene que ser practicada*, esto es, aceptada y usada como un catálogo completo de normas fundamentales del sistema jurídico y político. Esto supone que todo el accionar jurídico y político de la comunidad se alinea a la Constitución.

1.2. La Constitución del constitucionalismo contemporáneo.

Dicho todo lo anterior, toca dejar establecido la concepción de Constitución que asumimos para llegar a la conclusión que el matrimonio igualitario y las uniones entre personas del mismo sexo son compatibles con nuestra Carta de 1993.

Asumimos una concepción normativa de la Constitución, lo que significa, además de que ésta regula la organización del poder y las fuentes del Derecho, que genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles tanto al Estado como a los particulares, es decir, la Constitución tiene una eficacia directa e inmediata, no dependiendo de una intervención del legislador (Prieto: 116). A esta dimensión normativa también se refiere Aguiló bajo la noción de “guía de conducta” en la que es clave la claridad de los mandatos así como el establecimiento de controles

sobre su cumplimiento. Esto último alude al carácter garantizado de la Constitución y que supone que sus preceptos deben hacerse valer a través de los mecanismos jurisdiccionales para la protección de los derechos.

A lo anterior se suma la concepción sustantiva de la Constitución, que se refiere a que ésta establece los principios que informan a todo el ordenamiento jurídico, que ordenan la realidad y que deben de guiar la solución de los conflictos jurídicos por parte de los jueces. Así pues, la vocación de tales principios ya no es desplegar su eficacia a través de la ley respetuosa con los mismos, sino más bien de aplicarse de manera directa e independiente de la regulación legal. Sin duda la ley sigue vinculando al juez pero solo a través de una interpretación constitucional que este debe efectuar para cada caso (Ibid: 120).

Por último, esta concepción de Constitución que asumimos constituye fuente del Derecho. Con ello se quiere señalar lo expresado por Aguiló en el sentido de que la Constitución contiene un conjunto de normas que permiten evaluar la corrección de la actuación producida por los diferentes titulares de los poderes normativos (2007: 56).

Así entendida la Constitución, corresponde determinar si el Perú es un Estado Constitucional y si somos parte del nuevo constitucionalismo. Para ello es iluminador tomar en cuenta la diferencia entre “tener una Constitución” de “vivir en Constitución”:

“Un sistema jurídico-político «tiene una Constitución» cuando cuenta con la forma constitucional como garantía de dichos ideales; y «vive en Constitución» cuando esos ideales son practicados” (Verdú citado por Aguiló 2004: 42).

A ello hay que agregar la existencia de un conjunto de factores que combinados entre sí dan lugar a la constitucionalización del orden jurídico y que según Guastini son los siguientes (citado por Aguiló 2008: 13 – 14)

- a. Contar con una Constitución rígida (difícil de modificar) que incorpora un catálogo de derechos fundamentales;

- b. Prever la garantía jurisdiccional de la Constitución. La Constitución somete a la ley;
- c. Se reconoce que la Constitución tiene fuerza normativa vinculante. Así, todos los enunciados de la Constitución se interpretan como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios;
- d. Se produce una sobreinterpretación del texto constitucional. Este ya no es comprendido en su literalidad sino a través de una interpretación extensiva deduciéndose normas y principios implícitos;
- e. Se considera que las normas constitucionales son aplicables de manera directa por todos (Estado y relaciones privadas);
- f. Los jueces deben interpretar las leyes conforme a la Constitución. Entre las distintas posibilidades de interpretación, debe preferirse la más compatible con la Constitución; y,
- g. Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y proceso político.

A partir de estos lineamientos, en el siguiente acápite evaluaremos el encuadre de nuestra Carta del 93 y el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano.

1.2.1. ¿Es el Estado Peruano un Estado Constitucional?

Sin duda el Estado Peruano cuenta con una Constitución rígida dado que su contenido no puede ser modificado o derogado sino a través de procedimientos mucho más complejos y con mayores exigencias que los existentes para la modificación o derogación de las normas legales. Así pues, de acuerdo con el artículo 206 de la Carta de 1993, toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum, pudiéndose evitar este último si el acuerdo del Congreso se produce en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable superior a los dos tercios

del número legal de congresistas. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha expresado:

“[...] que ningún poder constituido, con excepción de la reforma constitucional, tiene competencia para alterar en absoluto la Constitución. Cualquier capacidad para modificar, suprimir una o varias disposiciones constitucionales pasa porque estos mecanismos se aprueben según el procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución. Y es que es indudable que en un sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución”¹⁵.

Así entendida la rigidez constitucional, se articula con lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución que dispone que: *La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente*. El Tribunal Constitucional ha señalado en relación con el principio de constitucionalidad lo siguiente:

“4. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recordar que, en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida, y por tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas desde y conforme con la Constitución”¹⁶.

A lo que añade:

“Las normas constitucionales poseen supremacía sobre cualesquiera otras del sistema, por lo que cuando estas se les oponen formal o materialmente, se preferiría aplicar las primeras. Como acota Manuel García Pelayo: «todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución»”¹⁷.

¹⁵ Expediente 0030-2005-PI-TC. Sentencia del 2 de febrero de 2006.

¹⁶ Expediente 1230-2002-HC-TC. Sentencia del 20 de junio de 2002.

¹⁷ Expediente 0005-2003-AI-TC. Sentencia del 3 de octubre de 2003.

Este orden normativo jerarquizado emana de ciertos principios desarrollados por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

“Esta disposición estratificada es producto del uso de una pluralidad de principios que, en algunos casos, pueden determinar la ubicación de una norma dentro de una categoría normativa, o su prelación al interior de la misma.

a) Principio de constitucionalidad

Las normas constitucionales poseen supremacía sobre cualesquiera otras del sistema, por cuanto cuando estas se les oponen formal o materialmente, se preferirá aplicar las primeras [...]

b) Principio de legalidad

Es una regla que exige sujeción a la ley y a aquellas normas de similar jerarquía. En tal virtud, condiciona la validez de las normas de inferior rango.

Tal supremacía está prevista en el artículo 51 de la Constitución, que dispone que después del texto fundamental, la ley prevalece sobre toda otra norma de inferior jerarquía.

c) Principio de subordinación subsidiaria

Establece la prelación normativa descendiente después de la ley y contiene a los decretos, las resoluciones y las normas de interés de parte.

Esta disposición normativa se encuentra contemplada en el ya citado artículo 51 de la Constitución y en el artículo 3 del decreto legislativo 360, conocido como el *nomen iuris* de Ley del Poder Ejecutivo.

d) Principio de jerarquía funcional en el órgano legislativo

Expresa que a falta de una asignación específica de competencia, prima la norma producida por el funcionario u órgano funcional de rango superior. Se aplica preferentemente al interior de un organismo público. Este principio se deduce lógicamente de la estructura de jerarquía funcional operante en cada organismo público [...]”¹⁸.

De otro lado, es preciso señalar también respecto de la Carta de 1993 que estamos ante una Constitución constitutiva y regulativa –características de las constituciones de los Estados constitucionales- que establece un diseño institucional direccionado a garantizar los valores y fines que la Constitución reconoce, estos últimos plasmados como principios reguladores del Estado. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“[...] la Constitución posee también un importante contenido político, dado que incorpora no sólo reglas imperativas de exigencia o eficacia inmediata o autoaplicativa, sino también un cúmulo de disposiciones que propugnan «el programa social» del Estado, en una de cuyas vertientes principales se sitúa el régimen económico constitucional.

Se trata pues, en buena cuenta, de la distinción a la que alude Robert Alexy, cuando subraya la existencia de «normas constitucionales regla» y «normas constitucionales principio» (Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda reimpresión, 2001)”¹⁹.

Como lo señala Rubio, los principios constitucionales son la guía de actuación del Estado para que esta se produzca de acuerdo a Derecho (2006: 12). Rubio señala también que los principios generales que el Tribunal ha utilizado en la jurisprudencia para el Estado peruano son el de bien común, el de Estado Democrático, el de Estado Descentralizado, el de Estado Representativo, el de Estado Social, el de Estado Unitario, el de Orden Público, el de Separación de Poderes, el de Solidaridad, y el de Seguridad Jurídica (Ibid:12-65).

¹⁸ Expediente 0005-2003-AI-TC. Sentencia del 3 de octubre de 2003.

¹⁹ Expediente 0008-2003-AI-TC. Sentencia del 11 de noviembre de 2003.

Por último, en relación con que la Constitución sea practicada, Rubio destaca que:

“No hay un Estado que pueda tener asegurado el título de cumplir adecuadamente con la Constitución y esto se aplica, desde luego, también al Estado peruano. El cumplimiento de sus funciones y características se hace todos los días, en las 24 horas que trascurren. Así el Estado será la suma algebraica final de sus aciertos y desaciertos en materia constitucional pues, como bien lo señala la teoría constitucional, todo Estado tiene de los dos. No hay Constitución en el mundo que se cumpla cabal, íntegramente, minuto a minuto. Es el conjunto de la operación del Estado y la sociedad lo que permite hacer un juicio de valor constitucional de su calidad dentro de un determinado período de tiempo. Es importante que todos los ciudadanos, y especialmente quienes tienen poder dentro del Estado, sepan que el escrutinio de la constitucionalidad de su conducta se hace permanente y que el reconocimiento de ser o no constitucional se hace en un determinado momento, pero que la conducta del poder puede negar tal constitucionalidad en el momento siguiente. La conclusión más importante es que un Estado constitucionalmente correcto es resultado del esfuerzo continuo, permanente, por lograr la constitucionalidad de la vida política, social, económica y cultural en un período determinado” (Ibid:69-70).

1.3. ¿Cómo se trabaja con el Derecho en el Estado Constitucional?

El tránsito del imperio de la ley al de la Constitución constituye un cambio cualitativo en relación con la manera como se trabaja con el Derecho. Una de las consecuencias más importantes de este proceso es la crisis del positivismo jurídico o la crisis de la ley frente a la omnipresencia de la Constitución, lo que se traduce en una concepción teórica distinta que Prieto la sintetiza bajo los siguientes rasgos (Prieto:121):

i. *Más principios que reglas*

El protagonismo de los principios es sin duda una de las características del nuevo constitucionalismo y, a su vez, una de las manifestaciones de la crisis del positivismo jurídico que lo acompaña. Es importante tener presente la diferencia entre principios y reglas para poder entender las razones de la relevancia de los primeros para la resolución de casos. Una primera distinción sería la de considerar que solo los principios son constitutivos de un orden jurídico en contraste con las reglas que no tienen otra razón de ser que la de establecer una consecuencia frente a un determinado supuesto de hecho, por tanto estas se agotan en su propio significado (Zagrebelsky: 110). A ello hay que agregar que la manera de trabajar con principios es distinta que con las reglas; mientras a estas se aplican los métodos de interpretación para descubrir el mandato que contienen, los principios contienen formulaciones valorativas evidentes que no esconden nada que tenga que ser sacado a la luz a través de los métodos mencionados.

Los principios establecen soluciones normativas pero sin definir el caso, es decir, no dicen cuándo son aplicables tales soluciones. Le dan sentido a las reglas, las justifican en relación a ciertos valores jurídicos, precisamente por ello su significado operativo y alcance debe ser leído no en abstracto sino a partir de cada caso (Aguiló 2008: 16-17). Así pues,

“[...] son las reglas y solo las reglas las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho solo estuviere compuesto de reglas no sería insensato pensar en la «maquinización» de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se le proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La «aplicación» de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una «reacción», se «tome posición» antes ésta de conformidad con ellos” (Zagrebelsky: 111).

ii. Más ponderación que subsunción

Como se puede deducir de lo antes expresado, esta es una consecuencia del protagonismo de los principios característico del nuevo constitucionalismo. En la aplicación de las reglas, el trabajo con estas se hace de manera subsuntiva, esto es, se encaja la situación concreta en el supuesto de la norma para aplicarle la consecuencia jurídica que contiene la regla. Este encaje no está exento de desajustes pero estos son de naturaleza semántica y, como tales, se focalizan en las expresiones y sus significados²⁰. Sin embargo, frente a la presencia de los principios el trabajo jurídico es distinto, exige ponderar.

Si las constituciones son el resultado de un pacto y consenso político de principios no coherentes entre sí sino más bien que potencialmente pueden presentar contradicciones, de lo que se trata no es de asumir esas contradicciones como antinomias –cosa que hacemos cuando se trabaja exclusivamente con reglas– sino enunciados válidos aun cuando en un contexto determinado uno prevalezca sobre el otro. Para mayor precisión, la antinomia de reglas se solucionan escogiendo a una válida y aplicable, el conflicto de principios que están dotados de igual valor se resuelve a través de hacer un equilibrio para buscar en el caso concreto la mejor solución. Se trata de:

“[...] formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una “jerarquía móvil” o “axiológica”, y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. [...] Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a

²⁰ Aguiló señala sobre la subsunción del caso particular a los casos genéricos descrito por las reglas genera desajustes entre unos y otros. Si tales desajustes se miran desde la perspectiva del caso concreto, se tratan de problemas de calificación y si más la mirada es desde la perspectiva de las reglas los problemas son de interpretación (Aguiló 2008: 20)

la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro” (Prieto: 136-138).

Con lo anterior no se quiere expresar que los operadores jurídicos tengan que elegir entre dos métodos excluyentes –subsunción o ponderación– más bien, hay que asumir la ponderación como una operación anterior o más básica que la subsunción y ello es así porque:

“Las reglas no se entienden como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental. El cambio central está, por tanto, en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque no son solo manifestaciones de voluntad), sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos. La lealtad a las reglas, y a su expresión, es un componente de la lealtad al Derecho, pero éste no está compuesto sólo por reglas, también por principios.”(Aguiló 2008:20)

iii. Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes

Esta omnipresencia se corresponde con la relevancia de los principios y de la ponderación. Ambos aspectos determinan finalmente que todo problema jurídico se termine resolviendo en el Derecho constitucional. Prieto lo llama el efecto “impregnación” o “irradiación” del texto constitucional (2002:122).

iv. Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario

La omnipresencia de la Constitución va aparejada de la omnipotencia judicial. Como señala Grández el constitucionalismo reivindica la obra de los jueces, quienes deben ser los guardianes de la Constitución, atentos a los excesos de los legisladores

(2010:39). Así pues, el tránsito del imperio de la ley a la supremacía de la Constitución ha significado pasar del protagonismo del legislador al de los jueces.

Dado el denso contenido material y heterogéneo de la Constitución -la cual no se circunscribe solo a regular las fuentes del Derecho y a enunciar derechos fundamentales (en cuyo caso la garantía judicial estaría orientada velar por el cumplimiento de la producción normativa)- la garantía judicial es muy amplia y va acompañada de una pérdida de la autonomía del legislador (Prieto: 123). Esto ha sido expresado por Ferrajoli en los términos siguientes:

“[...] en el Estado constitucional de derecho, el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leyes que él produce no son válidas solo porque son vigentes, o sea producidas en las formas establecidas por las normas en relación con su producción, sino que lo son si, además, son coherentes con los principios constitucionales.”
(Ferrajoli, citado por Grandez: 42)

Es pues en esta conexión en la que se sitúa el principal rol de los jueces en el Estado Constitucional.

v. *Coexistencia de una constelación plural de valores, a veces contradictorios*

Finalmente, los rasgos antes enumerados explican que en el Estado constitucional lo que tenemos es la coexistencia de una constelación plural de valores, reflejo de una sociedad plural, lo que trae consigo la exigencia de un particular modo de trabajar con el Derecho. Esta diversidad no está jerarquizada, si así lo fuera, se produciría la tiranía de un valor sobre otro (Zagrebelsky: 124)²¹.

²¹ Asimismo, señala Zagrebelsky que: “Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado a partir de uno sólo de ellos. Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y solo perseguiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos.” (2002:125).

El nuevo constitucionalismo es pues una nueva concepción del Derecho que exige un modo de trabajo distinto al de las concepciones hoy en crisis²². Si bajo el nuevo paradigma el Derecho no puede ser visto solo como una realidad dada, producto de la voluntad de la autoridad, sino también como una práctica social que tiene una pretensión de corrección, de lo que se trata entonces es de integrar la dimensión autoritativa con la valorativa, esta última expresada en los principios constitucionales. Ello exige una mayor demanda de justificación y de argumentación en el Derecho (Atienza 2013: 29). En esta línea señala Aguiló que:

“La conexión entre el nuevo paradigma y la argumentación puede verse en dos niveles: uno, superficial o manifiesto y, otro, más profundo, menos patente. En el superficial, la argumentación jurídica gana espacio porque se acepta la idea de que la mera voluntad de una autoridad no es nunca justificación suficiente. Una decisión sin fundamentación, sin justificación, es el paradigma de una decisión arbitraria. [...] En el otro nivel, el más profundo y menos patente, no se trata ya de que el nuevo paradigma (el del Estado constitucional) presente diferencias de grado en relación con el anterior (el del imperio de la ley) a propósito de la «argumentación jurídica». No es, por tanto, simplemente que ahora se argumenta más, o que haya más demanda de argumentación jurídica, y que, en consecuencia, se necesite una teoría de la argumentación. La cuestión no gira, pues, en torno a «la argumentación en el Derecho» sino al «Derecho como argumentación» (2008: 27-28).

El enfoque del Derecho como argumentación exige una importante dosis de pragmatismo, en el sentido de que la teoría del Derecho que se pretende elaborar debe partir de la primacía de la práctica, lo que significa que:

²² Es importante destacar que desde el movimiento feminista crítico al Derecho se ha venido denunciando desde la década de los 60 que el Derecho es una construcción masculina que sexualiza y jerarquiza, escondiéndose todo ello bajo el ropaje del lenguaje agenérico o neutral, y que desde la manera formalista de aplicar el Derecho es imposible visibilizar y corregir tal despropósito. Bajo esas premisas se produjeron propuestas como la presentada por Bartlett quien planteó la necesidad de trabajar en el Derecho con métodos como la *pregunta por la mujer* o el *razonamiento práctico feminista* que tienen en común una invitación a realizar un razonamiento jurídico desde el contexto y no desde lo que prescriben las reglas (Bartlett:30-75). El método de trabajo que exige el nuevo constitucionalismo en la medida que pone en relieve los principios más que las reglas, la ponderación más que la subsunción así como el énfasis en una argumentación jurídica que exige importante dosis de pragmatismo, comparte con el feminismo jurídico el resultado al que se busca llegar.

“[...] en la teoría del Derecho, carece de valor cualquier trabajo que no esté enfocado a mejorar el Derecho y el mundo social, aunque, naturalmente, el objetivo puede ser muy a largo plazo y contando con muchas mediaciones”(Atienza 2013:30).

En este estado tenemos que hacer una mención al método argumentativo bajo el nuevo paradigma al que asistimos, en contraste del método jurídico bajo el formalismo. Así pues si en este último el método ha consistido en un conjunto de operaciones para descubrir, hallar, encontrar las soluciones jurídicas a los casos particulares, como si se tratase de un protocolo para llegar a un resultado. Por el contrario, bajo el método argumentativo de lo que se trata no es de hallar una solución sino justificarla utilizando normas generales (Aguiló 2004:161-162).

Uno de los cambios que se producen también como consecuencia del nuevo paradigma y del método argumentativo que lo caracteriza es la juridificación de la política en el sentido que el legislador tiene también la tarea de justificar las normas que dicta para realizar la conexión interna entre derechos y principios constitucionales y orden jurídico (Ibid: 169-170). En ese sentido éste puede ser visto básicamente como:

“[...] un desarrollo positivo de los principios y derechos constitucionales; el contenido del orden jurídico es visto ahora como concreción de las exigencias normativas derivadas de éstos. Los derechos y principios constitucionales tendrán fuerza expansiva fundamental en la determinación del contenido del orden jurídico, y ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de desarrollo y concreción: ellos serán la fuente fundamental para determinar qué se debe ordenar, prohibir y castigar”(Ibid:172 - 173).

Ahora bien, no se trata de que la llamada concepción estándar de la argumentación jurídica, se presenta como contrapuesta al razonamiento lógico deductivo sino que, además de éste, se requiere de otros recursos. Así, Atienza nos presenta bajo la idea de concepciones de la argumentación distintas etapas en las que hay que justificar las decisiones jurídicas: dimensión formal o lógica, dimensión material o de buenas razones y la dimensión pragmática (2013:30).

2. SOBRE LA COMPATIBILIDAD DEL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LAS UNIONES DE HECHO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CON EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO.

Explicitada la concepción de Constitución que se asume en el presente trabajo así como la manera de trabajar con el Derecho en el Estado Constitucional, voy a desarrollar mi argumentación sobre la compatibilidad del matrimonio igualitario y las uniones entre personas del mismo sexo con la Constitución de 1993. Para ello voy en primer lugar a dejar sentado si de la Carta de 1993 se puede inferir un modelo específico de familia que genere como consecuencia una restricción para el reconocimiento de una diversidad de formas familiares que en estos tiempos empiezan a visibilizarse y cuyos integrantes esperan un reconocimiento. Seguidamente indagaremos si la heterosexualidad constituye un valor que subyace a la Constitución, para luego interpretar los alcances de las disposiciones constitucionales relativas a las familias.

Este trabajo en lo que sigue se realizará bajo la idea de que tales disposiciones tienen que ser comprendidas no exclusivamente a partir del significado de las palabras que contienen sino sobre todo a la luz de los principios que irradian del texto constitucional, con el propósito de que nuestra conclusión sea el resultado de una búsqueda de coherencia interna en el texto de la Constitución.

2.1. ¿Se puede inferir un modelo de familia de la Constitución de 1993?

Las disposiciones constitucionales que específicamente tratan sobre la familia y las uniones de hecho son los artículos 4 y 5 que establecen lo siguiente:

“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 de disolución son reguladas por la ley”

“Artículo 5. 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 sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable.”

La Constitución peruana no define a la familia ni la identifica de manera exclusiva con un modelo único. Esta ha ido cambiando su configuración a lo largo del tiempo debido a la influencia de diferentes factores. Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional que ha expresado lo siguiente:

“[...] 6. La aceptación común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así desde una *perspectiva jurídica tradicional* la familia «está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en parentesco». (sic)

7. 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*²³.

Se observa que el Tribunal Constitucional considera que la familia ha cambiado respecto al modelo tradicional nuclear, integrado por el padre y la madre (probablemente unidos por el lazo matrimonial) y con hijos, posición que contrasta con quienes la entienden asociada a la naturaleza²⁴ lo que la lleva a ser entendida como

²³ Expediente 09332-2006-PA/TC. Sentencia del 6 de febrero de 2008.

²⁴ Si bien el Tribunal asume a la familia como “instituto natural”, no deriva de ello un carácter inmutable y por tanto la disocia del modelo nuclear. Aunque el Tribunal relaciona el cambio con el reconocimiento a las familias ensambladas que están integradas por hijos nacidos de compromisos anteriores, el hecho de reconocer que factores sociales, económicos y políticos

inmodificable e inalterable en el tiempo, más aún, porque se la asocia a la función de reproducción de la especie. Sobre el ideal de familia nuclear, Jaramillo sostiene que:

“El ideal de familia nuclear que se consolidó en el siglo XIX enfatizó cuatro ideas. Primera: que la familia debía ser el lugar principal para el despliegue de la afectividad y la satisfacción de necesidades de este tipo. Esto implicó, de un lado reforzar los elementos afectivos del matrimonio y, de otro, centrar el afecto como ingrediente en la relación entre padres e hijos.

Segunda: que las mujeres debían asumir la crianza de los niños y las labores hogareñas, dadas sus capacidades especiales para ello. Este rol de las mujeres se reforzó de diversas maneras: por una parte, resaltando la importancia de la lactancia en la nutrición de los menores y en la creación del vínculo afectivo entre madre e hijo; por otra, resaltando la sensibilidad de las mujeres y por tanto sus dones para dar a los hijos el amor necesario para su desarrollo; finalmente, resaltando las habilidades de las mujeres para la economía doméstica y la íntima conexión de ésta con un adecuado desarrollo de los hijos.

Tercera: que los hombres debían hacerse cargo tanto de la producción económica como de la política, esto es, ser los actores principales del mercado y el Estado. Este rol también se justificó a partir de cierta concepción de las cualidades especiales de los hombres.

Por último, y en íntima relación con las anteriores, que la familia debía pertenecer al espacio privado y, por lo tanto, que sus miembros debían resolver sus diferencias sin la intervención del Estado” (2008: 267-268).

Si bien este modelo familiar impregnó la legislación peruana, hoy deja de tener asidero desde una perspectiva constitucional, no solo porque la realidad revela una diversidad de formas familiares sino porque desde la supremacía de la Constitución la legislación debe ser leída a la luz de los principios que emanan de la Carta de 1993, es decir, dignidad, igualdad y autonomía individual. De este modo, el principio de

han influenciado sobre el modelo tradicional significa un avance hacia el camino del reconocimiento de otras formas familiares.

protección a la familia que se enuncia en el artículo 4 de la Constitución, está dirigido a toda forma familiar y no exclusivamente a aquella que se acerca al modelo tradicional nuclear. En este sentido, compartimos la línea argumentativa seguida en México por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de la acción de constitucionalidad 2/2010 que señaló lo siguiente:

“235. Por consiguiente, si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución [matrimonio entre varón y mujer], debido a que su protección es a la *familia*, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como *realidad social* y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar ...”²⁵.

Nuestra postura encuentra también apoyo en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Atala Riffo y niñas contra Chile²⁶ en la que se interpretó el concepto de “vida familiar” de la siguiente manera:

“142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal 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”²⁷.

²⁵ Sentencia del 16 de agosto de 2010.

²⁶ Sentencia de 24 de febrero de 2014 (Fondo, reparaciones y costas)

²⁷ El artículo 55 de la Constitución peruana reconoce como parte del derecho nacional a los tratados celebrados por el Estado y en vigor. A lo que suma la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma la cual dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú. Ambas disposiciones constitucionales exigen a los poderes públicos nacionales que, *a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad*

Asumiendo entonces la postura de que la familia debe ser entendida como un concepto abierto y que su protección apunta a cualquiera de sus formas, el mandato de promover el matrimonio solo puede ser interpretado como un deber del Estado de generar políticas para que las personas que desean casarse puedan acceder al matrimonio civil (matrimonios masivos, por ejemplo). No cabe por tanto asumir que el principio de protección a la familia hace alusión solo y exclusivamente a la que se origina en el matrimonio, o que esa protección es diferenciada, favoreciendo al matrimonio y con un rigor atenuado para las otras formas familiares, aunque parece que en esto último incurrieron los legisladores del Código de 1984.

Hasta aquí podemos entonces concluir que la Constitución de 1993 no asume un concepto único y específico de familia sino que, respetuosa de la pluralidad, la deja abierta a la incorporación de la diversidad de formas de establecerse, siendo todas ellas merecedoras de la protección del Estado²⁸. Sin perjuicio de ello, el Estado alienta la formalización para quienes deseen contraer matrimonio, diseñando y aplicando políticas específicas dirigidas a dicho objetivo y con pleno respeto a la libertad y autonomía del ser humano. En ese sentido, la configuración legal del matrimonio debe

nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder. (parágrafo 9 de la Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 en el expediente 02730-2006-AA sobre acción de amparo interpuesta por Arturo Castillo Chirinos). De otro lado, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

La sentencia del Tribunal Constitucional anteriormente citada ha establecido que: “12. La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.

²⁸ En el mismo sentido la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias T-572 de 2009 y C-577 de 2011 estableció que: “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de familia identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”

ser compatible con los principios que irradian del texto constitucional. He allí, a nuestro juicio, el principal problema.

2.2. ¿Cómo se concretiza el mandato de protección de la familia?

La protección de las familias bajo el nuevo constitucionalismo se concretiza en dos dimensiones. Si bien pone la atención en la familia como institución, también lo hace atendiendo a los derechos de los individuos que las conforman, ello como consecuencia de que dicha protección no se agota en la literalidad del mandato contemplado en el artículo 4 de la Constitución sino que debe ser comprendido en relación a los principios constitucionales como la dignidad, igualdad y autonomía de la persona. Esta orientación se soslaya en la sentencia del caso Shols a la que se aludió anteriormente, en particular nos referimos a lo expresado en las siguientes líneas:

“14. [...] En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar –divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores – la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia”²⁹.

En esta posición del Tribunal se puede observar que frente a lo que considera una institucionalidad familiar precaria por ser una familia ensamblada, la manera de fortalecerla es garantizando el derecho a la igualdad entre todos los hijos que la conforman. Similar perspectiva se advierte en pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia, en los que, respecto a la protección jurídica preferente que merece la institución familiar, se señala que se puede materializar de diferentes maneras como por ejemplo:

“[...] el amparo de su patrimonio mientras que otras consisten en el establecimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en

²⁹ Expediente 09332-2006-PA/TC. Sentencia de 6 de febrero de 2008.

la consideración especial de los niños como titulares de derechos fundamentales o en el suministro de especial protección a los adolescentes y a las personas de la tercera edad”³⁰

De este modo, si la familia a la que alude la Constitución de 1993 no queda identificada con un modelo único sino que se trata de un concepto abierto a la realidad y nuevas dinámicas sociales, el mandato de protegerla está dirigido a esa diversidad de formas o estructuras familiares que puedan presentarse, protección que se materializa, bajo un Estado constitucional, principalmente en la garantía de los derechos individuales de sus miembros y siempre en armonía con los principios constitucionales.

2.3. La orientación sexual en el ordenamiento constitucional peruano

Para abordar la cuestión relativa a los alcances de la protección de la orientación sexual en la Constitución de 1993, es importante retomar dos lineamientos teóricos planteados en los capítulos precedentes. El primero es el relativo a la justificación moral de asumir a la orientación sexual como un criterio relevante para diferenciar entre las personas. En relación con este alcance, hemos asumido la necesidad de reconocer un mínimo moral, constituido por la racionalización de las necesidades básicas de los individuos que se deben cumplir para la concretización de sus planes de vida, asumiendo para tal efecto la teoría de las necesidades y/o las capacidades. Esto nos llevó a concluir que tomar en cuenta la orientación sexual como criterio para distribuir derechos sería ponernos por debajo del límite inferior pues un recorte de los mismos justificado en que el ejercicio de la sexualidad no se ajusta al modelo hegemónico, implicaría una negación de la condición humana³¹. El segundo alcance tiene que ver con el concepto de heteronormatividad que alude a la dimensión política que subyace a la heterosexualidad como paradigma y su influencia en las concepciones de familia³².

La Carta de 1993 no hace mención expresa alguna a la orientación sexual; sin embargo, no debe quedar duda que constituye un motivo prohibido implícito para discriminar, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 inciso 2 del texto

³⁰ Sentencia C – 560 de 2002 y Sentencia C- 577 de 2011.

³¹ Al respecto, véase el punto 2.2. del capítulo II.

³² Al respecto, véase los puntos 3.1., 3.2. y 3.3. del capítulo I.

constitucional. En efecto, esta disposición enuncia un principio general de igualdad y a continuación un mandato de no discriminación por una lista de motivos prohibidos, al que se agrega criterios “de cualquier otra índole”.

En el punto 2.1. del capítulo 2, tras señalar el carácter abierto del principio en cuestión, hemos justificado que la orientación sexual debe entenderse dentro de la citada cláusula en tanto que constituye un factor a partir del cual se puede identificar a un colectivo integrado por homosexuales, lesbianas, transexuales, transgéneros, etc., que tradicionalmente ha sufrido, por su pertenencia al mismo, un menosprecio social y una situación de violación a sus derechos fundamentales. Esto resulta incompatible con un Estado como el peruano que se rige por los principios de Estado social, democrático y plural. En atención a ello, la orientación sexual debe ser considerada en relación al mandato de no discriminación como una de las categorías sospechosas. Sobre estas, el Tribunal Constitucional ha asumido una posición en los términos siguientes:

“[...] Al respecto, se entiende por “categorías sospechosas” o “especialmente odiosas” a aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una *presunción de inconstitucionalidad*, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable.

En ese sentido, pues, cuando la Constitución señala en su artículo 2, numeral 2 que “[t]oda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”, y agrega a continuación que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, debe entenderse que a través de esta enumeración la Constitución no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como “potencialmente discriminatorios” cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares.

Siendo ello así, este Tribunal ha de concluir que cuando una determinada forma de discriminación, sea ésta *directa* o *indirecta*, afecta el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes reglas: i) en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, *probar* que dicha discriminación no se ha producido; ii) en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un *control estricto*, con lo cual no basta con que el agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la *imperiosa necesidad* de la misma; y, iii) en caso de *duda*, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada³³.

El argumento contrario a nuestra posición de considerar a la orientación sexual como una categoría sospechosa a la que se le debe aplicar las consecuencias previstas en la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada podría ser el que sostiene que el concepto de categoría sospechosa está reservado a las razones expresamente vedadas en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución. No obstante, no consideramos que tal argumento tenga un importante asidero puesto que bajo un Estado Constitucional la lectura de una disposición como la ya mencionada no puede ser literal sino iluminada por el significado deontológico del principio de igualdad y en conexión con la realidad y el contexto social. Estos nos dicen que la orientación sexual es un factor de diferenciación tan grave y lesivo a la dignidad de la persona humana como cualquiera de los expresamente mencionados y que darle un tratamiento distinto constituiría un despropósito en relación con el valor de la igualdad.

Ahora bien, como puede observarse, el Tribunal asume que la categoría sospechosa está determinada por la existencia de colectivos “históricamente discriminados” para luego señalar que deben ser consideradas como tales aquellos “expresamente” vedados. Estos criterios podrían generar contradicciones en casos como la orientación sexual o la identidad sexual que si bien nos remiten a la identificación de grupos que viven marginados, el factor de su marginación no se encuentra expresamente enumerado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución.

³³ Expediente 2317-2010-AA/TC. Sentencia del 3 de septiembre de 2010.

Saba, refiriéndose al caso argentino, pone en evidencia la falta de armonía y tensiones que producen la puesta en práctica de los criterios utilizados por la Corte Constitucional de ese país:

“En primer lugar, se arguye que la categoría es sospechosa de ser contraria a la Carta Magna porque su utilización para hacer distinciones confronta con una clara prohibición constitucional. [...] Por otro lado, en algunos votos de algunas sentencias se establece que la categoría es sospechosa porque es palmariamente irrazonable, es decir, que es prácticamente imposible encontrar algún caso en el que la categoría podría justificar un trato diferente en virtud del principio de razonabilidad. [...] Si dejamos a un lado el primer argumento, que creo es el más débil por asociarse a una afirmación dogmática propia del positivismo ideológico, la segunda caracterización de categorías sospechosas parece estar exclusivamente asociada a su irrazonabilidad. Sin embargo, existe una tercera forma de identificar a las categorías sospechosas [...] Según esta visión de las categorías sospechosas, ellas se reconocen por su asociación con el objetivo de proteger a grupos vulnerables o sistemáticamente discriminados. [...] Las categorías utilizadas para hacer distinciones en el trato proporcionado a las personas serán sospechosas, desde esta perspectiva, en la medida que ellas sean utilizadas por el Estado para justificar un trato que perjudique a esos grupos, presumiéndose inconstitucionales y merecedoras de una consideración tan especial como la del escrutinio estricto” (2010: 668-669).

Tomando en cuenta estos tres criterios para catalogar de categoría sospechosa a un determinado factor de trato desigual, convenimos con el citado autor en una concepción de la igualdad que está destinada a proteger principalmente a las personas por su pertenencia a un colectivo que vive una palmaria situación de desventaja y de marginación. Ello, a nuestro juicio, supone entender que bajo el criterio de sexo, por ejemplo, no se trata de entender como categoría sospechosa el trato desigual hacia un varón, sino a las mujeres quienes son las que histórica y tradicionalmente han vivido la marginación por su condición de tales. Siguiendo este mismo razonamiento, la orientación sexual será categoría sospechosa no cuando se trate desigual a un heterosexual sino a homosexuales y lesbianas.

“En suma, si el principio de no discriminación, entendido como el que exige distinciones razonables, es el que define el carácter sospechoso de la categoría, entonces el sexo será sospechoso y los tratos preferenciales de grupos vulnerables y estructuralmente desiguales estarán expuestos a posibles ataques por trato desigual injustificado. Si el principio de no sometimiento es el que justifica la calificación como sospechosa de una categoría, entonces el requisito de “ser varón”, por ejemplo, para postular a un contrato laboral, será sospechoso y, en cambio, el requisito “ser mujer”, para un caso similar, podría ser justificado, incluso cuando excluyera a los varones de esos empleos con el fin de dismantelar una situación de exclusión de la mujer del mercado laboral” (Ibid: 701-702).

De otro lado el Estado peruano está vinculado por la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al artículo 1.1³⁴ y 24³⁵ de la Convención Americana de Derechos Humanos, que ha dejado establecido lo siguiente:

“82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, 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

³⁴ “Los Estados Partes 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.”

³⁵ “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana”³⁶.

Asimismo, en relación con los motivos prohibidos para discriminar y al listado abierto que contiene la cláusula antidiscriminatoria de la Convención, al indicar como razón vedada a “cualquier otra condición social”, la Corte en la sentencia del caso Karen Atala Riffo e hijas vs. Chile también ha señalado:

“84. En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1 de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.

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 del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo”³⁷.

Específicamente, en relación con el criterio de orientación sexual, la Corte ha dejado establecido que tanto la orientación sexual como la identidad de género constituyen categorías protegidas por la Convención³⁸, y en ese sentido concluye que:

“91. [...] 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,

³⁶ Caso Karen Atala Riffo e hijas vs Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas)

³⁷ Ibid.

³⁸ A similar conclusión han llegado otros órganos vinculados al sistema universal de protección de derechos humanos, así como el Tribunal Europeo. En relación con este último, se puede revisar el caso Tonnen vs. Australia.

sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”³⁹

De lo que acabamos de señalar se desprende la existencia de un consenso internacional en torno a que la orientación sexual constituye una categoría protegida por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Por lo tanto, constituye un factor vedado para diferenciar en la adjudicación y tratamiento de derechos, cuestión que particularmente ha quedado muy clara en el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que el Perú debe acatar por constituir un Estado Parte de la Convención y sujeto a la competencia de dicha Corte. A ello se suma que el trato diferenciado dirigido a homosexuales y lesbianas debe ser asumido bajo el estándar de categoría sospechosa y aplicarse por tanto un escrutinio estricto y demás consecuencias señaladas en la sentencia del Tribunal Constitucional que para este aspecto hemos citado líneas arriba.

2.4. ¿Es la heterosexualidad un elemento intrínseco al diseño constitucional del matrimonio y de las uniones de hecho?

2.4.1. El matrimonio

El lenguaje empleado en el artículo 4 de la Constitución de 1993 nos da una primera aproximación a la noción de matrimonio como una institución en la que la heterosexualidad no juega como elemento definitorio de la misma. Sin embargo, ello no sería suficiente argumento para responder a la pregunta que nos hemos planteado dado que como lo hemos mencionado anteriormente una lectura literal y aislada de la disposición mencionada nos aleja del método de trabajo antes esbozado.

Una cuestión a determinar es la concerniente a que si del texto constitucional se puede desprender que el ejercicio de la sexualidad, en términos de heterosexualidad, forma parte del sistema de valores que organiza a la sociedad y el Estado. Nuestra posición es que tal inferencia no es posible. En el debate sobre este tema quienes creen lo contrario han aducido frecuentemente dos razones. La primera es que el diseño de la institución matrimonial está en directa relación con la reproducción, argumentando que ello se deriva de una lectura conjunta de los artículos

³⁹ Caso Karen Atala Riffo.

4, 5 y 6⁴⁰ de la Constitución. Plácido en un reciente trabajo sobre constitucionalización del Derecho ha abordado específicamente lo que él llama: *El modelo de Familia garantizado en la Constitución de 1993*, sosteniendo que:

“La simple lectura de los artículos 4 y 6 de la Constitución permite deducir que la familia está determinada por el cumplimiento de fines familiares, apreciado en la especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse de ellos. **Dentro de los fines familiares debe considerarse el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que se refiere este último precepto.**

La noción constitucional de familia no alude, pues, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. No se refiere a simples relaciones de afecto o amistad y apoyo mutuo, aunque las implique como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos. **Todo intento de «ensanchar» lo familiar a vínculos no relacionados con el cumplimiento de fines familiares debe considerarse inconstitucional**, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 4, sin perjuicio de las extensiones analógicas a que luego aludiremos, que siempre habrán de mantener esta relación esencial, al menos con lo que son las obligaciones subsiguientes a la generación”(Plácido:83-84).

Tal conclusión es incorrecta porque como ya hemos demostrado en los párrafos anteriores no se puede hablar de un modelo constitucional único de familia frente a la diversidad y pluralidad que nuestra Constitución reconoce y respeta, sino que más bien la Constitución sostiene un concepto abierto de la institución familiar,

⁴⁰ Artículo 6°.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

que va a ir variando de acuerdo con la dinámica de las relaciones humanas y de los contextos sociales y culturales.

Así las cosas, si la premisa es que la familia es un concepto abierto y dinámico en tanto que su configuración irá variando por la influencia de diversos factores, y el matrimonio es tan solo una manera entre otras posibles de constituirlo, la propia institución matrimonial debe entenderse dentro del marco de apertura y pluralismo con el que se identifica a la familia, por tanto su contenido esencial no podría ser uno que afecte tales valores. En este sentido, no podría ser que en el diseño constitucional del matrimonio la heterosexualidad sea uno de los elementos que lo definan, como lo ha señalado Siles para quien el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio y el de la misma institución matrimonial está determinado por un conjunto de elementos entre los que destaca en primer lugar la “diversidad sexual de los contrayentes” señalando que dichos elementos se han ido formando a lo largo de la historia inclusive son anteriores a la Constitución y que ni el legislador ni el juez pueden alterar pues una interpretación evolutiva no puede afectar ese contenido esencial, “no puede ir más allá del límite subjetivo de la Constitución”(2010:104). Gargarella, haciendo alusión a quienes en el debate que se dio en Argentina en relación al matrimonio igualitario, sostenían que este desvirtuaba el concepto de matrimonio, sostiene:

“ [...] la idea según la cual la propuesta del matrimonio igualitario va en contra del concepto de matrimonio resulta equivocada, al asumir que los conceptos preexisten a nosotros en una forma “terminada”, sólida; y desconocer el modo en que, a través del diálogo y la argumentación, vamos refinando y ajustando nuestras concepciones en torno a los conceptos que usamos” (2010: 133).

En este punto es preciso también recordar el caso español. La Constitución de ese país en el artículo 32.1 señala que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” y una reforma del Código Civil extendió el matrimonio a parejas del mismo sexo. Ello dio origen a una acción de inconstitucionalidad planteada por diputados del Partido Popular. A propósito de la sentencia que sobre este caso se dictó Atienza señala:

“El que la nueva ley vulnere o no ese artículo constitucional depende de si el mismo contradice la «garantía institucional» del matrimonio, o bien el «derecho» a contraer matrimonio: en cuanto *institución* y en cuanto *derecho*.

Ahora bien, la nueva regulación no desfigura la institución matrimonial por estas dos razones : 1) la esencia de la institución radica en el afecto mutuo entre los contrayentes, junto con las notas de libertad e igualdad, y no en la característica –tradicional, pero no esencial- de que los contrayentes sean personas de distinto sexo; y 2) el artículo 32.1 debe interpretarse según un canon de «interpretación evolutivo» que tenga en cuenta lo que la sentencia llama la «cultura jurídica»; y esa cultura jurídica mostraría una tendencia en diversos países de nuestro entorno a admitir esa modalidad de matrimonio[...] (2013:90).

Y en relación al problema de la afectación del contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, Atienza es enfático en afirmar que:

“No afecta a ese derecho cuando se considera en su dimensión objetiva, por las mismas razones por las que el cambio no dañaba al matrimonio en cuanto institución. **Y tampoco en la dimensión subjetiva puesto que, como parece obvio, la nueva regulación no supone para las personas heterosexuales ninguna limitación en cuanto a su derecho a contraer matrimonio**” (Ibid:91).

A todo lo anterior hay que agregar como razón que la lectura de los artículos 4, 5 y 6 del texto constitucional peruano tiene que ser hecha en armonía con el principio de igualdad, el mandato de no discriminación por orientación sexual y demás principios que irradian del texto constitucional y que en un acápite anterior hemos aludido. Se trata de llegar a una armonía interna en el texto constitucional que debe ser encontrada a partir de una interpretación sistemática del mismo. Como lo sostiene Rubio:

“[...] la interpretación sistemática trata de mirar íntegramente la Constitución y de dar respuestas normativas constitucionales no desde un texto normativo específico sino desde el conjunto de reglas y principios constitucionales. Ello quiere decir que, metodológicamente, para analizar cada problema constitucional debemos revisar no solamente la regla aplicable sino todo el texto constitucional y los principios de la disciplina, para armonizar una respuesta a partir de todos los elementos normativos que encontremos” (2013: 68).

La segunda razón expuesta, y que guarda relación con la anterior, es un argumento que busca moralizar el ejercicio de la sexualidad asociándola a ideas y creencias religiosas lo que es sin duda alguna inaceptable por constituir no un juicio moral crítico sino particular, que no es dable en un Estado democrático y constitucional.

No obstante, el plano del *deber ser* que emana de los principios y valores de la Constitución contrasta con la realidad social y cultural del país que funciona más bien bajo una lógica heteronormativa y heterosexista, cuestión de la que no escaparon en su momento los constituyentes y no escapan los legisladores y operadores jurídicos; por ello, es de suma importancia que la deliberación sobre este tema se dé bajo las exigencias metodológicas del Estado constitucional y de cara a una aproximación crítica a la realidad social. Es también por esta razón que no es posible trabajar en esta temática con una interpretación histórica u originalista, pues si los constituyentes no tuvieron en cuenta la posibilidad de que la diversidad sexual pudiera generar también diversidad de familias, cosa que probablemente ocurrió, no significa que esa invisibilización pudiera ser una medida o política constitucional aceptable, sino más bien el resultado del problema de estigmatización de las sexualidades alejadas del modelo hegemónico. Es importante tomar en cuenta que es recién en el año 1990, es decir muy próximo al origen de la actual Constitución, que la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó la homosexualidad de la lista de enfermedades psiquiátricas⁴¹, por lo que en 1993 la idiosincrasia de los constituyentes estaba seguramente caracterizada por una mirada de la sexualidad humana sólo bajo el parámetro de la heterosexualidad relacionando a esta con lo “normal” o “saludable”. Sabido es que los patrones culturales no cambian de la noche a la mañana por el dictado de medidas.

A lo anterior hay que agregar un argumento adicional que han esbozado quienes consideran que el matrimonio y las uniones de hecho del mismo sexo no serían compatibles con la Constitución. Es el que sostiene que esta última, tal como

⁴¹ Proceso semejante se viene dando en relación con la transexualidad. Esta ya fue eliminada en el año 2012 del “Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales” considerada como la “biblia” para el ejercicio de la psiquiatría. Sin embargo, la OMS no se ha pronunciado en similar sentido. Muy recientemente el Parlamento Europeo está solicitando a la OMS considere deje de considerar la transexualidad como enfermedad mental.
Ver: <http://www.laverdad.es/murcia/v/20140204/sociedad-murcia/insta-suprima-transexualidad-como-20140204.html>.

está contemplada en el artículo 5 tiene como elemento intrínseco la relación heterosexual, y que si esa exigencia se da para este tipo de uniones, con mayor razón tiene que darse para el matrimonio. Así por ejemplo, Siles en un informe⁴² que como consultor elaboró para la ONG PROMSEX señaló que:

“La posición que aquí se asume es que la Constitución peruana de 1993 no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni habilita al legislador ordinario a extender la institución matrimonial a las parejas homosexuales, ya que su cabal comprensión reclama ir más allá de una interpretación literal y aislada de su artículo 4, para acoger, más bien, una interpretación sistemática e integral de sus disposiciones, considerando en particular su artículo 5, relativo al concubinato, y la incorporación del marco normativo del DIDH”(2010: 93).

Aludiendo a quienes consideramos que la heterosexualidad no es un elemento intrínseco al matrimonio en nuestro ordenamiento constitucional el mismo consultor agrega:

“[...] quienes adhieren a esta posición parecen no conceder suficiente peso al hecho de que la Constitución regula expresamente el concubinato como heterosexual, siendo de notar que tal figura tiene como modelo a la institución del matrimonio, con la que se diferencia únicamente por la ausencia de celebración según las formalidades de ley [...]” (Ibid: 95)

Por último Siles señala como un problema en el que incurriríamos quienes sostenemos una posición contraria a la suya, el realizar una interpretación “literal y aislada” del artículo 4 de la Constitución (Ibid).

Planteamientos como el que se acaba de explicar son a mi juicio equivocados, por los argumentos que desarrollaré a continuación.

2.4.2. *La unión de hecho*

⁴² El texto del informe con pocas modificaciones es posteriormente la Tesis de Maestría en Derecho Constitucional de Siles bajo el título *Protección constitucional de las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo en el Perú: Derechos Fundamentales, modalidades de tutela y lineamientos básicos para una propuesta de regulación* (2010). En el presente trabajo se ha tomado en cuenta la versión de la consultoría.

El artículo 5 de la Constitución es una regla cuyas implicancias no pueden agotarse en una lectura literal y aislada de ella misma. Es cierto que en esta, a diferencia de lo que notamos en el caso del matrimonio, del lenguaje utilizado se puede apreciar que la unión de hecho está constituida por la voluntad de un varón y una mujer. El problema radica en que la disposición constitucional en cuestión coexiste con el principio de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual, de tal modo que la tarea que corresponde es la de encontrar una coherencia interna en el texto constitucional: ¿Si el principio de igualdad y el mandato de no discriminación proscriben las diferencias por razones de orientación sexual con el propósito de proteger a homosexuales, lesbianas y bisexuales –diferencias que de darse tendrían que evaluarse bajo un escrutinio estricto–, cómo se justifica que constitucionalmente la una unión concubinaria sea definida como heterosexual?

Como ya se ha señalado en el punto 2.4 del capítulo 2, la falta de reconocimiento de la convivencia de las parejas del mismo sexo, produce una degradación respecto de la calidad de ser humano de quienes tienen una orientación sexual distinta al modelo cultural predominante. A ello se suma el reforzamiento en el imaginario social de una idea de sujetos de estatus inferior cuyo resultado es la estigmatización e incluso la violencia contra quienes no encajan en el modelo sexual, produciéndose así un daño al tejido social. La sentencia dictada por la Corte Constitucional de Sudáfrica es aleccionadora en esta parte al considerar que el daño que se produce a las parejas del mismo sexo va más allá de la privación de bienes materiales pues la definición de matrimonio que las excluye sugiere no solo que su compromiso, relación y amor es inferior, sino que estas personas nunca podrán ser parte de la comunidad que la Constitución promete crear con igualdad para todos⁴³.

Si el daño producido con una diferencia de trato es el que hemos señalado, hay que preguntarse si acaso existe una razón tan poderosa que, a pesar de semejante impacto individual y social, justifique tal diferenciación. Mi hipótesis es que no existe y más bien se debe comprender la formulación del artículo 5 en el contexto histórico en el que se gestó la Carta de 1993. En este sentido es preciso recordar que en el Perú las uniones de hecho alcanzaron reconocimiento constitucional recién con la Constitución de 1979 lo que llevó a darle un desarrollo legal en el Código de 1984. El

⁴³ Voto en mayoría del juez Sachs. Para un análisis de la sentencia sudafricana véase (Fernández 2008: p 601- 618).

actual artículo 5 de la Constitución de 1993 es casi idéntico a la disposición de 1979 y consideramos que la falta de reconfiguración de diversas instituciones en el proceso constituyente de 1992-1993 se produjo porque la nueva Norma Fundamental que requería el régimen del entonces presidente de la República, Alberto Fujimori, luego del autogolpe de 1992, era hecha a su medida. Así, se repitieron sin mayor debate un significativo número de las disposiciones constitucionales de 1979 y en lo restante el objetivo fue legitimar al gobierno golpista y permitir la reelección presidencial inmediata (Abad 2010: 24). Es fácil advertir que las cuestiones familiares no resultaban relevantes de discusión en un contexto en que las necesidades y los énfasis estaban puestos en los objetivos políticos del régimen autoritario.

Se presenta pues la necesidad de dar una interpretación en relación con las uniones de hecho reconocidas en el artículo 5 que sea coherente con los principios de igualdad, no discriminación, autonomía y respeto a la diversidad, que irradian de nuestra Constitución y que se han afianzado a través de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. No lo es aquella posición según la cual el artículo 5 contendría una regla de reconocimiento constitucional exclusivamente de las uniones afectivas voluntarias heterosexuales, por lo que las parejas del mismo sexo, en el ejercicio de su autonomía individual, tan solo podrían hacer sus arreglos familiares privados pero sin protección estatal y sin reconocimiento de efectos jurídicos o, en todo caso, se les podría dar en el nivel legal un reconocimiento de efectos personales o patrimoniales de un modo diferenciado del concubinato constitucional, como lo propone Siles (2010:88). Sin duda una interpretación así de la regla contenida en el citado artículo 5, carece de un argumento poderoso para derrotar a la igualdad y al mandato de no discriminación por orientación sexual.

En consecuencia nuestra posición a partir de una interpretación del artículo 5 en clave de principios se basa en las razones siguientes:

- El concepto constitucional de familia es abierto a la dinámica social y no permanece estático en el tiempo, tal como el propio Tribunal Constitucional lo reconoció en el caso Shols.
- El mandato constitucional de protección a la familia no está dirigido a un modelo de familia único sino a la diversidad de formas familiares que se presenten en la realidad. Con un concepto abierto de la familia lo que hay que tomar en cuenta es

su contenido mínimo el cual se traduce en relaciones afectivas, con proyección y planes de vida en común. Bajo ese contorno, el mandato de protegerla se materializa en su fortalecimiento como núcleo, así como en la garantía y el respeto de los derechos individuales de sus miembros.

- El artículo 5 de la Constitución es una regla que define a la unión de hecho heterosexual. No obstante leída a la luz de la igualdad nos dice que no es excluyente de la existencia de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Éstas, aún cuando no han sido definidas como tales, forman parte del contenido mínimo que permite identificarlas como familia y, en tal calidad, requieren de la protección del Estado.

- El reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo es implícito y se deriva, en primer lugar, de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación. El resultado e impacto social que la lectura literal y aislada de la regla contenida en el artículo 5 de la Constitución produce sobre el colectivo protegido por el factor de orientación sexual es incompatible con los objetivos que se buscan alcanzar a través de la realización de los mencionados principios. A esto se suma la inexistencia de razones que podrían ser tomadas en cuenta y que por ser tan poderosas pudieran derrotar el mandato de igualdad.

En segundo lugar, se deriva también de la autonomía pues ésta no solo implica el derecho de cada persona a ser dejado sola y la libertad de optar por los planes de vida que cada persona considere conveniente, sino a que el Estado deba garantizar su ejercicio a través de la creación de condiciones para que tales planes puedan tornarse realidad. En este sentido la autonomía no se satisface únicamente diciéndole a homosexuales y lesbianas que hagan en privado lo que quieran, sino que si desean tener un proyecto de vida familiar se proteja a su familia a través de medidas que se traducen en el reconocimiento de efectos personales y patrimoniales, así como en el otorgamiento del mismo status que otorga el artículo 5.

En síntesis, respecto a las uniones de hecho, se nos presentan dos posiciones:

1. Considerar que la regla constitucional del artículo 5 es clara en señalar que el único reconocimiento constitucional es a las uniones de hecho heterosexuales; por tanto, si se quiere reconocer efectos jurídicos a las uniones entre personas del

mismo sexo se tendría que crear un régimen legal paralelo como por ejemplo la propuesta de reconocer un nuevo estatus que sería la unión civil. Bajo esta mirada se afirma además que si para la unión de hecho se exige la heterosexualidad, con mayor razón para el matrimonio (Siles: 125).

2. Considerar que una lectura literal del artículo 5 y que se agota en lo que expresa el lenguaje de esa regla, entra en contradicción con el principio de igualdad, el mandato de no discriminación y la autonomía individual. En tal sentido si no se encuentra una justificación poderosa para excluir de reconocimiento a las convivencias entre personas del mismo sexo, el artículo cinco no puede ser interpretado de tal manera que se infiera que la Constitución solo consagra el concubinato heterosexual. Por el contrario la diversidad de orientaciones sexuales en relación con los planes de vida familiares encuentran amparo constitucional en los principios que subyacen al texto constitucional y que han ido siendo desarrollados en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

La primera posición lleva, como mínimo, a una invisibilización de los proyectos familiares de quienes no tienen una orientación heterosexual y, en el peor de los casos⁴⁴, a una política segregacionista que refuerza la estigmatización contra el colectivo en cuestión, situaciones que son incompatibles con los principios y valores de nuestro Estado Constitucional. Nótese que el argumento según el cual si se exige la heterosexualidad para la unión de hecho con mayor razón tendría que exigirse para el matrimonio, no tiene de dónde sostenerse porque entraña una jerarquización de los distintos modos de constituir una familia y de la sexualidad en el sentido que Rubin lo planteó, jerarquizaciones que tienen un sustrato moral particular y que son contrarios al concepto abierto de familia que se deriva de la Constitución - permeable a los cambios sociales, culturales, económicos y políticos - sino que también al reconocimiento en igualdad de las familias.

2.5. Una cultura jurídica regional hacia el respeto y reconocimiento a las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo.

⁴⁴ Por ejemplo la propuesta de Siles en el sentido que la protección constitucional a las uniones afectivas entre personas del mismo sexo se daría por un reconocimiento ad hoc para estas. Así sostiene: “Ello no significa, empero, que las uniones afectivas estables entre personas homosexuales carezcan de protección jurídica a la luz de la Constitución, [...] significa tan solo que tal protección habrá de viabilizarse a través de medios distintos de la extensión del instituto matrimonial, [...] (2010:125)

Los cambios legislativos que paulatinamente se vienen dando en países latinoamericanos dan cuenta de la configuración de una cultura jurídica regional que apunta hacia la reformulación de instituciones familiares tradicionales como el matrimonio, las uniones convivenciales y el rol de cuidado de los hijos, incluyendo las adopciones. En este marco, la discusión sobre el matrimonio igualitario y el reconocimiento de las uniones afectivas entre personas del mismo sexo viene ocupando un lugar en los debates nacionales habiéndose producido la legalización del matrimonio igualitario en los casos de Argentina, México (DF), Uruguay y Brasil.

2.5.1. Argentina

La Constitución argentina contiene un mandato dirigido al Estado de protección integral de la familia y hace mención al matrimonio al reconocer a los extranjeros los mismos derechos civiles que les corresponden a los nacionales, entre los que se menciona el casamiento. Argentina se convirtió en el primer país latinoamericano en legalizar el matrimonio igualitario, lo que se produjo mediante la Ley 26.618 promulgada el 21 de julio de 2010 y fue la culminación de un proceso en el que se desplegaron dos estrategias – judicial y legislativa - que caminaron paralelas (Von Opiela: 101-102). Es así que junto a las iniciativas legislativas que se impulsaron desde el movimiento por la diversidad sexual, se interpusieron sucesivas acciones de amparo desde el año 2007 contra el gobierno de las jurisdicciones a las que pertenecían las diferentes parejas para que, por esa vía, se autoricen matrimonios entre personas del mismo sexo. Fue la tercera⁴⁵ en orden cronológico la que mereció un fallo favorable para la pareja demandante en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil y se ordenó a las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas que celebre el matrimonio entre los accionantes en tanto estos lo soliciten⁴⁶. En el referido fallo se dejó establecido que:

“VII. [...] la igualdad que garantiza el artículo 16 de la Constitución, tal como lo interpreta el representante del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: “igualdad entre iguales”. Así entendido, este derecho estaría emancipado del

⁴⁵ Promovida por Alex Freyre y José María Di Bello.

⁴⁶ Fallo dictado el 10 de noviembre de 2009 por la Jueza Gabriela Seijas.

principio de no discriminación, al dejar que el Estado determine la noción de igualdad que será fuente de derechos. Es decir, bajo el amparo de aquel principio se puede justificar la discriminación por origen racial, nacionalidad, por orientación o identidad sexual.

[...]

IX. Que, entonces, la Constitución local “reconoce y garantiza el derecho a ser diferente”, no admitiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de “orientación sexual” (art. 11). Así, a fin de facilitar la impugnación de distinciones ilegítimas realizadas por el legislador, el constituyente de la Ciudad ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de ocultar motivos de distinción incompatibles con el principio de no discriminación. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma portadora del criterio de distinción no supera el examen de constitucionalidad. Esta contradicción directa con el texto constitucional lleva a considerar a la categoría como sospechosa de discriminación (Fallos: 314:1531, votos de Petracchi y Fayt; y Fallos: 329:5266) y, por lo tanto, hace pesar sobre dichas normas una presunción de inconstitucionalidad. Aun cuando alguna “discriminación” o “distinción” sobre la base de la “orientación sexual” fuera en teoría aceptable y consiguiera indulgencia, los estándares aplicables —a los fines de su eventual justificación— deben ser extremadamente exigentes. [...] En síntesis, si bien en principio los poderes políticos tienen facultades para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulta conveniente a fin de llevar adelante objetivos legales legítimos —presumiéndose la constitucionalidad de la norma sancionada de conformidad con las formas prescriptas para ello—, en algunos casos el recurso del legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho. Casos típicos de esta categorización espuria son los de raza y religión y, en épocas más recientes, los de género y discapacidad. En base a la doctrina expuesta, el estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en la orientación sexual se traduce en que tales categorías no deben tener como finalidad crear o perpetuar la estigmatización, el desprecio o la inferioridad legal o social de las personas pertenecientes a minorías sexuales. En todo caso, las clasificaciones fundadas en la orientación sexual deberían ser utilizadas para compensar a tales grupos por las postergaciones sufridas a

través de la historia. En este sentido, los argumentos de la demandada resultan escasos e insuficientes a la hora de revertir la presunción de inconstitucionalidad de las normas en que basó su decisión. Su defensa se limita a negar la discriminación fundada en la falta de prueba en ese sentido.

XIV. Que llegados a este punto debemos preguntarnos si la prohibición de matrimonio para la pareja litigante, contenida en el Código Civil, constituye una discriminación del Estado basada en la orientación sexual. En un primer examen literal, los artículos 172 y 188 del Código Civil se contraponen directamente con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual (arts. 16 y 19, CN; art. 11, CCABA; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, entre otros, art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; [...]) Los actores se hallan impedidos de acceder a la categoría socialmente aprobada de “casados”. Tal exclusión los priva de activos valiosos, tanto si éstos se miden en términos cuantitativos monetarios, o en términos cualitativos de respeto social. Esta diferencia en la tenencia de activos no necesariamente connota una imposición injusta de desigualdad. Sin embargo, el daño infringido se patentiza como claramente ilegítimo cuando advertimos que obedece al estatus de seres humanos menos valiosos de los excluidos.

XVII. Que si las categorías de “malo”, “normal”, “desviado”, “inocuo” o “peligroso” no son predicables respecto a las opciones sexuales, si la perpetuación de tales categorías sólo tiene como finalidad menospreciar a grupos minoritarios para luego justificar su exclusión de algunos beneficios sociales, entonces, deberíamos preguntarnos cómo superar tales categorías a través de decisiones racionales. Un paso importante al que una decisión judicial puede tender es al reconocimiento público de la existencia de la estigmatización y del sufrimiento infringido, y la ilicitud de las discriminaciones en que se apoyan. No se trata de saber si son posibles otras formas de vida familiar y afectiva distintas de la tradicional. Porque las tenemos delante nuestro y sabemos que existen. Se trata de saber si es posible un marco legal suficientemente genérico para adoptar sus institutos a estas realidades. De lo que se trata entonces es de advertir el contrasentido de unos derechos que se predicán como universales pero dejan a un grupo de personas excluido de su goce.

XVIII. Que, para finalizar, cabe coincidir con el argumento del GCBA en relación a que no hubo ilegalidad en su actuar. Sin embargo, la premisa que funda su análisis está incompleta, lo que altera el razonamiento final. Concretamente, si bien los órganos del Gobierno deben cumplir con la ley vigente, los actos del GCBA realizados de conformidad con el Código Civil sólo se presumen legales, y eso no implica que no sean manifiestamente ilegítimos, si contradicen el contenido de la Constitución local y nacional. Una interpretación contraria — que subsuma la legitimidad de los actos o las omisiones en su mera adecuación a la ley— implicaría que el control constitucional difuso encomendado al Poder Judicial desaparezca. En otras palabras, sostener la confusión entre legalidad y legitimidad socavaría el fundamento de la división de poderes y atomizaría la fuerza normativa de la Constitución. Como sabemos, hay cláusulas constitucionales que garantizan la igualdad de las personas; los artículos del Código Civil atacados por los actores las contradicen. El Gobierno no tenía potestades para invalidar tales normas, pero ello no es obstáculo para admitir en sede judicial la pretensión de los actores [...].

XIX. Que, por otro lado, el representante del Gobierno de la Ciudad sostiene que la pretensión de los actores puede ser satisfecha apelando al instituto de la unión civil (fs. 38). En ese sentido, el artículo 4º de la ley 1.004, establece que “para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges”. Tal como afirma la demandada, la norma aludida permite registrar uniones voluntarias conformadas por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. Sin embargo, más allá de que otorga algunos beneficios en el ámbito de la Ciudad, carece del valor simbólico del matrimonio. Si bien muchas parejas pueden elegir quedar fuera de la carga simbólica asociada al matrimonio y, en su caso, optar por este nuevo instituto regulado en el ámbito local, el asunto se vincula con la decisión que se tome como pareja, y finalmente, con que tales opciones estén disponibles para todas ellas sin discriminación. La legislación que concede a parejas que se apartan del parámetro sexual mayoritario el goce de algunos de los beneficios que otorga el régimen matrimonial, pero de manera segregada,

no supera el problema de la discriminación. Si el problema de la exclusión matrimonial se redujera a la imposibilidad de acceder a determinados bienes, la solución bien podría ser el diseño de este tipo de regímenes separados. Pero tal solución parece desconocer que, históricamente, el concepto de “iguales pero separados” ha servido como una forma de camuflar el repudio hacia grupos excluidos. La pretensión de los actores consiste en que la pareja que conforman adquiera el mismo estatus público de las unidas en matrimonio. Más allá de la cuestión vinculada a los menores beneficios que acuerda la ley 1.004 frente al régimen matrimonial, no puede pasarse por alto que, en términos simbólicos, resulta ciertamente insuficiente, pues el mero mantenimiento de un régimen exclusivo para parejas heterosexuales refuerza el estereotipo, la estigmatización y la falta de aprobación y reconocimiento frente a diferentes sexualidades. La exclusión del régimen matrimonial sugiere que el compromiso y los sentimientos de los actores es inferior y, como consecuencia, no es merecedor de los derechos que el marco normativo garantiza a todos por igual. La exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio no es un inconveniente tangencial sino que representa una forma radical de afirmar que la pareja de los actores no merece el pleno reconocimiento estatal. Nuestro marco constitucional otorga a los actores derechos que van más allá de la mera privacidad, el derecho a ser reconocidos como iguales y tratados dignamente. Es por eso que la opción contemplada en la ley 1.004 no basta, en el caso, para satisfacer el principio de igualdad. Al momento de debatir la aprobación de la ley 1.004, los legisladores locales tuvieron muy presentes sus limitaciones frente a las potestades que el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional otorga al Congreso Nacional en materia de derecho común. Pero, dentro de su ámbito de actuación fueron explícitos al considerar que “hay ciudadanos y ciudadanas que están fuera del sistema sólo por su orientación sexual” (Latendorf, 33^o sesión ordinaria, Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, Despacho 2604, VT 55, pág. 26).”

No obstante, este fallo no significó una victoria para la pareja que pretendía contraer matrimonio puesto que varias medidas cautelares fueron interpuestas e impidieron la celebración de la boda. Finalmente, una nueva estrategia se puso en marcha y la pareja logró casarse en Ushuaia el 28 de diciembre de 2009.

Así pues, fueron las acciones de amparo las que empezaron a abrir el camino hacia el reconocimiento legal del matrimonio igualitario en Argentina. El Poder Judicial fue admitiendo los casos y con una interpretación dinámica los operadores del sistema justicia fueron apartándose de la interpretación tradicional de las normas legales sobre el matrimonio y se fue consolidando el argumento igualitario (Von Opiela:107). Sin duda, ello repercutió en el debate parlamentario que finalmente culminó en la aprobación del proyecto de ley que incorporó el matrimonio igualitario y modificó el Código Civil de ese país. Entre las modificaciones introducidas por la Ley 26618 destacan en particular los artículos 172 y 188 del referido cuerpo normativo respecto de los cuales en vía judicial ya había sido cuestionada su inconstitucionalidad. El primero quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 172: 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.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

En relación al segundo:

Artículo 188: El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales.

Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos. En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio.

El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto.

Asimismo, en el artículo 42 de la Ley se establece lo siguiente:

Artículo 42: Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino 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 formado por DOS (2) personas de distinto sexo.

2.5.2. México

En el caso de México el matrimonio igualitario ha sido legalizado por reforma legal en el Distrito Federal (DF), lo que ha terminado teniendo un impacto en casi todo el territorio mexicano. Como antecedente a esta reforma legal se debe señalar la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal⁴⁷ aprobada en noviembre de 2006 y el Pacto Civil de Solidaridad aprobado por el Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza, vigente desde el año 2007.

En noviembre del año 2009 fue propuesto un proyecto de ley para legalizar el matrimonio igualitario en el DF, este se apoyó en el artículo 1⁴⁸ de la Constitución

⁴⁷ Artículo 2: La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.

⁴⁸ Artículo 1: En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo 2⁴⁹ del Código Civil para el distrito Federal. Es así que el 21 de diciembre de ese mismo año se aprobó la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. En particular es relevante el cambio en el artículo 146 del Código Civil. En el siguiente cuadro se observa la modificación que sufrió dicha disposición:

Antes de la Reforma	Norma modificada
<p>Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige. □</p>	<p>Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipula el presente código.</p>

El Procurador General de la República promovió una acción de inconstitucionalidad⁵⁰ contra los artículos 146 y 391 por considerarlos contrarios a los artículos 1, 4 (párrafos sexto y séptimo), y 16 de la Constitución Federal.

El primer párrafo del artículo 4 de la Constitución Federal establece que:

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.(énfasis añadido)

⁴⁹Artículo 2.- La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, **orientación sexual, identidad de género, expresión de rol de género**, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrán negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos. (énfasis añadido)

⁵⁰ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”

La Suprema Corte en tanto lo que se impugnó fue una medida de ampliación del matrimonio para parejas del mismo sexo realizó un test de razonabilidad, consistente en la verificación sobre si tal medida trastocaba o no bienes y valores constitucionalmente protegidos como los alegados por el accionante (una familia tradicional basada en el matrimonio heterosexual). Así la Corte sostuvo que:

“/...../ para analizar si la medida legislativa aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es constitucional o no, bajo el criterio de razonabilidad señalado, las cuestiones que deberemos responder giran en torno a la noción de matrimonio y de familia; la configuración legal del matrimonio; la diversidad sexual, como presupuesto del mismo y, por tanto, la prohibición o permisibilidad para extenderlo entre personas del mismo sexo y, por ende, la posibilidad legislativa de equiparar u homologar parejas del mismo sexo y de distinto sexo, para reconocerles los mismos derechos y obligaciones; todo ello, conforme al examen de lo dispuesto en el ordenamiento constitucional mexicano”⁵¹

De otro lado en relación a la incompatibilidad del artículo 391 del Código Civil que regula la cuestión relativa a las adopciones, el Procurador sostuvo su incompatibilidad con los artículos 1 y 4 párrafos sexto y séptimo de la Constitución Federal. Estos últimos señalan:

“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.”

La Suprema Corte sostuvo que:

⁵¹ Párrafo 225.

“314. Es cierto que tratándose de la institución civil de la adopción, los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante u adoptantes, dada precisamente, esa protección constitucional especial de los niños y niñas; sin embargo, ello no puede traducirse en que la orientación sexual de una persona o de una pareja –que es simplemente una de las opciones que se presentan en la naturaleza humana y, como tal, forma parte de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad-, le reste valor como ser humano o pareja, y por tanto, lo degrade a considerarlo, por ese hecho como nocivo para el desarrollo de un menor y , por ende, que el legislador deba prohibir la adopción por parte de un matrimonio conformado por personas del mismo sexo, por estimar que, el solo hecho de que se trate de parejas del mismo sexo, afecta el interés superior del menor.

/.../

322. El interés superior del menor, en conclusión, exige que el Estado asegure que los niños se convertirán en adultos en contextos familiares que *prima facie* les garantizan cuidado, sustento y educación, pero pensar que las familias integradas por personas del mismo sexo no satisfacen este esquema, implica caer en un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores que, se afirma, se quieren proteger”

La acción fue declarada infundada y se reconoció la validez de los artículos del Código Civil impugnados para el DF.

2.5.3. Uruguay

Uruguay por su parte fue el segundo país latinoamericano en legalizar el matrimonio igualitario. Su Constitución de 1967 con varias enmiendas tiene la peculiaridad de no pronunciarse sobre el matrimonio ni el concubinato. Sí lo hace en el artículo 40 en relación a la familia respecto de la cual dice que 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.* Asimismo en el artículo 42 del mencionado texto constitucional queda establecido que *El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten.*

El camino hacia el reconocimiento del matrimonio en Uruguay ha tenido un recorrido peculiar que el resto de los países latinoamericanos. En enero de 2008 se promulgó la Ley 18.246 sobre Unión Concubinaria. Dicha ley equiparaba el concubinato heterosexual y homosexual, definiéndolo de la siguiente manera:

Artículo 2º. (Caracteres).- 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 mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del Artículo 91 del Código Civil. (énfasis añadido).

No se trató de una unión ad hoc para parejas del mismo sexo sino de una reconfiguración legal del concubinato compatibilizándolo con el artículo 8 de la Constitución que declara que *Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.*

En julio del año 2012 se produjo a través de una sentencia el reconocimiento del matrimonio de una persona trans celebrado en España, en el contexto en el que se debatía una propuesta legislativa auspiciada por el Partido Frente Amplio para legalizar el matrimonio gay, propuesta que se convirtió en ley en abril del 2013. Se trata de la Ley 19.075 en cuyo primer artículo se modifica el artículo 83 del Código Civil de Uruguay en los términos siguientes:

Artículo 1: El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo.

Asimismo, en el artículo 28 de la mencionada Ley se establece que:

Artículo 28: En todas las normas reguladoras del instituto del matrimonio o conexas a este donde se utilicen menciones diferenciales en razón de sexo, deberá entenderse cónyuges, pareja matrimonial, esposos u otras de similar tenor que no alteren el contenido sustantivo de la regulación y que no distingan en razón del sexo de la persona.

2.5.4. Brasil

En el 2008 y 2009 se presentaron dos demandas, una por el gobierno de Río de Janeiro y otra por el Ministerio Público que dieron origen a que en el año 2011 el Supremo Tribunal Federal de Brasil dictaminara que las parejas del mismo sexo podían constituir uniones estables en todo el territorio nacional. Tiempo después, durante el 2011 un Juez de Sao Paulo convirtió una unión estable en un matrimonio, dado que el artículo 226 de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil establece que a efectos de la protección de la familia por el Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio. Esta decisión originó otras similares bajo el argumento igualitario.

Al momento de la decisión del Tribunal Federal de Brasil de legalizar el matrimonio igualitario en todo el territorio, en 13 estados brasileños y el Distrito Federal ya se había reconocido el derecho de convertir la relación estable de las parejas del mismo sexo en matrimonio. El matrimonio quedó legalizado por un fallo judicial en mayo de 2013.

Los casos que se acaban de presentar muestran un escenario de cambios institucionales en relación con la familia y que con matices que diferencian a unos de otros, muestran que cuando se toma la igualdad y no discriminación en serio y cuando se lee la Constitución de manera sistemática el camino correcto lleva al matrimonio igualitario. Esta es una nueva cultura jurídica familiar que se afianza además con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que como Atienza (2013:90) resalta debe ser tomada en cuenta en una interpretación evolutiva de los textos normativos.

En conclusión, el matrimonio igualitario y las uniones entre personas del mismo sexo no solo son compatibles⁵² con la Carta de 1993 sino que bajo la concepción de Constitución y constitucionalismo que hemos asumido como premisa, la eficacia directa e inmediata de la Constitución nos debería llevar a que homosexuales puedan

⁵² En una reciente sentencia del Tribunal Constitucional peruano 00139-2013-PA/TC, este asume la compatibilidad del matrimonio igualitario con la Constitución. No compartimos, sin embargo, el desarrollo argumentativo que realiza el Tribunal y que lo lleva en una sentencia por mayoría a denegar el cambio de sexo en el documento de identidad de una persona transexual y en particular la posición que sostiene que al matrimonio igualitario solo cabría llegar por mediación del legislador.

casarse y/o convivir entre sí en igualdad de condiciones con las parejas heterosexuales. La escasa cultura constitucional de nuestros legisladores unidos a una ideología predominantemente heterosexista hace prever que los cambios no se producirán por obra de ellos. La esperanza de una sociedad respetuosa de la diversidad sexual y por ende más justa parece más bien depender de la justicia constitucional.



CONCLUSIONES

1.- La heterosexualidad constituye el modelo hegemónico de conducta sexual como resultado de la confluencia de factores económicos, políticos y religiosos, así como del discurso médico y psiquiátrico. El conjunto de tales factores que se han producido a lo largo de la historia han determinado la existencia de una jerarquía sexual que coloca a la heterosexualidad en la cúspide del reconocimiento y mayor valoración, frente a diversas formas de vivir y sentir la sexualidad que se constituyen como marginales.

2.- La heteronormatividad es un concepto clave que sirve para identificar un fenómeno por el cual las instituciones, estructuras sociales así como el pensamiento operan bajo la premisa que la heterosexualidad es coherente, natural y buena. De esta manera, la heteronormatividad juega un papel central en los discursos en relación con la familia y el parentesco, en particular se manifiesta en el campo familiar asumiendo una posición que identifica a la familia con lo natural y normal.

3.- La deconstrucción de la noción de familia ha evidenciado que la identificación de esta con lo natural constituye una ideología. La familia tradicional entendida aquella basada en la unión del hombre con la mujer con hijos biológicos (familia nuclear) vaya perdiendo fuerza y se vaya abriendo paso la concepción que asume que la familia es una construcción social y cultural, que se va transformando a lo largo de la historia, así como se viene aceptando el pluralismo y la diversidad de maneras de constituirse.

4.- El daño que se produce a las personas a quienes el Estado no les reconoce en igualdad sus arreglos afectivos por no sujetarse al paradigma de la heterosexualidad, está dirigido a su dignidad. El mensaje simbólico es que tales personas y sus formas de vivir y sentir la sexualidad no son valoradas por lo que tienen un status inferior. La unión civil a través de la cual se pretende conceder algunos efectos a las uniones entre personas del mismo sexo no repara ese daño a la dignidad, por el contrario legitima a través del ordenamiento jurídico la mirada segregacionista de la diversidad sexual.

5.- El debate en torno a la diversidad familiar y diversidad sexual ha tenido como argumentos la dignidad humana, la autonomía individual o privacidad y la igualdad.

6.- La autonomía individual es un argumento débil para la posición favorable al matrimonio igualitario en la medida que aquella alude al derecho de cada individuo a

elegir su plan de vida sin más límite que el de no dañar a terceros. De tal modo que lo que se busca es la construcción de una esfera personal impenetrable por el Estado. Así entonces, la autonomía alude al derecho de la persona a ser dejada sola en sus elecciones personales. La debilidad en concreto se produce porque más bien lo que se busca con el reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo es valorizar las relaciones que no se ajustan al paradigma, incidir sobre la dinámica social para considerar la diversidad y reconocerle el mismo valor.

7.- De la conclusión anterior se deduce que la igualdad, derivada del principio de dignidad humana constituye un mejor argumento para lograr el reconocimiento de las relaciones familiares de quienes no se ajustan al paradigma heterosexual. No tomar en cuenta en la definición legal de matrimonio y convivencia la heterosexualidad implica valorar y dar un juicio moral a las relaciones entre personas del mismo sexo.

8.- El constitucionalismo contemporáneo es el resultado de un proceso histórico en el que confluyen la tradición francesa cuyo modelo de Constitución es la de norma directiva fundamental y la tradición norteamericana que la asume como norma fundamental de garantía. La confluencia de ambas tradiciones da como resultado que la Constitución del constitucionalismo que se vive actualmente sea asumida como condicionante de las decisiones de las mayorías, teniendo como protagonista a los jueces.

9.- El Estado Constitucional es aquel que cuenta con una Constitución rígida o formal, cuyas disposiciones tienen un régimen distinto y de supremacía respecto del resto del ordenamiento y una diferencia de grado respecto de las otras fuentes del Derecho; está orientada a la limitación del poder político y a la garantía de los derechos; y es practicada y asumida como guía para todo el accionar jurídico y política de la comunidad.

10.- El Estado peruano es un Estado constitucional en la medida que la Carta de 1993 es rígida, constitutiva y regulativa además de regir la supremacía de la Constitución. No obstante, la adhesión al paradigma constitucional por parte del Estado debe verse en la realidad en las actuaciones estatales y ciudadanas.

11.- El nuevo paradigma constitucional marca el inicio de una concepción teórica que se caracteriza por: aplicar más principios que reglas, realizar más ponderación que subsunciones, omnipresencia de la Constitución, protagonismo de los jueces, coexistencia de una constelación plural de valores que pueden ser contradictorios.

12.- El nuevo constitucionalismo exige un modo distinto de trabajar con el Derecho que contrasta con el formalismo jurídico. Si bajo este último lo que se busca es dar un conjunto de pasos para encontrar un resultado, bajo el nuevo paradigma lo relevante es justificar el resultado. Esto no solo lo tiene que hacer el juez sino también el legislador.

13.- La argumentación jurídica bajo el nuevo constitucionalismo exige pragmatismo y tiene como norte la mejora del Derecho y de la realidad social.

14.- La orientación sexual debe entenderse incorporada en la disposición que prohíbe la discriminación en la Constitución de 1993 en tanto que constituye un factor a partir del cual se puede identificar a un colectivo integrado por homosexuales, lesbianas, transexuales, etc, que tradicionalmente ha sufrido, por su pertenencia al mismo, un menosprecio social y una situación de violación a sus derechos fundamentales. Esto resulta incompatible con un Estado como el peruano que se rige por los principios de Estado social, democrático y plural.

15.- El trato diferenciado dirigido a homosexuales y lesbianas debe ser evaluado bajo el estándar de categoría sospechosa y aplicarse por tanto un escrutinio estricto.

16.- La Constitución de 1993 contiene un concepto abierto de familia. En relación a esta, no es posible derivar del texto constitucional un modelo único. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional. En ese sentido el mandato de proteger a la familia, que se traduce en una dimensión institucional y personal, asegurando el reconocimiento de los derechos individuales de sus miembros está dirigido a la diversidad de formas familiares.

17.- El mandato de promoción del matrimonio que la Constitución contiene, está orientado a que el Estado desarrolle políticas públicas para facilitar el acceso a la formalización, a través de la celebración del matrimonio civil, de las uniones de hecho.

18.- Las disposiciones constitucionales que se refieren al matrimonio y a la unión de hecho deben ser leídas a la luz de los principios de dignidad, autonomía e igualdad, por tanto para afirmar que dichas formas familiares tienen como elemento intrínseco a la heterosexualidad, se debe justificar una razón lo suficientemente poderosa para derrotar a la igualdad. Ello constituye la forma de trabajar con el Derecho bajo el Estado Constitucional.

19.- La justificación que plantean quienes sostienen que la heterosexualidad es intrínseca al matrimonio y al concubinato es que la disposición constitucional que reconoce a este último lo define como “la unión voluntaria entre un hombre y una mujer”, se agrega en esta línea argumentativa que si para el concubinato se exige la heterosexualidad, con mayor razón para el matrimonio. Sin embargo esta posición no justifica la razón por la cual tratar diferente a los homosexuales guarda coherencia con el principio de igualdad.

20.- La heterosexualidad no constituye un elemento intrínseco al diseño constitucional del matrimonio y las uniones de hecho. Las razones que sustentan esta conclusión son:

- Una concepción heteronormativa de la familia produce un daño a la dignidad humana de quienes no comparten una orientación heterosexual y un daño al tejido social, que son contrarios a los principios de la Constitución de 1993.
- El principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual busca proteger a quienes históricamente han sufrido un daño a su dignidad, han vivido marginación y segregación porque el ejercicio de su sexualidad no se ajusta al modelo hegemónico, es decir la heterosexualidad.
- La lectura de la norma constitucional sobre unión de hecho debe ser concordada con la igualdad y no discriminación por orientación sexual, para encontrar la coherencia interna de la Constitución. Esta coherencia solo es posible si se asume que dicha norma no excluye a las uniones entre personas del mismo sexo, es decir que estas tienen un reconocimiento implícito que se deriva de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación y de la inexistencia de razones que podrían ser tomadas en cuenta que por ser tan poderosas pudieran justificar un trato no igualitario.

21.- Se viene produciendo un cambio legislativo en la región latinoamericana favorable al matrimonio igualitario. Se configura así una cultura jurídica que debe ser tomada en cuenta al realizar una interpretación evolutiva de las normas constitucionales sobre la familia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD, Samuel.
2010 *Constitución y Procesos Constitucionales. Estudio introductorio, legislación, jurisprudencia e índices.* Lima: Palestra.
- AGUILÓ Josep.
2004 *La Constitución del estado Constitucional.* Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
2007 *Fragmentos para una teoría de la Constitución.* Madrid: Iustel.
2008 *Sobre Derecho y Argumentación.* Palma de Mallorca: Leonard Muntaner Editor.
- ARGÜELLO, Sofía.
2008 *La política del estigma (homo) sexualidad: normatividad y resistencia.* Tesis de Maestría. Quito. Flacso. <http://hdl.handle.net/10469/3909>
- ATIENZA, Manuel.
2010 *Bioética, Derecho y argumentación.* Lima: Palestra.
2013 *Curso de Argumentación Jurídica.* Madrid: Trotta
2013 *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho.* Madrid: Pasos Perdidos.
- BARTLETT, Katharine
2011 "Métodos Jurídicos Feministas". En: Fernández, Marisol y Morales, Félix (coord.) *Métodos Feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana.* Lima. Palestra

BURT, Robert.

2009 Regulando la sexualidad: Libertad frente a la igualdad.
http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Burt_Sp_PV.pdf

BUTLER, Judith

2001 *El género en disputa*. 2001. Buenos Aires: Paidós

2005 *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*.

Buenos Aires: Paidós.

BOBBIO, Norberto.

1993 *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Paidós.

BONILLA, Daniel

2010 "Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modelos para su reconocimiento jurídico y político". *Anuario de Derechos Humanos*.
www.anuariodh.uchile.ucl pp 183-200.

CALLE, Luz Victoria.

1995 *La familia. Extracto de su historia. Estructura, funciones, elementales esencias y problemática jurídica*. Bogotá: Ed. Kelly.

CLADEM

2011 *Los Lentes de Género en la Justicia Internacional*. Lima: Cladem.

CORNEJO, Héctor.

1991 *Derecho familiar peruano*. Dos tomos. Octava edición. Lima: Studium.

DE LOPES LIMA, José Reinaldo.

2005 "El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas". *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*. Año 2. Número 2.
<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/derecho-a-la-educacion-y-educacion-para-los-derechos-humanos.pdf>

- DWORKIN, Ronald
1999 *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel
- ERIBON, Didier.
2004 “Lo que Nietzsche hizo a Gide y a Foucault”. En Eribon, Didier. *Herejías. Ensayos sobre la teoría de la sexualidad*. Barcelona: Bellaterra.
- FERNÁNDEZ, Mariano.
2010 “Matrimonio y Diversidad Sexual: la lección sudafricana”. En GARGARELLA, Roberto (coordinador) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot
- FIORAVANTI, Mauricio
2000 *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta
- FOUCAULT, Michel.
2006 *Historia de la Sexualidad. La voluntad del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- FRASER, Nancy
2008 “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación”. *Revista de Trabajo*. Año 4. Nro 6.
- FULLER, Norma.
1992 “¿Innato o adquirido?: La polémica de la sexualidad en Freud y Foucault”. *Revista Peruana de Ciencias Sociales*. Lima. Vol. 3, Nro. 1
- GAMBA, Susana Beatriz
2009 *Diccionario de estudios de género y feminismos*. Buenos Aires: Biblos.
- GARGARELLA, Roberto.
2010 “Matrimonio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario”. En ALDAO, Martín y CLERICO, Laura (coordinadores). *Matrimonio*

Igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas. Buenos Aires: Editorial Universitaria. p. 131-144.

GUIDDENS, Anthony

2000 *Sociología.* Madrid: Alianza Editorial.

GRANDEZ, Pedro

2010 *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica.* Lima: Palestra.

HART, Herbert. L. A

2006 *Derecho, Libertad y Moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962).* Madrid: Dykinson.

LAPORTA, Francisco.

1994 "Problemas de la igualdad". En VALCÁRCEL, Amelia (comp). Madrid: Pablo Iglesias.

MALEM, Jorge.

2001 "La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart". En *Sexualidad y Derechos Ciudadanos.* Lima: CMP Flora Tristán

MILLET Kate.

1969 *Política Sexual.* Madrid: Ediciones Cátedra.

MOLINA, Petit, Cristina.

2000 "Debates sobre el género". En AMORÓS, Celia. *Feminismo y Filosofía.* Madrid: Editorial Síntesis.

MOLLER OKIN, Susan.

1993 "Liberalismo humanista". En: **ROSENBLUM, Nancy L.** (dir.) *El liberalismo y la vida moral.* Buenos Aires: Nueva Visión.

NINO, Carlos Santiago.

1989 *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación.* Buenos Aires: Astrea.

NUBIOLA, Jaime. Esencialismo, diferencia sexual y lenguaje. Universidad de Navarra. P 2. En: <http://www.unav.es/users/Articulo50.html> (última fecha de consulta: 2 de febrero de 2,011.)

NUSSBAUM, Martha.

2007 *Las Fronteras de la Justicia. Consideraciones sobre la exclusión.* Barcelona: Paidós.

OLIVA, Asunción.

2005 “Debates sobre el Género”. En: AMORÓS, Celia y DE MIGUEL, Ana (editoras).

Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. Madrid: Minerva Ediciones.

PARELLADA, Ricardo.

2008 “Necesidades, capacidades y valores”. *Papeles* Nro. 102 http://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/PDF%20Papeles/102/Necesidades_capacidades_valores.pdf.

PEREZ -LUÑO, Antonio.

2005 *Dimensiones de la Igualdad.* Madrid: Dykinson.

PICHARDO, Jose Ignacio.

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

PRIETO, Luis

2002 *Derechos fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial.* Lima: Palestra.

RICH, Adrienne.

1999 “La heterosexualidad obligatoria y la existencia lesbiana”. En: Navarro, Marysa y Stimpson, Catharine. *Sexualidad Género y roles sexuales.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

RUBIN, Gayle.

1998 "El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política del sexo". En NAVARRO, Marysa y STIMPSON, Catharine (compiladoras). *¿Qué son los estudios de mujeres?* Buenos Aires: Fondo de cultura económica.

RUBIN, Gayle.

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

RUBIO, Marcial.

2013 *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUBIO, Marcial, EGUIGUREN, Francisco y BERNALES, Enrique

2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

RUBIO, Marcial.

2006 *El Estado peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

RUSE, Michael

1989 *La Homosexualidad*. Madrid: Cátedra.

RUST, Paula C. El gran debate: esencialismo v. construccionismo. P.2 Publicado en: <http://www.lambdavalencia.org/documentos/56/74/Bisexualidad%20y%20esencialismo%20identitario.pdf>

SABA, ROBERTO

2010 "Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?". En GARGARELLA, Roberto (Coordinador).

Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo II. Buenos Aires:
Abeledo Perrot.

SAVATER, Fernando.

2008 *La aventura del pensamiento*. Buenos Aires: Sudamericana.

SCOTT, Joan W.

1999 “El género: una categoría útil para el análisis histórico” En NAVARRO, MARYSA y STIMPSON, Catharine (compiladoras). *Sexualidad, género y roles sexuales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica pp 37-75.

SILES, Abraham

2010 *El amor prohibido: uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo en el Derecho Constitucional peruano*. Lima: PROMSEX.

OACKLEY, Ann.

1972 *La mujer discriminada*. Madrid: Debate.

VASQUEZ, Rodolfo.

2006 *Entre la igualdad y la libertad. Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Trotta.

VAGGIONE, Juan Marco.

2008 “Las familias más allá de la heteronormatividad”. En MOTTA, Cristina y SÁEZ Macarena (editoras académicas). *La Mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Bogotá: Siglo del hombre editores.

VILLAMIL, Fernando. Homofobia/heteronormatividad e inequidad social como factores estructurales de riesgo. En: www.creacionpositiva.net/pdf

VON OPIELA, Carolina.

2013 Una mirada sobre el matrimonio igualitario en Argentina y el Mundo. *Revista Población*. Año 6. Nro 10. Marzo 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo.

2002 *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Madrid: Trotta.

WITTIG, Monique.

2010 *El pensamiento heterosexual y otros ensayos.* Madrid: Egales.

