

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL Y UNA
PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL PARA LA INCLUSIÓN
EXPRESA DE ESTE DERECHO**

Tesis para optar el Título de Abogada que presenta:

Bettina Del Carmen Valdez Carrasco

Octubre, 2004

INDICE

Introducción	I
CAPÍTULO I – MARCO TEORICO	
1.1 El Derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación	
1.1.1 Derecho a la igualdad	1
1.1.1.1 Igualdad ante la ley	4
1.1.1.2 Igualdad en la aplicación de la ley.....	8
1.1.1.3 Igualdad en la ley	11
1.1.1.4 Otras perspectivas sobre el concepto de derecho a la igualdad	
a) Propuesta de la de construcción de la igualdad.....	18
b) Propuesta de la perspectiva multidimensional	26
c) Propuesta de la igualdad en la diferencia	32
1.1.2 Derecho a la no discriminación	34
1.1.2.1 Distinción entre diferenciación y discriminación	51
1.1.2.2 Tipos y formas de discriminación	54
1.1.2.3 Discriminación inversa.....	61
1.1.3 Normatividad internacional del derecho a la igualdad y a la no discriminación	69
1.1.3.1 Declaración Universal de los derechos humanos y la Declaración Americana de los derechos humanos.....	71
1.1.3.2 El Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Convención Americana sobre los derechos humanos	86
1.2 El Género	92
1.2.1 Definición de género	92

1.2.2	Utilización del término género	112
1.2.3	Diferencia entre sexo y género.....	115
1.2.4	Perspectiva de género sensitiva.....	118
1.2.5	Equidad de género	120
1.2.6	El género y la homosexualidad	122
1.3	Derechos sexuales y reproductivos	127
1.3.1	Definición de los derechos sexuales y reproductivos	128
1.3.2	Relación de los derechos sexuales y reproductivos con otros derechos.....	134
1.3.3	El respeto por los derechos sexuales y reproductivos	142
1.3.4	Normativa internacional sobre los derechos sexuales y reproductivos	
1.3.4.1	Evolución histórica de su reconocimiento legal	155
1.3.4.2	Normativa internacional.....	157
	a) Declaración Universal de los derechos humanos 1948	160
	b) I Conferencia Mundial de derechos humanos - Teherán 1968.....	160
	c) I Conferencia de las Naciones Unidas sobre población y desarrollo – Bucarest 1974	161
	d) I Conferencia Mundial del año internacional de la mujer – México 1975.....	161
	e) Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – 1979.....	164
	f) II Conferencia internacional de la mujer - Copenhague 1980.....	164
	g) II Conferencia mundial sobre población - México 1984	165
	h) III Conferencia Mundial para el examen y la evaluación de los logros del Decenio de las Naciones unidas para la mujer: igualdad, desarrollo y paz – Nairobi 1985	165

	i) Pacto sobre derechos sociales, económicos y culturales – 1988.....	166
	j) Convención sobre derechos del niño –1989.....	167
	k) II Conferencia mundial de derechos humanos – Viena 1993.....	167
	l) Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – Belén do Pará 1994.....	168
	m) III Conferencia sobre población y desarrollo- El Cairo 1994.....	168
	n) IV Conferencia internacional de la mujer – Beijing 1995.....	170
1.3.5	Críticas al contenido de la III Conferencia sobre población y desarrollo- El Cairo 1994 y a la IV Conferencia mundial sobre la mujer – Beijing 1995.....	173
1.4	El derecho a la no discriminación por orientación sexual.....	181
1.4.1	Definición de orientación sexual.....	181
1.4.2	La discriminación por orientación sexual: La homofobia.....	192
1.4.3	La lucha contra la homofobia : Los movimientos homosexuales.....	196
1.4.4	Normatividad internacional que protege el derecho a la no discriminación por orientación sexual.....	204
	a) Declaración Universal de los derechos humanos y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.....	204
	b) Plan global de acción de Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos (Habitat II).....	205
	c) II Conferencia mundial sobre derechos humanos–Viena1993.....	205
	d) III Conferencia sobre población y desarrollo – El Cairo 1994.....	207
	e) IV Conferencia mundial sobre la mujer – Beijing 1995.....	209
1.4.4.1	Protección del derecho a la no discriminación por orientación sexual por la OIT y ACNUR.....	224
	a) Oficina Internacional del Trabajo.....	224

b) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados y Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados.....	224
1.4.5 Pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos, de la Comisión de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Derechos del Niño, sobre el derecho a la no discriminación por orientación sexual.....	225

CAPÍTULO II – EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

2.1 Regulación del derecho a la no discriminación por orientación sexual en América del Sur y Central.....	232
2.1.1 Regulación constitucional.....	234
a) Ecuador.....	234
b) Argentina.....	234
c) Brasil.....	235
2.1.2 Países que penalizan las relaciones homosexuales.....	235
a) Puerto Rico.....	235
b) Nicaragua.....	239
c) Caribe anglófono.....	240
2.1.3 Progresos normativos.....	240
a) Chile.....	240
b) Ecuador.....	244
c) México.....	244
d) Colombia.....	246
e) Venezuela.....	248
f) Costa Rica.....	248
g) Argentina.....	251
h) Brasil.....	252
2.2 Regulación del derecho a la no discriminación por orientación sexual en España, Unión Europea y Sudáfrica.....	258
2.2.1 España.....	258

2.2.2	Unión Europea	
a.	El Tratado de Ámsterdam	266
b.	Carta de derechos fundamentales	268
c.	Pronunciamientos del Parlamento Europeo sobre los derechos de los homosexuales	271
d.	Normativa de los países miembros de la Unión Europea	277
2.2.3	África del Sur	287
2.3	Regulación en otros países	292

CAPÍTULO III – EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

3.1	Antecedentes de la regulación sobre la homosexualidad en el Perú	303
3.1.1	Derecho prehispánico	303
3.1.2	Derecho Indiano	305
3.1.3	Derecho en la República	307
3.2	El derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación en las Constituciones del Perú	312
3.2.1	El derecho a la igualdad y a la no discriminación en la Constitución de 1979	315
3.2.2	El derecho a la igualdad y a la no discriminación en la Constitución de 1993	319
3.3	Los tratados y conferencias relacionados al derecho a la no discriminación por orientación sexual ratificados por el Perú	336
3.3.1	Regulación de los tratados sobre derechos humanos en la Constitución de 1993	336
3.3.2	Implementación de los tratados y conferencias	
3.3.2.1	Tratados ratificados por el Perú	357
a.	Enumeración de Tratados	358
b.	Compromisos adquiridos	359
c.	Cumplimiento de dichos requisitos	360
3.3.2.2	Conferencias y Convenios	
a.	Enumeración de conferencias y convenios	365

b. Compromisos adquiridos	366
c. Cumplimiento de dichos compromisos.....	368
3.3.2.3 Carta andina de Promoción de los derechos humanos..	373
3.4 Anteproyecto de Reforma de la Constitución (2002), Comisión de constitución, reglamento y acusaciones constitucionales.....	375
3.4.1 Propuestas planteadas en el Anteproyecto de reforma constitucional sobre la inclusión expresa del derecho a la no discriminación por orientación sexual en la Constitución	382
3.5 El derecho a la no discriminación por orientación sexual y el matrimonio, adopción y uso de las técnicas de reproducción asistida por homosexuales	
3.5.1 Matrimonio entre homosexuales.....	401
3.5.2 Adopción por parte de homosexuales	410
3.5.3 Técnicas de reproducción humana asistida.....	417
CAPITULO IV PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL	423
CONCLUSIONES	430
RECOMENDACIONES	437
BIBLIOGRAFÍA.....	439
ANEXOS	460

INTRODUCCIÓN

Hemos sido testigos en los últimos años de la rápida evolución en el reconocimiento legal de los derechos de los homosexuales en el ámbito internacional, la realización de matrimonios entre homosexuales y la adopción por parejas homosexuales, la denuncia pública de las agresiones que sufren etc. Todo esto es muestra del incremento del movimiento discursivo sobre el tema de la protección de los derechos de los homosexuales y aunque aún no exista una línea única de comprensión, la tendencia mundial es la aceptación y protección de sus derechos.

El tema de la protección de los derechos de los homosexuales, así como de los discapacitados, de los migrantes, de las mujeres, de las personas con VIH/SIDA etc.; es decir de los grupos que pueden en algún momento sentirse marginados por la sociedad y el Derecho, deben ser estudiados y apoyados por la población en general, en búsqueda del respeto del derecho a la igualdad y a la no discriminación y pensando en que son parte de la sociedad y que los

logros que beneficien al grupo afectado implican el desarrollo del equilibrio social.

Los recientes acontecimientos internacionales sobre el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, junto con la propuesta impulsada por varias organizaciones nacionales de incluir expresamente el derecho a la no discriminación por orientación sexual (proceso de reforma de la Constitución de 1993, en el año 2002), nos llevó a cuestionarnos sobre si el derecho a la no discriminación por orientación sexual está protegido en la Constitución de 1993 o si es necesario una reforma del articulado pertinente con el objetivo que se proteja.

Planteamos como hipótesis eje, que los homosexuales en el Perú no están siendo protegidos contra la discriminación por orientación sexual en el ámbito constitucional.

Como segunda hipótesis sostenemos que los Tratados Internacionales ratificados por el Perú, así como las Conferencias Internacionales a las que hemos participado, que versan directa o indirectamente sobre el tema del derecho a la no discriminación por orientación sexual, tampoco protegen efectivamente este derecho en el Perú, pues no se han tomado las medidas políticas necesarias para implementarlos o no han sido suficientemente efectivas.

En suma, buscaremos responder a los siguientes cuestionamientos:

- ¿La Constitución de 1993 protege el derecho a la no discriminación por orientación sexual o es necesaria la inclusión expresa de este derecho en nuestra Constitución?
- ¿Los Tratados Internacionales ratificados por el Perú y las Conferencias a las que hemos participado, protegen efectivamente este derecho?
¿Se han tomado las medidas necesarias para implementar su correcta ejecución?
- Si en el ámbito internacional a través de la jurisprudencia y de la legislación este derecho esta siendo reconocido, ¿por qué el Perú no recoge lo planteado por la normativa internacional respondiendo así a la evolución de las sociedades en el mundo?

Hemos utilizado el método deductivo, es decir desarrollamos el tema partiendo de lo general a lo específico. Según esto, primero definimos los conceptos y la regulación general de los derechos con los que vamos a desarrollar el tema y que serán base de nuestros planteamientos finales, estos son: el derecho a la igualdad, el derecho a la no discriminación, el género, los derechos sexuales y reproductivos, la discriminación por orientación sexual. Luego, tratamos temas más particulares como la regulación del derecho a la no discriminación por orientación sexual en la legislación comparada. Finalmente, abarcamos este tema en el ámbito jurídico peruano.

Así mismo, hemos utilizado el método histórico para exponer la evolución normativa de los principales temas relacionados al problema eje que trataremos de resolver, como por ejemplo la evolución de la regulación del derecho a la igualdad y a la no discriminación, de los derechos sexuales y reproductivos, del derecho a la no discriminación por orientación sexual en el ámbito internacional.

La principal fuente de información utilizada ha sido la consulta bibliográfica tanto en bibliotecas universitarias de Lima (Universidad de Lima, Universidad Mayor de San Marcos, Universidad Cayetano Heredia), como del extranjero (Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad de Buenos Aires), también en bibliotecas de organismos especializados en temas de sexualidad, de derechos humanos (INPARES, Manuela Ramos, Flora Tristán, CLADEM, ONU).

Así mismo, se ha entrevistado a representantes de varias ONGs internacionales que luchan por los derechos de los homosexuales, así como a representantes de agrupaciones nacionales que tiene el mismo objetivo. Esto nos ha ayudado a compensar el límite del plano teórico y poder conocer la opinión de los verdaderos afectados por esta situación, de este modo hemos podido tener una visión más completa del problema.

Por otro lado, cabe señalar que esta tesis empezó a gestarse desde el año 2002 durante el curso de Metodología de la Investigación y se concluyó el

proceso de investigación y redacción antes de la aparición del "Código procesal constitucional" (promulgado el 31 de mayo de 2004). Por ello, las conclusiones y la propuesta que formulamos se basan en las normas anteriores a este Código. Cabe indicar que la motivación de esta tesis partió de cuestionarnos si la Constitución protegía efectivamente el derecho a la no discriminación por orientación sexual y esto se relaciona con la existencia y efectividad de un mecanismo procesal que pueda ser utilizado por el grupo afectado para reclamar sus derechos. Este último tema ha sido acogido por el nuevo "Código de procedimientos constitucionales" en el primer inciso del artículo 37, por ello implícitamente esta dando respuesta a nuestra interrogante inicial, en la medida que a través de esta ley se reconoce expresamente la protección del derecho a la no discriminación por orientación sexual a través del proceso de amparo. Otra hubiera sido la interrogante inicial y el sentido de esta tesis si el Código de procedimientos constitucionales, hubiera estado vigente durante el proceso de investigación y redacción de esta tesis.

La tesis se estructura en cuatro capítulos. El primer capítulo se titula "Marco teórico" y tiene el objetivo de exponer los conceptos principales que se utilizarán, estos son: el derecho a la igualdad, a la no discriminación, los derechos sexuales y reproductivos, el género, la orientación sexual. Así como la regulación internacional del derecho a la igualdad, a la no discriminación, los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la no discriminación por orientación sexual.

En el segundo capítulo titulado "El derecho a la no discriminación por orientación sexual en la legislación comparada", expondremos la evolución normativa internacional que protege el derecho a la no discriminación por orientación sexual. Así como, la regulación internacional de temas como el matrimonio, la adopción, el uso de las técnicas de reproducción asistida; exponemos la normativa relativa a estos tres temas porque se cuestiona si su no reconocimiento implica una discriminación para los homosexuales.

Este capítulo tiene el objetivo de exponer las soluciones legislativas que otros países han determinado para resolver este problema, evaluar tales normas y determinar una tendencia mundial sobre el reconocimiento de los derechos de los homosexuales.

El tercer capítulo se titula "El derecho a la no discriminación por orientación sexual en la Constitución peruana". Presentaremos la evolución normativa de los derechos a la igualdad y a la no discriminación en las Constituciones peruanas y en especial analizaremos lo planteado en la Constitución de 1993. También, analizaremos la regulación constitucional de los tratados sobre derechos humanos, ya que partimos de la premisa de que los derechos no se limitan a los expresados en el texto constitucional. Todo esto se estudiará con el fin de determinar si la Constitución de 1993 y los tratados y conferencias suscritas por el Perú protegen el derecho a la no discriminación por orientación sexual.

También, explicaremos y criticaremos las propuestas de reforma de la Constitución de 1993 que proponen la inclusión expresa del derecho a la no discriminación por orientación sexual. Esto con el fin de determinar una propuesta propia sobre el tema y criticar las propuestas que se han dado.

Expondremos las diferentes tendencias y posturas sobre el matrimonio, la adopción y el uso de las técnicas de reproducción asistida por los homosexuales. Debido a que estos temas son de por sí complejos, que requieren un análisis profundo para tomar alguna postura y que están fuera de nuestro marco de estudio, hemos optado por exponer las posturas a favor y en contra de la aceptación de estos derechos, a fin de cuestionarnos si sería discriminatorio no reconocerlos, es decir nuestro objetivo en este acápite se centrará en plantear preguntas que puedan dirigir un posterior estudio mucho más amplio sobre estos temas.

En el último capítulo, planteamos una propuesta de norma constitucional, exponiendo nuestras razones para dicha propuesta.

Finalmente exponemos nuestras conclusiones y planteamos varias recomendaciones dirigidas al sector legislativo y a las agrupaciones nacionales que luchan por los derechos de los homosexuales.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO.

1.1 El derecho a la Igualdad y el derecho a la no discriminación

1.1.1 El derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad; desde una perspectiva iusnaturalista es entendido como derecho fundamental e implica que su existencia no depende de reglas política – jurídicas que lo determinen u otorguen, pues tiene la condición de ser inherente al ser humano. Esto significa que toda persona por su calidad de pertenecer a la especie humana, le corresponden los derechos fundamentales y estos son exigibles ante la sociedad y el Estado, dado que son necesarios para la plena realización de la persona.

Según Nogueira Alcala ¹ el derecho a la igualdad puede ser entendido como la “igual dignidad de todas las personas”. Define esta igual dignidad

¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”. En: *Revista jurídica del Perú*. Año XLVII, Número 13, octubre –diciembre de 1997, pp.129 –130.

como aquel valor inherente y común a toda persona; que se expresa a través de la capacidad de la persona de determinar su propia vida e implica considerar a las personas como sujetos y no como medio para conseguir otros fines. Un aspecto importante de la igual dignidad, es que esta prima sobre otro derecho o norma que sea contraria a ella.

Eguiguren Praelli ² agrega que la igualdad es entendida también como un derecho constitucional subjetivo, pues al estar recogido en el texto constitucional, confiere a toda persona un derecho específico y exigible.

El derecho a la igualdad, también es comprendido como un principio y en este sentido puede ser abordado desde diferentes perspectivas. Primero es un concepto normativo que no busca retratar lo que sucede en la realidad; porque la realidad abarca por si misma desigualdades, sino que plantea exigencias en busca de lo que debería de ser una sociedad. No es un principio que describe sino que atenúa desigualdades naturales. Segundo, es un principio que tiene como objetivo modelar la realidad o mantenerla si es que se presenta como justa.

El principio de igualdad es histórico, puesto que las concepciones de igualdad cambian a lo largo del tiempo, por eso lo que antes pudo ser considerado como un trato igualitario, ahora podría no serlo.

El concepto de igualdad entendido como principio esta muy relacionado con el concepto de justicia. Esto implica la exigencia de que las normas jurídicas sean generales, abstractas y que las distinciones que se hagan tengan como base criterios objetivos y razonables. El principio de igualdad no

² EGUIGUREN PRAELI , Francisco. “El principio de igualdad y derecho a la no discriminación”. En: *IUS Et Veritas*. Año 8, Número 15, noviembre 1997, pp. 63 y ss.

significa un tratamiento igual en todas las situaciones, permite en ciertos casos tratos diferenciados pero justificados.

El principio de igualdad por si mismo no es completo, es un derecho relacional. La transgresión del derecho a la igualdad se determinará sobre la transgresión de algún otro derecho específico o en caso de regulación o aplicación de determinada norma; no se viola la igualdad en abstracto, sino que se comparan dos situaciones, una en la cual el sujeto involucrado se encuentra en una mejor posición o que disfruta de un régimen jurídico que lo prefiere y otra en la cual el sujeto que alega la violación del derecho de igualdad describe su situación y la compara con la situación de privilegio.

Con respecto a la clasificación de los derechos fundamentales, entendidos como “generaciones de derechos” y definidos como la clasificación basada en la evolución histórica de la aparición de estos derechos, tomando en cuenta su contenido cognitivo y consagración en diferentes instrumentos internacionales.

Se puede señalar que el derecho a la igualdad pertenece a los derechos de primera generación; definidos por Pizzoruso como aquellos orientados a la tutela de las libertades clásicas, que van a permitir por un lado el respeto de la esfera privada de la persona, impidiendo intromisiones injustificadas y por otro lado el libre desarrollo de las decisiones propias y la libertad de expresar el propio pensamiento³.

Cada generación de derechos es complementaria e interdependiente con respecto a las otras generaciones de derechos, en tanto que todas se

³ PIZZORUSO, Alessandro. “Las generaciones de Derechos”. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Número 5, 2001, p.296.

derivan de un mismo origen y hacia el mismo objetivo, es decir la realización plena del ser humano⁴.

1.1.1.1 La igualdad ante la ley

El principio de igualdad aparece formalmente, primero en la “Declaración de Derechos de Virginia”, del 12 de junio de 1776. Donde se señala “que todos los hombres, son por naturaleza libres e independientes”; y que “ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho a privilegio o ventajas exclusivas o separadas de la comunidad”⁵. Luego será acogido por la “Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano”, del 26 de agosto de 1789; que señala los hombres “nacen libres e iguales en dignidad de derechos”.

Aparece como respuesta a los acontecimientos históricos y políticos de esa época como por ejemplo la división de la sociedad por estamentos, que implicaba la existencia de diferentes ordenamientos por cada estamento; por ende, la aplicación de la ley dependía de la condición personal del individuo. Por estas condiciones el objetivo de esta primera concepción de igualdad era corregir el tema de los efectos de la ley, es decir la ley tenía que considerarse universal y general, excluyendo leyes singulares. En suma, esta primera concepción de la igualdad se basa en que la ley sea la misma para todos y que su aplicación sea igual para todos los ciudadanos.

⁴ GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales*. Lima: ed. Gráfica horizonte, 2001,p.17.

⁵ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “El principio de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento español”. En: *Derechos humanos de las mujeres aproximaciones conceptuales*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1996 ,p.137.

A decir de García Morillo respetando el principio de igualdad ante la ley, la ley tendría que ser: universal, general, abstracta, duradera o con vocación para serlo. Deben evitarse leyes creadas para personas en particular, respondiendo a circunstancias personales o sociales. Por esto, la igualdad ante la ley implica un límite en la actuación de los poderes públicos. La existencia de una ley que no cuente con estas características debe responder a una motivación objetiva y razonable, partiendo de los hechos que quiere regular. Una ley “no general” podría surgir en dos supuestos: un supuesto en el que a través de la ley se suprimen las consecuencias diferenciadoras que se dan por una situación de hecho y otro supuesto se daría cuando se crea una norma que impone una diferenciación (este sería el caso de la discriminación inversa) ⁶.

Según Rodríguez Piñero el principio de igualdad ante la ley trata de rechazar todo tipo de privilegios determinados por las condiciones personales del ciudadano y deriva en la implementación de un ordenamiento jurídico igualitario. También se entiende como un derecho de todos los ciudadanos a recibir el mismo grado de protección que señala la norma ⁷.

Para Partsch, la igualdad ante la ley responde a significados distintos dependiendo del orden jurídico que la regule. Por ello, la igualdad, entendida como limitación a la facultad de creación de normas del legislador, sólo puede operar en sistemas legales que permitan limitar dicha función del legislador. Agrega que la igualdad ante la ley difiere según la estructura constitucional de

⁶ GARCIA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad” En: *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional de derechos y deberes de los ciudadanos*. Volúmen I. Valencia: Tirant Lo Branch, 2000, p. 175.

⁷ FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda y RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. *Igualdad y discriminación*. Madrid: ed. Tecnos, 1986, p.20.

cada Estado, es decir los Estados difieren en cuanto a lo que consideran un acto como arbitrario o justo. Por eso es imposible una definición válida de igualdad ante la ley, para todo tipo de ordenamiento jurídico⁸.

Por otro lado, según Casalmiglia, la igualdad ante la ley puede ser analizada desde dos perspectivas: la igualdad en el contenido de la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. Casalmiglia los define como "... la igualdad en la aplicación de la ley - es decir si a los destinatarios de las reglas jurídicas se les aplica imparcialmente los criterios legales y la igualdad en el contenido de la ley - es decir, si los criterios que utiliza la ley para distinguir entre esas clases de individuos están justificados y son razonables" ⁹.

Plantea que el mecanismo para evaluar estos dos temas, en cada caso es distinto, pues se guía según la naturaleza del problema. Por un lado, la igualdad en la aplicación de la ley, será constatada por la función jurisprudencial de los tribunales constitucionales. En cuanto al contenido de la ley, el principio de igualdad será constatado en la función legislativa de creación de normas, con el objetivo de que las normas reflejen un trato igual a situaciones iguales y un trato desigual a situaciones desiguales.

En suma, como señala Eguiguren Praeli ¹⁰ la igualdad de la ley implica un límite a la función del legislador. Mientras que la igualdad en la aplicación de la ley implica la obligación de todos los órganos públicos de no aplicar una ley de modo distinto en situaciones iguales.

⁸ PARTSCH, Karl Josef. "Principios fundamentales de los derechos humanos". En: *Ensayos sobre los derechos humanos*. Vol.I. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990, p.118.

⁹ CASALMIGLIA, Albert. *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid:ed. Debate, 1989,p.101.

¹⁰ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "El principio de igualdad y derecho a la no discriminación", op. cit., p.64.

Por todo esto, se entiende que la igualdad ante la ley presenta un contenido amplio, pues no sólo abarca el tema de creación de normas generales; por las cuales el individuo tiene un sometimiento y una protección igualitaria por parte del ordenamiento, sino que la norma se aplica sin desviaciones de tipo personales o preferencias. En ambos sentidos se plantean deberes y límites de actuación al legislador y al órgano público que aplicará las normas. Es muy importante que estas limitaciones se presenten en ambos campos, puesto que una norma formalmente de contenido igualitario, perdería su sentido o su objetivo, si fuera aplicada contrariamente al principio de igualdad. Por eso es necesaria una correlación entre la actuación del creador y el aplicador de la norma, para que la igualdad se respete de modo global.

En un principio la igualdad ante la ley se determinaba en un sentido formal, puesto que sus objetivos se limitaban a que la ley en su contenido trate a todos por igual y que se aplique igualitariamente. Sin embargo, actualmente además del parámetro señalado se impone la obligación al legislador de crear normas que permitan la igualdad de condición y oportunidad para todos los ciudadanos, por ejemplo a través de los actos complementarios o acciones positivas; que se definen como aquellas acciones a través de las cuales se logra promover condiciones reales y efectivas de igualdad.

Por lo tanto, es obligación del Estado no sólo respetar el principio de igualdad a través del plano normativo sino que debe actuar de un modo más directo, promoviendo condiciones igualitarias a favor de los grupos marginados, a través de la implementación de normas específicas y compensatorias para cada caso.

1.1.1.2 La igualdad en la aplicación de la ley

Posteriormente, la igualdad ante la ley será entendida como igualdad en la aplicación de la ley; es decir que el órgano aplicador de la norma no se base en consideraciones personales, sino que haga una aplicación general de la norma.

Sobre este tema Rodríguez Piñero¹¹, señala que el Tribunal Constitucional Español (TCE) tiene por regla, que la ley sea aplicada de igual manera en casos de igual naturaleza y por excepción la desigualdad en la aplicación, entendida como que se aplique la misma norma pero que por motivos justificados se aplique de modo diferente, a razón de la “no identidad de los hechos probados o bien en un margen de apreciación del juzgador” (STC de 30 de marzo 1981).

En cuanto a los efectos de la igualdad en la aplicación de la ley, el TCE por su sentencia 49/1982 del 14 de julio puntualiza que “a supuestos de hecho iguales debe aplicarse una norma igual, que deriven consecuencias iguales. Y si es que un tribunal quiere apartarse de un precedente en un caso en que los supuestos de hecho son iguales debe fundamentar razonablemente su decisión”¹². Esto debe darse con respecto a los precedentes dictados por el mismo órgano y por órganos de superior rango con el objetivo de que haya uniformidad jurisprudencial.

¹¹ FERNANDEZ LOPEZ, María y RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. *Igualdad y discriminación*, op. cit., p.23.

¹² Ibid ,p.24.

Para comprobar si ha existido una aplicación igualitaria de la norma se debe tomar en cuenta lo siguiente¹³ :

- Supuesto de hecho iguales.
 - Que han sido objeto de un tratamiento diferenciado.
 - En que medida ello obedece a un cambio de criterio del órgano judicial.
- Sería violatorio de la igualdad una respuesta individualizada al caso concreto. No así una solución genérica diferente a la anterior solución, puesto que al ser general e impersonal justifica un trato diferenciado.¹⁴ Además el órgano aplicador del derecho que decide apartarse del criterio anterior, debe justificar razonablemente su decisión, respondiendo así al criterio de seguridad jurídica y de no arbitrariedad.
- García Morillo¹⁵ agrega, que se debe tomar en cuenta que el órgano judicial cuestionado sea el mismo que emitió la resolución que se invoca como punto de comparación. Además, que la resolución que se alega como punto de comparación sea anterior a la impugnada.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, García Morillo¹⁶ señala que mientras la igualdad en la ley debe ser respetada especialmente por el poder legislativo, la igualdad en la aplicación de la ley debe ser respetada especialmente por el poder ejecutivo y el judicial. Según esto, la Administración debe aplicar un trato idéntico a aquellas personas que se encuentren en situaciones de hecho idénticas. Señala también que siendo el poder judicial la última instancia de revisión de las resoluciones administrativas,

¹³ Ibid , p.25.

¹⁴ Loc. cit.

¹⁵ GARCIA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad”, op.cit., p 188.

¹⁶ Ibid, p. 186.

será este el competente para verificar si se ha respetado el principio de igualdad.

Por su parte, el poder judicial debe evitar basarse en las condiciones personales del ciudadano para aplicar la norma y esto tiene estrecha relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad, es decir el evitar decisiones arbitrarias, irracionales o subjetivas. Sin embargo, el principio de igualdad no puede obstaculizar la actuación normal del poder judicial en temas como:

- La facultad del órgano judicial de interpretar las normas en un sentido diferente al que se acostumbraba.
- La independencia con respecto a otros órganos jurisdiccionales (STC 73/1988, 21 abril y 117/1988 de 20 junio y STC 49/1982 de 14 de julio)¹⁷.
- La capacidad que tiene para rectificar o modificar su interpretación de las normas (STC 30/1987, 11 marzo)¹⁸. Sobre esto último el Tribunal Constitucional Español (STC 39/1937 caso Tarvisco) señala que el principio de igualdad busca que a una misma pretensión le corresponda la misma respuesta obtenida en casos anteriores similares.

Por ende, no se exige que el órgano judicial resuelva de la misma manera y con los mismos términos, sino que adecue la norma y la interprete de acuerdo a los supuestos de hecho particulares que se presenten en cada caso.

Lo que el principio de igualdad representa ante estos cambios en los precedentes, es la exigencia de una adecuada motivación sobre la decisión tomada, que explique las razones por las cuales se ha apartado del precedente y que demuestre que su actuación no está dirigida por motivaciones arbitrarias

¹⁷ FERNANDEZ SEGADO , Francisco. “El principio de igualdad y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento español”, op. cit., p.183.

¹⁸ Loc. Cit.

(SSTC 63/1984 y 64/ 1984, ambas 21 de mayo de 1984). Se le exige al órgano judicial que se ha pronunciado en este sentido, que aplique con carácter general la nueva interpretación de la norma que ha determinado en la resolución del caso. En suma este cambio de criterio no puede ser ni arbitrario, ni ocasional, ni para la resolución de un sólo caso.

Sobre la diferencia entre el significado de la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, Fernández Segado al analizar la sentencia del Tribunal Constitucional Español - STC 49/1985 del 28 de marzo - señala que el principio de igualdad ante la ley es de carácter material y tiene el objetivo de garantizar la igualdad de trato entre los iguales. En contraste, el principio de igualdad en la aplicación de la ley es de carácter formal y no se centra en verificar una interpretación idéntica de la norma si no en evitar pronunciamientos arbitrarios¹⁹.

1.1.1.3 La igualdad en la ley

El derecho a la igualdad fue evolucionando y aparece el concepto de igualdad dentro de la ley o en la ley; cuestionándose con esto el contenido de la norma y por ende limitando la actuación del poder legislativo.

El primer país que consagra la igualdad en la ley es Estados Unidos, a través de su Enmienda XIV del 28 de julio de 1868, que surge como respuesta a los reclamos de los movimientos abolicionistas de la esclavitud. Esta enmienda garantiza “la igual protección de la ley” para toda persona, precepto que debía ser respetado por todo Estado.

¹⁹ Ibid,p. 179.

Rey Martínez ²⁰, se cuestiona sobre cuál debería ser el criterio del Juez para valorar la norma que el legislador ha creado a fin de determinar si la ley respeta el derecho a la igualdad en la ley. Para llegar a una respuesta analiza el actuar de la Corte Suprema Norteamericana, basándose en lo planteado por Joseph Tussman y Jacobus tenBroek sobre el particular. Estos autores tratan de probar que el derecho a la igualdad ha ido creciendo en importancia sobre el derecho a la libertad, que en un principio tenía una posición más relevante que la igualdad.

Parten explicando la doctrina de la clasificación razonable, que puede expresarse en lo señalado en el caso *Yick Wo vs HopKins* (1886) “la igual protección de las leyes es una promesa de la protección de iguales leyes”²¹. Es decir que aquellos que están similarmente situados reciban un trato similar.

Primero determinan la concepción de aquello que está “similarmente situado”, para ello analizan la clasificación que hace la ley para determinar quienes están similarmente situados y quienes no. Señalan que una clasificación razonable sería aquella que se basa en el propósito de la ley para agrupar, por un lado a todas las personas que están en una situación similar y por otro lado a aquellas que no lo están.

El propósito de la ley puede ser la eliminación de un “daño” público o lograr un “bien” público. Tussman y tenBroek utilizan dos variables: el daño (propósito de la ley) y el rasgo (lo que determina que pertenezcan a una clasificación u otra). De estas variables surgen dos grupos: por un lado los

²⁰ REY MARTINEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid : ed. MCGrau –Hil, 1995, pp. 48 –51.

²¹ Ibid, p. 48.

sujetos que poseen el rasgo definitorio (Trait:T) y por el otro aquellos que se ven afectados por el propósito norma (Mischief:M) e identificarán 5 tipos de relaciones:

1. Clasificación perfectamente razonable. Donde todas la T son M y todas las M son T. Esto se entiende como que todos aquellos clasificados en el mismo grupo son igualmente afectados por el propósito de la norma.
2. Clasificación perfectamente irrazonable. Entendido como que ningún T es M. Es decir aquellos que no pertenecen a la clasificación determinada, no son afectados por el propósito de la norma.
3. Clasificación Underinclusive. Entendido como que todos los T son M, pero algunos M no son T. Se refiere a que algunos sujetos que pertenecen al grupo o la clasificación determinada no están incluidos en el propósito de la norma. Se produce una violación a la cláusula de igual protección, pero la Corte Suprema Norteamericana no rechaza una legislación de este tipo.
4. Clasificación Overinclusive. Entendida como que todos los M son T, pero algunos T no son M. Se refiere a que el propósito de la norma afecta a sujetos que no están incluidos en el grupo clasificatorio, determinado por sus rasgos en común. Provoca una violación a la cláusula.
5. Clasificación mixta. Combina la tercera y cuarta clasificación.

Por otro lado, la doctrina de la clasificación sospechosa se basa en que existen supuestos, como las diferencias de credo, raza, nacimiento, etc. que deben de primar y ser respetados, aún por una normativa que sea de clasificación razonable. Determina que debe existir una presunción de inconstitucional si una ley utiliza esos supuestos y por ende ese tipo de ley debe ser examinada con más minuciosidad.

En estos casos la Corte Suprema Norteamericana se basa en el Test del "Strict Scrutiny". Se refiere a que no se aceptará cualquier objetivo gubernamental para justificar una norma de este tipo, sino que se debe demostrar que la norma responde a un fin primordial y necesario (Compelling interest) que puede justificar la limitación de derechos.

Otros métodos que utiliza la Corte Suprema Norteamericana para la revisión normativa son:

1. Rational relationship test

Usualmente empleado para la revisión de normas que hacen referencias a temas socioeconómicos. Este método exige que entre el medio (regulación) y el fin perseguido por la norma, exista una racionalidad.

2. Intermediate Test

Es una forma intermedia de revisión que se basa en verificar que:

- Los objetivos de la norma sean realmente importantes.
- Determinar si esa norma esta dirigida a lograr el objetivo trazado.
- Enfocar la diferencia desde el punto de vista del grupo afectado.
- Exista una articulación actual, relacionada directamente a la situación real del grupo afectado.

- Verificar las justificaciones a la norma discriminatoria.
- Buscar que la norma se adecue a los requerimientos del caso individual.

Coloma Marquina ²² , explica a propósito de los casos de desigualdad en la ley, que el Tribunal Constitucional Español, se basa en el “Test de razonabilidad” a fin de determinar si existe una causa objetiva y razonable para dicho tratamiento no igualitario y si hay proporcionalidad entre los medios y fin. En este caso la razonabilidad se determina a partir del análisis de la propia norma, no en la motivación del legislador al crear la norma (test de racionalidad utilizado por el Tribunal Supremo Norteamericano). Señala también que en el test de razonabilidad se intercalan varios “tests” sucesivos:

- 1) Constatación de la desigualdad
- 2) Relevancia de dicha desigualdad
- 3) Razonabilidad de la desigualdad

Señala que la falta de razonabilidad se puede comprobar siguiendo estos tres pasos:

- 1) Que exista desigualdad en los hechos
- 2) Motivación para que exista la igualdad
- 3) El test de razonabilidad

Danos Ordoñez ²³ , explica con más detalle las características del test de razonabilidad, citando a Fernández Segado que se basa en los fallos del Tribunal Constitucional Español , señala que los rasgos de este test son:

²² COLOMA MARQUINA , José. *Definición y contenido del principio de igualdad*. En: Lecturas sobre temas constitucionales, #7, Lima, 1999, pp. 190 –191.

²³ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. *Discriminación sexual y aplicación en la ley*. Volúmen 4. Lima:Defensoría del Pueblo, 2000, pp. 119 – 121.

- Los supuestos de hecho que se quieran comparar tienen que ser efectivamente comparables.
- Quien alega la violación debe presentar el “término de comparación”, demostrando con esto que otra persona goza de un sistema jurídico más favorable.
- Para que la diferenciación sea aceptada debe tener una finalidad objetiva y razonable, el fin perseguido debe ser constitucionalmente admisible.
- Debe efectuarse un juicio de racionalidad, que supone evaluar la existencia de una conexión entre el trato desigual de la norma impugnada y el supuesto de hecho que lo justifica.
- La finalidad debe respetar la proporcionalidad entre los medios y la finalidad perseguida.

Otro antecedente, sobre el derecho a la igualdad en ley, se produce en Alemania durante la República de Weimar, especialmente en el Tribunal Constitucional, del que formó parte Leibholz, conocido defensor de la igualdad en la ley. Plantea que la igualdad no sólo se refiere a la igualdad “según su derecho” sino “en su derecho”²⁴. El legislador tiene el deber de respetar el contenido material del principio de igualdad; esto es límite para su actuación. Por otro lado, el individuo tiene el derecho a que la normativa que se le aplique haya sido creada respetando el principio de igualdad ²⁵.

La posición alemana influye en otros sistemas normativos, especialmente en el italiano, que asume como correcta la postura alemana y poco a poco pasa a interpretar el artículo 3.1 de su Constitución, incluyendo la

²⁴ FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda ,RODRIGUEZ PIÑERO,Miguel. *Igualdad y discriminación*,op. cit. , p. 29.

²⁵ Ibid, pp. 29 –30.

igualdad en la ley como principio que debe ser respetado por el legislador. Entienden que el principio de igualdad no estaría siendo respetado en su totalidad, si sólo es deber del aplicador del derecho respetarlo; por tanto es necesario que el creador del derecho también se rija por este principio. También se plantea que si bien la Constitución Italiana en su artículo 3.1 prohíbe distinciones por razón de sexo, raza, lengua, religión, etc. Este artículo tiene dos vertientes de interpretación:

- a) Una prohibición genérica de distinciones irrazonables
- b) Como presunción de irrazonabilidad en caso que se haga referencia a alguna de las prohibiciones en dicho artículo²⁶.

En el caso de Francia el reconocimiento al respeto de la igualdad en la ley es más reciente que en los otros países europeos, porque tradicionalmente consideraban a la ley como expresión de la voluntad general y además este principio no estaba recogido expresamente en su Constitución. Su Constitución recogía los supuestos prohibidos y se entendió durante mucho tiempo que fuera de estos supuestos, otro tipo de distinciones eran permitidas. Posteriormente, el Consejo Constitucional por decisión 73-51 DC del 27 de diciembre de 1973 señaló que siguiendo la línea del Preámbulo de la Constitución de 1946 y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, el principio de igualdad debía abarcar no sólo la igualdad en cuanto a su aplicación, sino también en lo que respecta a su contenido y esto atañe de manera directa a la actuación del legislador, en el sentido de que no puede introducir a la ley cualquier criterio de distinción. Lo planteado por el

²⁶ Ibid, pp. 30 –32.

Consejo Constitucional, permite que la igualdad pase de ser un principio infralegislativo a una norma constitucional, puesto que se extiende la aplicación de esta interpretación ²⁷.

1.1.1.4 Otras perspectivas acerca de la igualdad

Estudiamos estas propuestas, para demostrar que el concepto de igualdad está siendo cuestionado desde diversos enfoques y esto es resultado que en la realidad el principio de igualdad no es respetado y por ende, su concepción entra en cuestionamiento y crítica.

A) Propuesta de deconstrucción de la Igualdad

Alda Facio Montejo ²⁸ analiza el principio de igualdad ante la ley desde una perspectiva género-sensitiva. Su propuesta y crítica se dirige al análisis de la igualdad entre los sexos.

La autora parte definiendo el género, como aquella dicotomía sexual determinada socialmente a través de la imposición de roles y estereotipos distintos para hombres y mujeres. El problema de este paralelismo, es que se valoran de distinto modo los roles o características de uno y otro grupo, determinando todo lo masculino “como referente de todo lo humano”, valorándolo positivamente y más que todo lo femenino. Es decir no sólo existe una dicotomía, sino una jerarquización en la asignación de la identidad de género, así el género femenino esta subordinado al masculino, que es tomado como paradigma de lo humano.

²⁷ Ibid, pp. 32-34.

²⁸ FACIO MONTEJO, Alda. “El principio de igualdad ante la ley”. En: *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales*. Lima: ed. Manuela Ramos, 1996, pp. 92 y ss.

Explica algunas instituciones cuyas características permiten que se mantenga la jerarquización del género masculino sobre el femenino, estas son:

a) La familia

Es el ámbito principal en el que se reproduce el patriarcado; entendido como la superioridad de todo aquello que le corresponde al género masculino.

b) La educación

Refuerza y enseña valores patriarcales, pues parte de darle más importancia a lo masculino. La autora propone eliminar el paradigma de lo masculino en el contenido y metodología de la educación y a su vez sensibilizar a los maestros sobre la jerarquización de lo masculino sobre lo femenino.

c) El Lenguaje

Es importante estudiarlo, porque es el medio por el cual se definen, se comunican y se implantan o construyen valores.

El patriarcalismo se refleja en el lenguaje, en lo siguiente:

- La mujer no ha participado en la construcción del lenguaje, ya que las palabras han sido creadas por los hombres, prueba de ello es que hasta hace pocos años la mujer no podía participar en la Real Academia Española.
- Las palabras en masculino denominan no sólo a lo masculino de la especie, sino a todos los seres humanos. Relegan lo femenino como a una categoría específica, utilizando una palabra en particular para su denominación.

- Las palabras han determinado que lo femenino se entienda como “lo otro”, lo no general, lo específico. Si esto se traslada al campo del Derecho, se entiende la igualdad como el otorgarle a la mujer los mismos derechos del hombre, es decir que la mujer sea parte de aquello que es general, universal, sin tomar en cuenta las necesidades particulares y distintas de la mujer.

También deben ser estudiadas otras instituciones como las leyes y prácticas normativas sobre temas de herencia, salarios, violencia contra mujeres y también el mensaje que brindan los medios de comunicación, la iglesia.

La perspectiva género sensitiva que es la base de su estudio, la define como el reconocimiento de que la realidad se explica y se entiende desde el punto de vista masculino. Por ello, esta perspectiva visibiliza los efectos de la construcción social del género, reflejando la importancia y sobrevaloración que se ha dado a lo masculino en toda definición y explicación de la realidad en detrimento de lo femenino y sus valores.

La autora critica el Derecho y en especial el derecho a la igualdad (como ha sido entendido), señalando:

- Las características patriarcales, en el que el hombre es modelo y paradigma se reflejan también en las instituciones jurídicas. Algunos se oponen a esta visión argumentando que esto pudo haber predominado en los inicios del Derecho. Sin embargo, para la autora aun se mantienen sutiles normas anti-mujeres, aunque se haya reconocido a la mujer como sujeto de derechos.

- Las leyes han sido creadas desde un principio, para y por los hombres. Y aunque el progreso con respecto a los derechos de la mujer ha evolucionado, la mujer al vivir y sentir en un mundo androcentrista a veces ya no siente conscientemente la subordinación que se le impone.
- Critica a aquellos que proponen como solución a ésta situación, la determinación de leyes específicas antidiscriminatorias y que señalan que no es necesario pensar en el significado de la igualdad. Para la autora no podría solucionarse el problema de la discriminación contra la mujer, si no se construye un concepto de igualdad que no tenga como referente a lo masculino.
- La autora critica también, las leyes de protección especial, que se basan en considerar que las mujeres tienen “necesidades especiales”. Esta idea, históricamente ha partido desde un punto de vista biológico reproductivo de las mujeres y de esto surgió la presunción social de que las mujeres también son las encargadas de todo lo que rodea e implica a la reproducción. Estas normas especiales estarían dirigidas a facilitar la función natural y social de las mujeres. Para la autora estas leyes no protegen a las mujeres, sino que han sido creadas “para que cumplan su función natural y social de cuidarle las/os hijas/os, cocinarle, prepararle la ropa, limpiarle la casa, etc. al hombre”²⁹.
- Critica el sesgo androcéntrico de los derechos universales, de los principios fundamentales, de los mecanismos de protección. Señala que los derechos universales no son naturales, ni verdaderos, ni necesarios, y que los

²⁹ Ibid, p.92 .

sesgos androcéntricos y el género masculino influyen en el contenido de las normas.

Agrega, que la igualdad está ligada a las visiones del sistema patriarcal. Desde su inicial desarrollo en las revoluciones norteamericanas y francesa en el S. XVIII, se buscaba la igualdad del hombre ante la ley y en especial de los hombres de la clase burguesa; por ende se dejaba de lado las necesidades de la clase obrera y de las mujeres, esto trajo como consecuencia que la igualdad se entendiera sólo desde una visión formal.

Analiza el contenido de los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Señala, que el artículo 1 sí incluye a la mujer al señalar “todos los seres humanos”. Sin embargo, el artículo 2 no puede ser entendido como que prohíbe la discriminación sino que prohíbe “distinciones”, el problema de esto es que no determina con claridad qué distinciones pueden ser consideradas discriminaciones. Además agrega que existen muchas maneras de entender la discriminación y algunos creen que para evitarla basta que una ley determine en su contenido la prohibición a un tipo de discriminación, según la autora entenderlo así sería equiparar la discriminación con la igualdad ante la ley, por ende no se distinguirían los resultados de los conceptos.

Según la autora, el principal problema de las declaraciones y convenciones internacionales es que el parámetro de regulación es la situación del hombre. Se considera que el objetivo debe ser otorgarle a la mujer los mismos derechos que el hombre y una protección especial en cuanto a su función reproductora, pero no toman en cuenta las necesidades, ni intereses

especiales de las mujeres, ni tampoco la reconceptualización de los deberes de las mujeres, ahora que pueden participar en el espacio que antes era sólo de exclusividad del hombre; por ejemplo que el hombre participe en las actividades reservadas socialmente a la mujer, como las labores domésticas.

Con respecto a la igualdad de los sexos ante la ley, señala que existen dos patrones por lo que se ha construido la igualdad de este tema:

a) Patrón de la equivalencia

Sostiene que las leyes son neutrales, genéricas e iguales. Las leyes imponen a las mujeres los mismos derechos que a los hombres, las instituciones tratan a las mujeres como ya tratan a los hombres. El problema es que nunca lograran una igualdad real porque parten de concepciones de instituciones sociales y leyes no neutrales en tema de género; la concepción de igualdad sobre valora a lo masculino, razón por la cual no existe igualdad entre los sexos.

La propuesta de la autora no se refiere a la sustitución del concepto de igualdad, sino a su redefinición, que incluya las necesidades e intereses femeninos. La autora está de acuerdo con la definición de discriminación de la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", pues determina que será discriminación todo tratamiento que conlleve al resultado de la desigualdad. Es decir el objetivo es lograr la igualdad entre los sexos en cuanto el goce de los derechos de cada sexo. Para esto se debe eliminar al hombre como paradigma de lo humano y crear normas que tengan como paradigma lo humano, que por esencia es diverso y reconocer que somos "igualmente diferentes". Además, dadas las

características, por las cuales se han basado las normas, es decir el esquema y necesidades masculinos, para revertir este patrón y lograr la igualdad de la mujer será necesario la imposición de medidas correctivas, que no significan discriminación pues no implica el limitar el goce de derechos a un grupo determinado.

b) Patrón de la diferencia

Presenta distintas argumentaciones. Unos proponen la protección especial, otros sostienen que es imposible la igualdad y que debería buscarse la equidad y la justicia.

El problema de esto último es que la construcción de los conceptos de equidad y justicia también tiene como referentes al hombre. Además la igualdad existe porque existen las diferencias, el reto actual se determina en que la no discriminación no se circunscriba a lo que dice la ley sino también a los resultados de su aplicación.

Para la autora el concepto de igualdad en el que se basan los derechos humanos, descansa en el hombre como modelo de lo humano “no toma a todos los hombres como referencia sino a los de cierta clase, etnia, zona geográfica, religión, preferencia sexual, etc.”³⁰.

La reconceptualización de la igualdad, tendría como objetivo la inclusión de las necesidades de todos los seres humanos, es decir una visión general del ser humano no sólo desde el punto de vista de las necesidades del varón. Para esto tendrían que tomar en cuenta especialmente temas como el

³⁰ FACIO MONTEJO, Alda. “El principio de igualdad ante la ley”. En: *El otro Derecho*. Numero 8, junio de 1991, p. 11.

concepto de ciudadanía, el concepto de ser humano, para analizar la conveniencia o no de las medidas correctivas.

La autora se pronuncia también sobre las medidas correctivas señalando:

- Si se considera que las leyes son neutras y que las discriminaciones se deben a los prejuicios del aplicador de la norma, se va a tener una posición contraria a la implementación de las medidas correctivas, porque serían vistas como discriminatorias con respecto a los grupos no favorecidos.
- Si se parte de la idea de la neutralidad de las normas en términos de género y simplemente se le otorga a la mujer los mismos derechos que ya tenía el hombre y que fueron definidos por el hombre y para el hombre. Esta idea de neutralidad del género en la construcción de los derechos, impediría la determinación de alguna medida correctiva pues sería considerada discriminatoria.

Para la autora el problema nace porque se ha entendido que el modelo de lo humano, es el hombre, entendiéndose que sus necesidades e intereses son lo general. Por eso las normas que regulan la situación del hombre son vistas como si fueran universales y aquellas que regulan temas de la mujer son vistas como específicas, es decir que benefician sólo a un sexo y pueden producir discriminaciones.

La autora propone “la igualdad en la diferencia”³¹, para la cual se debe eliminar la jerarquización entre hombres y mujeres no sus diferencias.

³¹ Ibid, p. 18.

B) Propuesta de la perspectiva multidimensional

Efrén Rivera Ramos ³², se cuestiona sobre el significado de la igualdad y propone un “reexamen” de esta concepción.

Para ello parte de algunas premisas necesarias para este reexamen. Primero señala que el concepto de igualdad proyecta su importancia en su vigencia histórica como “ideal regulador”. El problema principal es la discusión sobre el significado que unos u otros dan a la igualdad, aunque concuerden en la importancia y valor de este derecho. Señala también que las diversas concepciones de la igualdad responden al contexto histórico en el que se construye dicha definición, puesto que las desigualdades a las que se contraponen van variando según el contexto histórico. Según esto, el contenido de la igualdad era distinto para los revolucionarios del S.18 o para abolicionistas norteamericanos o actualmente para los feministas u homosexuales, esto es así porque cada grupo afectado va a ampararse en la igualdad para aminorar o eliminar todo obstáculo que le impida desarrollarse como los demás.

Otro elemento que toma en cuenta es que la construcción de las concepciones sobre la igualdad está estrechamente relacionada con los valores, creencias, percepciones que se tienen sobre otros temas como la libertad, la función del Estado, de los tribunales, la justicia, la diferencia entre lo público y privado. Sobre este punto concluye que la concepción de igualdad al ser un ideal, una meta a lograr, que se contraponen a lo que acontece en la

³² RIVERA RAMOS, Efrén. “La igualdad una visión plural”. En: *Revista jurídica Universidad de Puerto Rico*. Volumen 6, Número 1, 2000, pp. 1 y ss.

realidad también refleja en su construcción las preferencias sobre el tipo de sociedad que se quiere lograr.

Otro tema que señala es que en el estudio de la igualdad tiene que considerarse el tema del poder; el poder entendido como un tipo de relación que se reproduce en las distintas relaciones sociales que existen por ejemplo entre los heterosexuales y los homosexuales.

El punto anterior se relaciona con el problema y la complejidad de las situaciones contemporáneas que producen o manifiestan alguna discriminación que reflejan las múltiples exigencias actuales sobre la igualdad, además esto implica que muchas veces los reclamos de igualdad vengán incluidos en otros reclamos como por ejemplo el respeto a la autodeterminación y al derecho de intimidad que reclaman los grupos homosexuales.

El autor señala que se suele decir que existe un conflicto entre la igualdad y la libertad, tema con el que no está de acuerdo. Primero porque lo que puede estar en conflicto son concepciones específicas de la igualdad o de la libertad y la intención de que uno predomine sobre el otro o puede existir un conflicto entre ciertas formas de libertad con ciertos modos de promover la igualdad. Temas que según el autor pueden ser solucionados. Además, ambas están relacionadas de distintos modos, como por ejemplo a través del derecho a la autodeterminación.

Otro punto que señala el autor es que existen actualmente desarrollos ideológicos tan poderosos que impiden la realización de la igualdad, como por ejemplo el neo-liberalismo y el globalismo. Sobre el primero, el autor señala que se basa en parámetros económicos y prima la igualdad de los agentes económicos y sólo permite un mínimo de intervención en temas de política

redistributiva. Por su parte, el globalismo busca una uniformidad a través de la extensión de distintos mecanismos de mercado, que se traduce en una igualdad basada en la uniformidad de vida social por todo el mundo, este tipo de igualdad muchas veces discrimina a aquellos que no forman parte de aquella uniformidad que pretenden lograr.

Todas estas premisas llevan al autor a plantearse la necesidad de un reexamen de la igualdad. Parte analizando la igualdad formal y la define como aquella que basándose en nociones como la neutralidad, imparcialidad y universalidad, impone la realidad en el contenido y en la aplicación de la ley. Esto trae como consecuencia que “nadie debe gozar de mayor protección de la ley o mayor acceso a ciertas libertades o a los bienes y servicios públicos, sólo por hecho de ser blanco, rico, hombre, heterosexual... y nadie debería tener vedado por la ley el acceso a ciertos bienes, servicios y libertades”³³.

El autor, señala que la igualdad formal no puede resolver plenamente determinadas situaciones de desigualdad. Se le presentan los siguientes problemas:

- 1) La igualdad ante la ley no es suficiente para garantizar el ejercicio pleno de los derechos en ciertos casos.
- 2) Un tratamiento igualitario en principio, puede crear efectos discriminatorios, debido a las circunstancias singulares del grupo o persona afectada.
- 3) La concepción de la igualdad formal no responde a la pregunta ¿derecho a qué?.

³³ Ibid , p. 12 .

En vista de los problemas señalados, presenta las siguientes alternativas de solución:

1) La igualdad real o material, definida como aquella alternativa que le toma más importancia a los resultados, sean de leyes o de prácticas políticas. Cuyo objetivo es tomar en cuenta la situación real de las personas involucradas y según esto determinar ciertas medidas para eliminar o aminorar su situación desigual; estas medidas pueden incluir acciones afirmativas por parte del Estado.

Las discrepancias con respecto a este tipo de igualdad se centran en señalar que puede originar un conflicto con la libertad y que es cuestionable la necesidad de la intervención del Estado a través de medidas afirmativas.

Puede presentar el problema de que sus medidas de uniformidad perjudiquen y discriminen a algún grupo social. Puesto que la igualdad real se ha manifestado en medidas de distribución de recursos, principalmente. Esto acarrea el inconveniente, de que las desigualdades se basan en relaciones de poder institucionalizado así como discriminaciones que no tienen que ver con distribución de recursos, la verdadera solución sería un cambio de estas relaciones sociales de subordinación.

2) Otra alternativa, surgida a propósito de las discriminaciones sobre el tema de igualdad material y la insuficiencia de la igualdad formal; es la igualdad de oportunidades.

El problema de esta es que su determinación o definición es débil se basa en el contenido de las concepciones señaladas. El problema principal es

determinar ¿oportunidades para qué?, la respuesta depende del contexto histórico y de las pretensiones de algún grupo.

Otro inconveniente es lo que llama el autor “ paradoja Jeffersoniana”, pues Thomas Jefferson consideraba que el medio para igualar las oportunidades era la educación pública, pues permitía que los mejores de cada clase social logren la igualdad, es decir “el derecho igual a convertirse en beneficiario de un sistema de desigualdad” ³⁴.

3) El enfoque de la diferencia, definido como aquel enfoque que reconoce que existen diferencias y las acepta. Su objetivo no es eliminar las diferencias si no eliminar o aminorar los efectos negativos que producen esas diferencias.

Este enfoque tiene 2 vertientes:

a. Aquella, cuyo objetivo es eliminar o disminuir cualquier desventaja que la diferencia real pueda producir. Como por ejemplo las medidas que facilitan el acceso a lugares, educación, empleo a impedidos físicos o mentales.

b. El objetivo de la segunda vertiente es “valorar positivamente la diferencia”, es decir que se respeten y valoren las diferencias y que sirvan de base para crear medidas que permitan el desarrollo pleno de las personas con dicha diferencia. Podría resolver temas como reclamos de autodeterminación cultural de grupos indígenas, el derecho a la cultura e idioma , etc.

Esta alternativa también encierra problemas como determinar qué diferencias se deben tomar en cuenta y la posibilidad de que esta postura conlleve a nuevas desigualdades.

³⁴Ibid.,p. 16.

4) Otra alternativa de solución es la equidad; definida como el atender las singularidades de la persona involucrada a fin de determinar la solución adecuada. El trato equitativo exige “la contextualización de las decisiones”³⁵, que significa tomar en cuenta las necesidades, las experiencias personales, el contexto social que rodea a la persona afectada por un trato desigual. Se toma en cuenta no sólo las diferencias que tiene esa persona como perteneciente a un grupo, sino que se debe analizar su situación individual y determinar qué medida sería la adecuada para resolver su situación particular. El autor sugiere que la capacidad discrecional que se le otorga al juez para la resolución de un caso, se basa en las particularidades de la persona afectada, buscando siempre un trato equitativo.

La solución que propone el autor es valorar los múltiples significados de la igualdad para crear medidas o soluciones “multidimensionales” que respondan a la multiplicidad de desigualdades que se presentan; a esto le llama “perspectiva multidimensional”. Justifica su propuesta con los siguientes argumentos:

- Insuficiencias de las otras alternativas de solución.
- La importancia que tiene cada concepción analizada para resolver satisfactoriamente ciertos problemas.
- Muchos ordenamientos jurídicos utilizan diferentes enfoques de la igualdad.

Este enfoque plural, que propone, requiere un acopio de información de los problemas que se presentan según el tipo de desigualdad que se

³⁵ Ibid , p. 21

identifiquen, las distintas dimensiones del problema y que según esto, se busquen las múltiples opciones de solución en base a las distintas modalidades de igualdad y los efectos que estos producirán en cada aspecto del problema.

Esta alternativa también acarrea problemas como el identificar los problemas, sus necesidades, las soluciones adecuadas y armonizar estas soluciones. Así como el reflejo de nuestras particulares preferencias en el momento de elegir la solución adecuada.

C) Propuesta de la igualdad en la diferencia

Ana Rubio explica esta postura, señalando que el objetivo de reivindicar la diferencia en interacción con la igualdad, es buscar el desarrollo de un “sistema jurídico abstracto y general, compatible con la existencia de un modelo social de hombres y mujeres, no de sujetos de derecho, no de categorías abstractas”³⁶. La diferencia se opone a la igualdad formal en tanto ésta impide el desarrollo y permanencia de lo diferente o impide el desarrollo libre de la propia existencia e identidad.

Para incorporar el valor de la diferencia en el sistema jurídico es necesario partir de una visión antropológica del derecho y recordar la relación existente entre el Derecho y los individuos concretos que conforman la sociedad. Según la autora, existe una lucha entre los niveles de abstracción del derecho y las exigencias individuales de los sujetos. Está de acuerdo con que un grado de abstracción en la normatividad es la solución para controlar los excesos del particularismo; pero está en desacuerdo con que esta solución

³⁶ RUBIO, Ana. , “Igualdad y diferencia . ¿Dos principios jurídicos?. En : *Derecho y libertades* . Número 4, Junio, 1995, p. 279.

olvide las diferencias entre los integrantes de la sociedad . Para contrarrestar esta tendencia de las respuestas jurídicas, la autora señala que una alternativa es “ recuperar el control reflexivo sobre el proceso de socialización” ³⁷.

Señala que existen cuatro tipos de relaciones entre la igualdad y la diferencia:

1) El primero se basa en una “indiferencia jurídica para las diferencias”, es decir se ignoran las diferencias y el objetivo principal es otorgar un mínimo de derechos y reducir el poder del sector privado. Un ejemplo de ello sería un estado de naturaleza hobbesiana, que se basa en medidas de fuerza para imponer su política.

2) La “diferencia jurídica de las diferencias”, según la cual algunas diferencias son valoradas mientras otras se desvalorizan, las diferencias son entendidas como privilegios o discriminaciones. Un ejemplo de ello son las sociedades jerarquizadas y aristocráticas.

3) Otra posibilidad se basa en la “homogeneización de las diferencias”, es decir se busca la defensa de la igualdad, dejando de lado las diferencias. Para este modelo, sólo hay una identidad normal, la cual debe primar y actuar como parámetro. Impone un régimen jurídico general y abstracto para todos.

4) Otro modelo es la “valoración jurídica de las diferencias”, la cual reconoce la existencia de las diferencias y trata de evitar que éstas sean motivo de discriminación.

³⁷ Ibid, p. 280.

Señala la autora que hay dos tipos de diferencias: las naturales y culturales, que individualizan a las personas y dada su importancia son protegidas contra discriminaciones por los derechos fundamentales, respetando así la igualdad formal. Por otro lado, las diferencias económicas y sociales que crean disparidad entre los sujetos, originando diversos derechos patrimoniales, posiciones de poder y por ende deben ser reducidos al mínimo o compensados, respondiendo así a la igualdad material. Partiendo de las premisas señaladas, el principio de igualdad sería violentado si no se respetan o se ignoran las diferencias existentes entre los individuos.

La interacción igualdad – diferencia supone un equilibrio entre la igualdad como norma y la diferencia como hecho, a fin de que exista efectividad en el ejercicio de los derechos. Señala la autora que las identidades colectivas e individuales son resultado de la interacción de la igualdad y la diferencia y por eso, el plano jurídico no puede ser ajeno a esto, ni puede separarlos de su ámbito. “ La igualdad en la diferencia no sólo permite distinguir el plano normativo del plano de la efectividad, en la igualdad de derechos, también hace lógicamente compatible el reconocimiento de iguales derechos fundamentales y diferentes garantías en atención a las diferencias de identidad ” ³⁸.

1.1.2 El Derecho a la no discriminación

La palabra discriminar tiene dos sentidos, por un lado significa “distinguir o diferenciar” que no encierra necesariamente con sentido negativo o positivo.

³⁸ Ibid, p.284.

Por otro lado, significa “parcialidad, prejuicio, favoritismo” que sí encierra un sentido negativo. Este último sentido es el que se utiliza actualmente en el Derecho Internacional ³⁹.

Rodríguez Piñero ⁴⁰ señala que la construcción del significado actual de discriminación es reciente. Parte señalado que el origen latino del término es la palabra “discriminatio” que significa separar, dividir, diferenciar. Para el estudio de este proceso analiza el desarrollo de este término en el ámbito norteamericano. En el idioma inglés el término “to discriminate” y “discrimination” tiene dos sentidos:

- a) Sentido neutro – percibir la distinción entre objetos
- b) Sentido positivo – el poder hacer “observaciones y diferenciaciones con agudeza, sutileza y exactitud” ⁴¹.

El sentido positivo del término es utilizado por la economía en el tema de discriminación en precios, entendido como vender el mismo producto en el mismo momento pero a distintos precios, respondiendo a diversos criterios. Del plano económico, pasa al plano del Derecho a través de leyes que regulan temas de competencia y diferenciación de precios, con el objetivo de evitar las medidas de diferenciación de precios cuyo fin sea eliminar a la competencia. Luego pasa al ámbito del Derecho Internacional Económico, en el tema de igualdad de trato entre los Estados, que en su aplicación práctica se presenta en relaciones especiales en que se crea una diferencia de trato.

³⁹ BARRERE UNZUETA, María Angeles. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid: ed. Civitas , 1997, pp. 19-20.

⁴⁰ FERNANDEZ LOPEZ , María Fernanda, RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. *Igualdad y discriminación*, op. cit. , pp. 85-96.

⁴¹ Ibid, p. 85.

El término también se desarrolla en el plano del Derecho Constitucional y se relaciona con la aplicación de la 14ª enmienda de la Constitución norteamericana, que prohibía la discriminación racial. Con esto se determinaron los límites de los dos sentidos del término discriminar: el neutro y originario (“discrimination between”) y el negativo y reciente (“discrimination against”) cuyo uso se generaliza recién a mediados del siglo XX.

Por otro lado, el desarrollo del término discriminación en su sentido negativo, se presentó primero después de la Primera Guerra Mundial con el problema de la aparición de las minorías nacionales y religiosas en los nuevos Estados. El objetivo en este caso era la protección contra la discriminación de la persona, pero no como miembro de una minoría sino a favor de toda la sociedad, es decir sin hacer distinciones entre los diversos grupos sino buscar favorecer a toda la sociedad. Luego de la Segunda Guerra Mundial, el movimiento para la protección de los derechos humanos se acelera e incluye en su progreso al derecho a la no discriminación.

Primero, se incorpora a las normativas el objetivo antidiscriminatorio y posteriormente se expresa el término. Así este objetivo se refleja en los Tratados de Paz entre los Estados que aseguran la no discriminación en el goce de los derechos y libertades de los individuos. En el ámbito de las Naciones Unidas, en un principio se recoge este objetivo pero no se utiliza expresamente el término discriminación, sino utiliza el término “distinción” al referirse al goce de los derechos y libertades del individuo.

Con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, se introduce el término “discriminación” en la versión inglesa, en el artículo 7, que se refiere a la protección contra cualquier tipo de discriminación. Este cambio

generó polémica, se suprimió el calificativo “arbitrario” de la versión original y se utilizó el término discriminación en su sentido peyorativo. Esto tuvo como objetivo reforzar y delimitar las características de esta tutela específica. Poco a poco, el término se generaliza y su concepto se va cristalizando, hasta entenderse que la discriminación se refiere a toda conducta que haga distinciones en base a características naturales y sociales, que no se refieran a los méritos, capacidades o conducta concreta de la persona afectada. Por todo esto, el concepto de discriminación ya no se entiende como sinónimo de la distinción de trato, sino que su significado presenta dos sentidos:

- a) Con relación al criterio de distinción que considera al sujeto como perteneciente a un grupo y por eso se le discrimina.
- b) Con relación a la situación adversa o negativa, que sufre el sujeto como consecuencia de la discriminación, lo que viola el principio de igualdad y por ende la dignidad humana.

Los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas, consolidan este significado de discriminación y se pueden agrupar en dos vertientes:

- 1) En unos casos, tienen el objetivo de proteger ciertos derechos y para ello prohíben su discriminación. La tutela antidiscriminatoria es un medio por el cual se protegen otros derechos, que regula y protege el instrumento internacional. Este enfoque se presenta en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales y en parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos.

2) Otra vertiente de Tratados internacionales tiene como objetivo la protección del derecho a la no discriminación, específicamente.

Los instrumentos internacionales que pertenecen al primer grupo, no presentan una noción unitaria del término, pero sí colaboran en su elaboración. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales recoge en su artículo 2.2 una cláusula antidiscriminatoria que no es autónoma, porque busca la protección de los derechos que el Pacto reconoce y se entiende que la definición de discriminación es conocida.

En el mismo sentido se regula el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, aunque utiliza el término “distinción” en lugar de discriminación. En cambio su artículo 26 sí tiene significado autónomo, y se regulan 3 temas relacionados entre si: la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley y la no discriminación. La intención originaria del segundo párrafo del artículo 26 era determinar una prohibición general contra las discriminaciones en base a esas condiciones; luego por una enmienda se introduce “a este respecto” con el fin de reducir el ámbito de protección de la igualdad y la discriminación, para que garantice también a las relaciones privadas.

Finaliza Rodríguez Piñero, señalando que la prohibición de discriminación “contra” va más allá de la prohibición de desigualdades de trato, busca eliminar e impedir una diferenciación “contra” un individuo por motivos de sus “caracteres innatos o su pertenencia a categorías o grupos sociales específicos”⁴², que va más allá de la prohibición de tratamientos arbitrarios.

⁴² Ibid, p 95.

Los principales instrumentos internacionales que regulan este derecho son: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y la Convención Americana sobre los derechos humanos. Sin embargo, ninguno de estos determina una definición exacta para este derecho. A pesar de que su importancia ha sido recalcada por el Comité de derechos humanos, que lo determina como un principio básico y general, que es base para el ejercicio de otros derechos como el debido proceso, traducido como la igualdad ante los tribunales o la igualdad de condiciones para el acceso a función pública, en las cuales el trasfondo y el objetivo principal es el respeto por la igualdad entre los ciudadanos.

Se puede determinar una definición, a través de lo señalado por otros instrumentos internacionales, como la Convención Internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial, que en su artículo 1, define a la discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia... que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce, o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales".

Esto coincide con lo planteado por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en su artículo 1 y lo planteado por la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación fundadas en la religión o en las convicciones.

El mismo sentido, ha sido planteado por el Comité de derechos humanos que en su observación número 18 define de modo global el derecho a la no discriminación, ampliando los campos de aplicación como " toda

distinción, exclusión, restricción o preferencia en base a determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social...". Por lo tanto, puede entenderse por discriminación toda conducta injusta, todo trato desfavorable contra un grupo social o persona, que es privado del goce de los derechos que disfrutaban otros grupos sociales o personas.

Cabe señalar que el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación son complementarios. Según O'Donnell ⁴³, se prohíbe la discriminación de derechos reconocidos por instrumentos internacionales. Mientras que el derecho de igualdad se extiende a todo derecho reconocido por la legislación interna. Por lo tanto abarcan categorías de derechos distintos. A nivel interno se abarca un universo mucho más amplio.

Nogueira Alcalá ⁴⁴ señala que el principio de no discriminación ha sido elevado a la categoría de ius cogens y prohíbe aquella diferenciación basada en fundamentos irrazonables, arbitrarios. Es decir el legislador podría crear normas que incluyen distinciones sobre temas ajenos al núcleo duro de igualdad (condiciones subjetivas de igualdad), es decir la diferenciación no puede justificarse por motivos "de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión opinión filosófica o política, siendo las diferencias basadas en tales situaciones siempre ilegítimas" ⁴⁵. La importancia de que haya sido elevada a la categoría de ius cogens es que se convierte en una norma imperativa,

⁴³ O'DONNELL, Daniel . *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988, p.376.

⁴⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional", op. cit., p.131.

⁴⁵ Ibid, p.130.

cuya modificación sólo puede realizarse a través de una norma de su mismo carácter y cuya derogación es imposible.

Lerner ⁴⁶ señala que para el derecho internacional moderno el término “discriminación” está relativamente precisado. Describe por regla un fenómeno negativo y por excepción se aceptan distinciones basadas en una justificación razonable. Tiene siempre relación con la idea de trato e implica una acción o una omisión que afecta a alguien. El autor señala que todos discriminamos en nuestra vida privada y cotidiana, pero a la ley sólo le interesará regular el tema cuando la acción traspasa los límites del ámbito privado, violando el derecho a la igualdad y a la libertad. Por lo general, la discriminación se dirige contra la pertenencia grupal de un sujeto y no tanto por sus características individuales; por ejemplo se discrimina a una persona por pertenecer a una raza, religión, sexo etc. Esta pertenecía al grupo discriminado se da debido a que comparten características sociales o naturales en común.

Rey Martínez ⁴⁷ define la prohibición de discriminación basándose en lo que estipula el artículo 14 de la Constitución Española (CE). Señala que cuando la desigualdad es racial, sexual o por aquellos específicos casos señalados en el artículo 14 CE, el principio de igualdad se transforma en el derecho a la discriminación. Para el autor el artículo no hace referencia a dos principios distintos (igualdad – no discriminación) sino que el principio de igualdad “opera de diferente modo en función de cuál sea el factor de diferenciación” ⁴⁸. Cuando se produce un tratamiento desigual por alguna de

⁴⁶ LERNER , Natán. *Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación*. México: Comisión Nacional de Derechos humanos, 1991, pp. 45 - 47 .

⁴⁷ REY MARTÍNEZ , Fernándo. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, op. cit. pp. 58-59.

⁴⁸ Ibid, p. 56.

las condiciones especificadas en el artículo 14, el principio de desigualdad opera como derecho a la no discriminación. En otros casos se exige tan sólo la razonabilidad de aquel tratamiento diferenciador. La prohibición de discriminación introduce también un plus de protección porque implica la imposición de acciones positivas. Para el autor existen discriminaciones en sentido amplio, es decir todo aquel tratamiento desigual, arbitrario, que se identifica con la prohibición de desigualdades y discriminaciones en sentido estricto, en tanto se refieren a desigualdades que se dan por los motivos diferenciadores específicamente prohibidos en el artículo 14 CE; además “la constitución ha sustraído esta materia del pluralismo político: se trata de un auténtico derecho fundamental”⁴⁹.

Por su parte, Lerner señala que se discrimina a alguien que pertenece a una raza, a una religión etc., es decir se le discrimina por pertenecer a un determinado grupo con características comunes. Se refiere el autor, al problema sobre la determinación del concepto de “minoría”. Para algunos en Estados Unidos minoría se refiere a los grupos hispanoamericanos, o latinoamericanos. Otros se refieren a “comunidad” como equivalente a “grupalidad” y como fuente de derechos. Otros autores utilizan el término “grupo social” o “clase natural”, entendida como una entidad separada a la de sus miembros y con identidad propia, sus miembros explican quienes son a partir de su pertenencia al grupo y su bienestar particular depende del bienestar del grupo. Recientes tendencias utilizan el término “pueblo” a veces se superpone a la noción de “grupo”, para el autor la noción de grupo es más amplia que pueblo, ya que los grupos incluyen a los pueblos pero no todo

⁴⁹ Ibid., p. 59.

grupo puede reclamar los derechos de un pueblo como el de autodeterminación (artículos 1, 55, 73 de la Carta de las Naciones Unidas).

Partiendo de estos problemas de definición y de la falta de definición legal sobre el término “grupos”, Lerner sigue lo dicho por Van DyKe sobre el término y entiende que un “grupo” no se refiere a un agregado o suma de individuos, sino que los individuos integrantes tienen un sentido de pertenencia a ese grupo, un sentido de solidaridad y de compartir una herencia o destino común. Los grupos son permanentes, se caracterizan por su espontaneidad, identificación con el todo y sentimiento de permanencia.

Señala el autor, que muchos han tratado de delimitar cuáles son los grupos existentes, así R. Blanpain crea una lista en base a los motivos de discriminación laboral y en su IV categoría incluye la orientación sexual. Lerner no está de acuerdo con lo planteado por Blanpain, pues señala que no todos los motivos de discriminación incluidos en alguna de las seis categorías que señala, pueden ser considerados grupos; por ejemplo para el autor los homosexuales no constituyen un grupo porque no comparten sentimientos de identidad y solidaridad; además sus lazos no pueden compararse a la de religión o etnia. Sostiene que una persona es homosexual, en cambio el integrante de un grupo pertenece a ese grupo. Para Lerner sólo puede hablarse de “grupos” por motivos étnicos o raciales nacionales, religión, culturales o lingüísticos⁵⁰.

⁵⁰ LERNER, Natán. *Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación*, op. cit., pp.46 – 54.

Por su parte Kiper ⁵¹ señala que usualmente definen minoría como aquel grupo étnico, religioso y lingüístico particular, cuya situación es especial o que requiere una protección jurídica especial. Señala el autor que no puede hablarse de identidad propia de dicho grupo, si ese grupo no tiene voluntad de conservarla. Sobre el factor numérico señala que es un elemento importante para la construcción del concepto de minoría, porque la protección de las minorías se fundamenta en la debilidad de su posición en la sociedad. En un Estado Democrático, se debe buscar evitar que la mayoría ignore las exigencias, necesidades y derechos de los grupos minoritarios.

El autor difiere de Lerner y define las minorías sexuales como “los grupos de personas que se enfrentan de forma permanente, implícita o explícitamente, al orden establecido, se niegan a desempeñar el papel que les ha sido atribuido en su calidad de hombre o mujer, y se organizan cuando tienen esa posibilidad, para reivindicar la satisfacción de sus necesidades específicas y para ayudarse mutuamente”⁵². El autor incluye en este grupo a los homosexuales, transexuales, hermafroditas, travestis. Señala el autor, que la mayoría de intentos de definición de “minoría” hacen referencia a la raza, lengua o religión (protegidos expresamente por el artículo 27 Pacto internacional de los derechos civiles y políticos), y que pueden extenderse a favor de otros grupos minoritarios derechos como:

- Derecho a una vida cultural propia.
- Derecho a profesar y practicar una religión determinada.

⁵¹ KIPER, Claudio Marcelo. *Derechos de las minorías ante la discriminación*. Buenos Aires :ed. Hammurabi, 1998, pp. 56 –72.

⁵² Ibid, p. 387.

- Derecho de las minorías lingüísticas a usar su propio idioma.
- Derechos políticos.
- Derecho al trabajo.
- Derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge.
- Derecho al acceso a servicios y lugares públicos.

Rodríguez Piñero ⁵³ señala algunas distinciones entre el principio general de igualdad y la prohibición de discriminación:

1) **Ámbito en el que operan.**

El principio de igualdad limita la actuación de los poderes públicos, pero se extiende a todos los ámbitos y sujetos en que se puede establecer diferencias de trato. Puede afectar a individuos, personas jurídicas, productos.

En el caso de la prohibición de discriminación, ésta protege al individuo como tal, los sujetos afectados sólo pueden ser seres humanos, individualmente o en grupos.

En cuanto a los sujetos activos; el principio de no discriminación no obliga sólo a los poderes públicos, sino también a los individuos que actúan en el campo privado. Por ello la tutela no se reducirá a observar las normas jurídicas sino también la actuación privada. El Estado discriminaría si aceptara la existencia de una discriminación privada.

⁵³ FERNANDEZ LOPEZ , María Fernanda, RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. *Igualdad y discriminación*, op. cit. , pp. 156 –159.

2) Forma de actuar la tutela.

En el caso de principio de igualdad de trato, la tutela es “autosuficiente” pues su ejecución es directa e inmediata (según el artículo 14 CE).

En cambio la prohibición de discriminación presenta; además de esos efectos directos, un plus, es decir determina la aplicación de medidas complementarias para lograr la no discriminación. Esta es la razón por la cual se señala que éste es un derecho autónomo, pues si fuera sólo un instrumento de protección de otros derechos vincularía principalmente a los poderes públicos y sería “autosuficiente”.

3) El significado de paridad

Otro contraste entre el principio de igualdad de trato y el de no discriminación es el significado que cada uno utiliza de paridad.

El principio de igualdad de trato permite la discrecionalidad de los poderes públicos en su actuación, permite desigualdades de trato justificadas y prohíbe la arbitrariedad, la paridad no es ni medio ni fin.

En cambio el principio de no discriminación, tiene como objetivo eliminar la discrecionalidad de los poderes públicos, determina la exigencia absoluta de la paridad de trato, es decir la utiliza como instrumento para eliminar la discriminación. Sin embargo el “mandato de parificación” admite excepciones, derogaciones pero restrictivamente, en tanto encierren un objetivo constitucionalmente válido y de valor superior al de las condiciones específicas de prohibición de discriminación o que por medio de esta medida excepcional se logre la no discriminación.

El autor, señala que el aspecto de discriminación es elástico porque evoluciona con el tiempo y las circunstancias y depende de la materia a la que se aplique es decir la discriminación por sexo será diferente a la discriminación religiosa, pero en la esencia del concepto mantendrá su eje común.

Agrega que los elementos que comparte todo tipo de discriminación son⁵⁴:

1) La discriminación origina una situación de diferenciación de trato contra el sujeto afectado. La “diferenciación” incluye diversas actuaciones que producen distinciones, limitaciones, exclusiones y toman en cuenta un punto de referencia, es decir el modelo estándar de tratamiento. Encierra el tema del “perjuicio” sobre el sujeto afectado, pero es analizado no desde una perspectiva subjetiva (lo que siente o piensa de este trato el sujeto afectado) sino que ahora es analizado objetivamente reconociéndose la existencia de discriminación aun en aquellos casos en que la víctima acepta ese trato.

Además la inexistencia de un perjuicio inmediato, no niega que se haya producido discriminación, debe analizarse la situación discriminatoria de manera global.

2) La discriminación prohíbe una diferencia de trato jurídico y esta relacionado con la tutela de la dignidad humana y de los derechos humanos. Las diferencias de trato existen sean de naturaleza económica o social y tienen relación con las características de la conformación de la sociedad; estas diferencias tendrán que rebasar el límite del plano social y afectar el

⁵⁴ Ibid, pp. 168-173

reconocimiento, el goce o ejercicio de los derechos para que sea considerada un fenómeno jurídico, es decir como discriminación.

3) La discriminación se configura cuando un tratamiento diferenciador se configura con respecto a las razones excluidas expresamente por la norma que recoge el derecho de no discriminación. Para que se configure, no es necesario evaluar la intención o motivación por la que sucedió la discriminación, tampoco esto puede servir de excusa para no sancionar; esto hace referencia a una valoración objetiva de la discriminación, lo que admite la presencia de discriminaciones directas e indirectas.

4) El sujeto pasivo de discriminación sólo puede ser el ser humano, individual o grupalmente. Los sujetos activos son tanto los poderes públicos como los sujetos privados.

5) La discriminación debe juzgarse en función al resultado de la diferencia de trato, que debe anular, menoscabar o perjudicar el goce de determinados derechos. Este tema se vincula con el objetivo de imponer medidas positivas contra la discriminación, que se adaptaran al tipo de discriminación y a la materia o ámbito en el que la discriminación se produce.

Por otro lado, Barrere ⁵⁵ señala que la discriminación es un fenómeno social y por ende, su estudio y conceptualización va más allá del ámbito

⁵⁵ BARRERE UNZUETA, María Angeles. *Discriminación , derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, op. cit. , pp. 19 y ss.

jurídico. Señala también que su ámbito de desarrollo es elástico porque cambia según el tiempo, el lugar y el contexto.

La autora analiza el desarrollo del derecho antidiscriminatorio en el ámbito norteamericano, señalando que esta concepción nace en Estados Unidos luego de la Segunda Guerra Mundial, para resolver los problemas de discriminación racial. En los años sesenta, se amplía hasta abarcar motivos de religión, nacionalidad, sexo. Posteriormente, se intentará ampliar a temas como edad, orientación sexual, discapacidad, status marital y riqueza.

Las principales normas norteamericanas, que regulan cronológicamente este tema son:

- La Ley de Derechos Civiles (Civil Rights Act) de 1964 que regula temas de derecho al voto, no discriminación racial.
- Equal Employment Opportunity Act de 1972, que reemplaza el Título VII de la ley anterior y regula temas de minorías y de mujeres.
- Civil Rights Act de 1991, que regula los mismos temas de la ley anterior.
- Decimocuarta Enmienda, que contiene la “equal protection clause”.

Por otro lado, este tema también ha sido recogido y desarrollado a nivel judicial, a través de la interpretación de la XIV enmienda, por ejemplo sobre la creación de mecanismo de control constitucional de las leyes. A este nivel también se desarrollan los conceptos de “disparate treatment” y de “disparate impact”; que en el ámbito europeo se conocen como de “discriminación directa o internacional” y “discriminación indirecta”.

Estas teorías se basan en dos sentidos de igualdad diferentes. El disparate treatment se refiere a la igualdad de trato, entendida como

prohibición de discriminación intencional y el disparate impact se entiende como igualdad de oportunidades.

El disparate treatment se divide según el alcance general o individual de la práctica, en “systemic disparate treatment”, que hace referencia tanto al “anunciado” como al “resultado” de la práctica general y en “individual disparate treatment”.

La teoría del disparate impact, se refiere a que el demandante no tiene que probar la intención de discriminar del demandado. Esta teoría se inicia con la resolución del caso Griggs Vs. Duke Power Company. En este caso, una compañía empleaba trabajadores negros sólo para un área en donde los salarios eran más bajos que en las otras cuatro áreas, cuando aparece la Civil Rights Act de 1964 y este tratamiento se convierte en ilegal, la compañía introduce como requisito para conseguir el puesto de trabajo, estudios de escuela superior y dos test de inteligencia. En este caso la discriminación aparecía en la práctica, pues la raza negra había recibido una educación distinta e inferior y por tanto ese requisito les impedía acceder a ese trabajo. El Tribunal Supremo entendió; según este caso, que la discriminación se considera al margen de la intencionalidad del tratamiento, es decir se fija en las consecuencias de la práctica.

El derecho antidiscriminatorio, incluye a su vez “affirmative action policy”, que carece de una definición clara. Según la doctrina estadounidense se divide en:

- soft affirmative action
- aggressive affirmative action
- hardball affirmative action

La soft affirmative action, se refiere a otorgar oportunidades a toda la población, sin que importe la raza, género etc. La aggressive affirmative action se dirige al resultado asignando un “plus” a determinadas personas según pertenezcan a una minoría o al sexo femenino. El tercer grupo la hard ball affirmative action se hace una preferencia “absoluta” a un grupo determinado.

La base de la affirmative action, es el título VII de la Civil Rights de 1964 enmendada luego por la Equal Employment Opportunity Act de 1972, con esta modificación se amplía las facultades de la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, pudiendo iniciar una acción civil en caso no haya resuelto el problema la conciliación y también cuando considere que hay algún tipo de discriminación.

La autora, señala que su origen normativo se vincula con el concepto de igualdad de oportunidades y su uso en el campo laboral. Mientras su fundamento doctrinal se relaciona con la teoría del “disparate impact”; en un inicio las empresas tomaron medidas como las ofertas preferentes de trabajo para lograr el equiparamiento racial, también se tomaron medidas como órdenes de cuotas judiciales en caso se probara la discriminación ilícita en contra del título VII.

1.1.2.1 Distinción entre diferenciación y discriminación

La igualdad de trato se define como aquella conducta que se aplica a hechos iguales y por tanto tendrá consecuencias iguales. Para introducir un trato diferente a supuestos de hecho similares deberían existir argumentos

suficientes para justificar esta diferenciación como razonable, es decir no pueden perseguirse fines particulares o arbitrarios.

Partiendo de esta premisa, no todo trato diferente constituye discriminación, aun cuando vaya contra lo estipulado específicamente como causal de discriminación en los instrumentos internacionales. Para el Comité de derechos humanos, una diferenciación basada en criterios objetivos y razonables no constituye una discriminación prohibida.

Esta diferenciación válida es recogida por instrumentos como el Convenio # 111 sobre la discriminación en materia de empleo y discriminación en su artículo 1. 2 que plantea “que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”.

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial en su artículo 1,4 y sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en su artículo 4,1, determinan que la discriminación basada en el objetivo de asegurar la igualdad de derechos y libertades, es válida, siempre que sea temporal, para que no se mantengan derechos distintos luego de haber alcanzado los metas trazadas. La diferenciación tiene el objetivo de que a través de ciertas medidas, corregir la discriminación de hecho. Esto significa que previamente se ha reconocido un supuesto de desigualdad en la sociedad, que el Estado busca compensar a través de medidas positivas específicas y razonables.

Según señala Eguiguren Praeli ⁵⁶ el Tribunal Europeo de derechos humanos mediante sus decisiones ha logrado adoptar criterios uniformes necesarios para determinar cuándo se configura una diferenciación y cuándo es un trato desigual.

El Tribunal señala que el derecho de igualdad de trato no prohíbe que se den situaciones de diferenciación válida, más aun si existen en la sociedad grupos que sufren limitación de sus derechos. Establece como condiciones las siguientes:

- El trato diferenciado debe guardar relación, entre los medios empleados y los objetivos determinados.
- El trato diferenciado debe sustentarse en una apreciación objetiva de situaciones de hecho distintas.
- La finalidad perseguida debe ser legítima y proporcional a los medios empleado.

Por otro lado, la Corte Interamericana de derechos humanos considera que la diferenciación será válida cuando:

- Los objetivos de la norma y la medida que establece el tratamiento diferenciado sean lícitos.
- La distinción se base en desigualdades reales y objetivas entre las personas.
- Se observe el principio de proporcionalidad.

⁵⁶ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “El principio de igualdad y derecho a la no discriminación “, op. cit., p. 66.

1.1.2.2 Tipos y formas de Discriminación

Denominamos tipos de discriminación a la manera como ésta se manifiesta y formas de discriminación a las especificaciones en la realidad de la discriminación, por ejemplo la discriminación racial, sexual, de origen etc. Los tipos incluyen a las formas de discriminación, en tanto por ejemplo la discriminación racial podría darse de modo directo o indirecto, a consecuencia de la aplicación de una norma o de los hechos, de modo individual o grupal etc.

a) Tipos de discriminación

- Discriminación directa e indirecta

Barreré, en base a la definición de Campbell, señala que la discriminación directa se produce cuando el trato diferenciador se efectúa siguiendo las pautas que definen el tipo de persona discriminada. Se detecta por un sólo camino, la interpretación lingüística siguiendo el siguiente ejemplo: “Ningún/a gigante se bañará en la playa”⁵⁷ podría implicar la discriminación de los gigantes en esa situación.

La discriminación directa se caracteriza por ser explícita y consiste en diferenciar a alguien por sus características externas, que no tienen ninguna relación con sus aptitudes y capacidades inherentes, por ejemplo su raza, sexo etc. En cambio, la discriminación indirecta o negativa, es aquella que produce un trato discriminatorio pero de modo más sutil, a través de tratamientos formalmente no discriminatorios o iguales.

⁵⁷ BARRERE UNZUETA, María Angeles . *Discriminación , derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, op. cit, p. 24.

Rodríguez Piñero ⁵⁸ la define como aquella diferenciación camuflada, por la que se utilizan criterios de distinción neutros pero que producen resultados discriminatorios, se toma importancia al elemento colectivo es decir que pertenezca a un grupo con ciertas características comunes. El perjuicio se da por el “disparate impact”, es decir el efecto desproporcionado y perjudicial de esa aparente medida neutra.

Rey Martínez, citado por Danos Ordoñez ⁵⁹, pone el siguiente ejemplo en el campo laboral; una medida de indirecta discriminación sería aquella por la cual se selecciona a trabajadores determinando como requisito una talla mínima o un peso mínimo para ambos sexos; de este modo las mujeres estarían limitadas para el acceso a ese empleo, por sus características físicas propias. En suma la discriminación indirecta; siguiendo con el ejemplo, se presenta porque se determinan ciertas condiciones al parecer neutrales pero que en la práctica por las características de las personas, produciría una discriminación, que de algún modo estarían encubriendo objetivos discriminadores.

Otro ejemplo planteado por Danos Ordoñez ⁶⁰, es el caso del artículo 293 del Código Civil Peruano de 1984 que dice “Cada cónyuge puede acceder a cualquier profesión o industria permitidos por la ley; así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar; con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si este lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia”. La discriminación indirecta se daría contra las mujeres, puesto que

⁵⁸ FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda y RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. *Igualdad y discriminación*, op. cit., p.164.

⁵⁹ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. *Discriminación sexual y aplicación en la ley*, op cit , p.128.

⁶⁰ Ibid, p.129.

son ellas las que usualmente realizan actividades dentro del hogar, por lo tanto serán ellas las que pidan permiso al marido para trabajar fuera del hogar.

Barrere ⁶¹ señala que este tipo de discriminación no se basa en un criterio definitorio de la persona perjudicada por la discriminación. Plantea la siguiente norma como ejemplo para explicar su postura: “ninguna persona que ingiera más de 6000 calorías al día se bañará en esta playa”. En este ejemplo la discriminación indirecta se produciría contra los gigantes que por sus características ingieren más de 6000 calorías, y por tanto resultarían desproporcionadamente afectadas por esa prohibición. En este caso, se detecta la discriminación a través del medio lingüístico y extra lingüístico.

- Discriminación de iure y discriminación de facto

O'Donnell, la define según lo planteado por los órganos internacionales “ la discriminación de jure, basada en la legislación que establece diferencias formales entre los derechos de distintas categorías de personas y la discriminación de facto que consiste en la aplicación de forma discriminatoria de la legislación que no encierra tales criterios discriminatorios” ⁶². El concepto de discriminación recogido en las normas internacionales se refiere tanto a la discriminación de jure como a la discriminación de facto.

El Comité de Derechos Humanos acepta la existencia de la discriminación de facto y la discriminación de jure, sin embargo en la practica es muy difícil probar la discriminación de facto. Además los órganos

⁶¹ BARRERE UNZUETA, María Angeles. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, op. cit. , p. 24.

⁶² O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los derechos humanos*, op. cit. , p. 374.

resolutores prefieren analizar el contenido de la norma y no la motivación en la aplicación de la norma.

No existe ningún precedente todavía que permita aclarar el tipo de pruebas necesarias para demostrar una discriminación de facto en la aplicación de la ley. Sin embargo, un tipo de prueba posible sería la descripción de actos que reflejen una actitud discriminadora, las denuncias a nivel nacional y las investigaciones que se realicen ⁶³.

Nogueira Alcalá ⁶⁴ define la discriminación de iure, como aquella discriminación producida por el contenido de la ley, se evalúa si los criterios utilizados por la norma son justificados o razonables. Para el autor, la discriminación de facto se determina cuando la aplicación de la ley es discriminatoria, en tanto no se aplica imparcialmente a todas las personas que se encuentran en la misma situación.

- Discriminación deliberada y la discriminación inconsciente

Barrere, hace esta clasificación determinando que la discriminación deliberada es aquel trato diferenciador intencionado; en contraposición al trato diferenciador que se produce casualmente. Señala que la intención sólo puede probarse “a través de la objetivación proveniente del uso de presunciones” ⁶⁵.

Esta clasificación puede relacionarse con la discriminación directa e indirecta, pues estas pueden ser deliberados o no. Muchos consideran que la discriminación directa es deliberada y la indirecta no lo es, pero la autora

⁶³ Ibid, pp. 375-376.

⁶⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, op. cit. , p. 136.

⁶⁵ BARRERE UNZUETA, María Angeles. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, op. cit, p. 25.

considera que esta es una perspectiva reductiva. Da el siguiente ejemplo: existe un pueblo donde vive un gran porcentaje de gitanos con costumbres particulares y diferentes y se dicta una cláusula educativa por la cual se exige que para la admisión de los niños en las escuelas debían pasar por una prueba de buenos modales o test de urbanidad, por esta norma los niños gitanos son excluidos de la admisión a la escuela. Analizando la norma esta pudo haber sido creada sin la intención discriminatoria o pudo haber sido creada con esa intención, pero sin utilizar la fórmula de la discriminación directa, es decir sin mencionar expresamente que los niños gitanos no serán admitidos.

- Discriminación individual y la discriminación grupal

Como su nombre lo indica esta clasificación se refiere al número de sujetos afectados es decir al individuo o a un grupo.

El problema de esta clasificación según Barreré ⁶⁶ es la imprecisión del concepto “grupo social”. La autora trata de responder a esto basándose en lo que señala Young, que dice que el grupo social sería aquel grupo de personas que se diferencian de otro grupo por sus características culturales, prácticas o modo de vida y que tienen en común una afinidad particular que los lleva asociarse entre ellos.

Otro problema, que señala la autora, es que las discriminaciones grupales muchas veces se perciben como individuales y da algunos ejemplos:

- Si una familia tiene dos hijos menores, y a uno le paga sus estudios universitarios y al otro sin motivo aparente no le dan esa posibilidad. Este

⁶⁶ Loc. Cit.

sería discriminado individualmente, ya que ambos pertenecen al mismo grupo: los varones.

- Si una familia tiene un hijo y una hija y al primero le pagan sus estudios universitarios. Podría percibirse que la hija es discriminada individualmente, pero es un error puesto que se le discrimina por pertenecer al “grupo de mujeres” y por ende le corresponde otras actividades como el cuidado de la familia, esto sería una discriminación grupal.

Para la autora esto cobra relevancia actualmente, puesto que se discrimina a grupos concretos. Señala que el error es referirse en términos genéricos a la discriminación por raza, sexo, religión, esto podría entenderse como que la discriminación afecta a todas las razas, sexos, religiones etc.; siendo la realidad distinta en tanto se afecta al sexo femenino, a la raza negra, etc.

Por último, Nogueira Alcalá ⁶⁷ señala que la discriminación también puede ser clasificada según la periodicidad del acto discriminador, en discriminación por actos esporádicos o sistemáticos. Agrega, que también pueden ser clasificados según el sujeto activo que los comete, sea por agentes estatales o personas privadas.

b) Formas de discriminación

Para nuestro tema de tesis nos interesa determinar la diferencia entre discriminación sexual y de género.

⁶⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional*, op. cit., p.136.

- La discriminación sexual

Este tipo de discriminación ha sido regulado por diversos instrumentos internacionales específicos como la Convención sobre los Derechos políticos de la mujer y la Declaración sobre la eliminación de discriminación contra la mujer y el más importante la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Este último define la discriminación sexual como “Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera”.

La Convención (artículo 2) señala que los Estados deben actuar activamente y adoptar medidas contra este tipo de discriminación; consagrando en sus constituciones o legislaciones el principio de igualdad entre el hombre y la mujer derogando a la vez normas contrarias a este principio, deben también garantizar una protección jurídica y adoptar medidas que prohíban o sancionen todo acto discriminatorio y abstenerse de realizar actos discriminatorios a través de sus funcionarios o instituciones.

Estas medidas deben velar por la igualdad de la mujer con respecto al hombre en diversos campos como por ejemplo en la participación política (artículo 7) otorgándole el derecho al voto en todo tipo de elecciones políticas, permitiéndoles ser elegibles para cargos públicos, participar en la formulación

de políticas gubernamentales y a pertenecer a organizaciones no gubernamentales. Así como en educación (artículo 10) y en el campo laboral.

- Discriminación de género

Según Marcela Lagarde la discriminación de género implica que la asignación de características, comportamientos, valores y roles son dicotómicos para hombres y mujeres. Además aquellos correspondientes a la mujer tienen un valor y reconocimiento menor que de los hombres.

Lo más criticable de esta situación, es que todo lo referente al hombre se considera paradigma de lo humano; es decir que corresponde a toda la humanidad, esto hace que la perspectiva masculina sea primaria y excluyente. Por todo esto, según la autora, no se puede hablar que existe una neutralidad de género⁶⁸.

1.1.2.3 Discriminación inversa

Esta figura se conoce en los países anglosajones como acción afirmativa, mientras que nosotros la conocemos discriminación positiva⁶⁹.

Las acciones afirmativas, son aquellas medidas mediante las cuales los Estados, a través de la imposición de normas o disposiciones obligatorias, buscan una igualdad material efectiva, en compensación a la desventaja social de un determinado grupo social; que surge por la existencia de elementos de

⁶⁸ RODRIGUEZ, Marcela. *Violencia contra las mujeres y políticas públicas. Tendiendo un puente entre la teoría y la práctica*. UNIFEM, 2001, pp. 35-36.

⁶⁹ GARCIA MORILLO; Joaquín. “La cláusula general de igualdad”, op. cit, p. 184.

carácter permanente como son la raza, sexo, religión etc. El objetivo de estas acciones es lograr una integración igualitaria y un equilibrio social ⁷⁰ .

Según Rodríguez Piñero, la no discriminación no sólo prohíbe los actos discriminatorios, sino que trata de remediar el problema, determinando medios específicos que favorezcan y promuevan la igualdad entre los individuos; esto rebasa el contenido de la igualdad de trato. La no discriminación no es sólo la supresión de “actos o medidas discriminatorias” sino también la supresión de “desigualdades de hecho” ⁷¹ en los planos económico, social, cultural. Agrega, que según algunos instrumentos internacionales se habla de “igualdad de oportunidades”, es decir asegurar que todos los individuos que poseen alguna de las condiciones determinadas en el artículo 14 CE, tengan desde un principio, igualdad de posibilidades y oportunidades para su desarrollo personal social.

Para esto se imponen “acciones positivas” que tratan de compensar la desigualdad de oportunidades. Estas medidas son distintas dependiendo si se quiere reprimir actos o medidas discriminatorias, o si se quiere reprimir situaciones discriminatorias materiales o fácticas. Para los primeros se busca un efecto inmediato de invalidación de esas medidas discriminatorias, para los segundos se busca un desarrollo progresivo a través de una política más global.

⁷⁰ COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Protección de los derechos humanos de la mujer. Estándares internacionales*. Lima: CAJ, 2000, p. 34.

⁷¹ FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda, RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. *Igualdad y discriminación*, op.cit., p. 166.

García Morillo ⁷² define la discriminación positiva, como aquellas medidas favorables para cierto grupo que está en situación desfavorable, a fin de que logre superar la situación de inferioridad real. Hace la distinción entre la acción positiva y la discriminación inversa. Por un lado, la acción positiva consiste en determinar medidas a favor de un grupo que no afecten a nadie; en cambio la discriminación inversa implica que en ciertos casos se “discrimina favorablemente” es decir se prefiere a un grupo a distinción de otro.

Barrere ⁷³ define la discriminación inversa, señalando que para erradicar la subordinación histórica contra determinados grupos, se implementan actuaciones normativas “de favor”, de carácter temporal. Siguiendo a Dworkin, determina las características de la discriminación inversa:

- El modo de selección de la “persona candidata” o favorecida por la discriminación inversa.
- Como afecta a un individuo que no pertenece al grupo favorecido por la discriminación inversa.

Rey Martínez ⁷⁴ distingue la discriminación inversa y las acciones positivas, en base al estudio de la discriminación contra las mujeres. Señala que las acciones positivas; que surgen del Derecho estadounidense y se incorporan al Derecho Comunitario, se definen como aquellas medidas que tienen el objetivo de eliminar las desigualdades de hecho a través de medidas de impulso y promoción. En cambio, la discriminación inversa es una variedad de las acciones positivas, que utiliza cuotas y tratos preferentes para lograr sus

⁷² GARCÍA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad”, op. cit., p. 184.

⁷³ BARRERE UNZUETA, María Angeles. *Discriminación , derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, op. cit. , pp. 30 – 31.

⁷⁴ REY MARTINEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, op. cit., pp. 84-87.

fines. Determina algunas diferencias de especie a género entre estas dos medidas:

- Las cuotas sólo se han determinado para ciertos casos de discriminación como la racial, sexual, por minusvalía física o psíquica. Son discriminados por sus características “transparentes e inmodificables”
- La discriminación inversa opera en sectores de “especial escasez” como por ejemplo plazas de trabajo, listas electorales etc. lo que implica que se favorecen a unas pero se perjudica otras.
- La discriminación inversa se justifica por el hecho que se dirigen especialmente a erradicar discriminaciones muy arraigadas en la sociedad como la sexual y racial. Fuera de estas circunstancias serían inaceptables.

Además, deben ser interpretadas de modo estricto y deben reunir las siguientes condiciones:

- 1) La medida de cuotas es determinada por el legislador y son siempre objeto de debate político. En cambio la acción positiva es deber constitucional de los poderes públicos y de los particulares.
- 2) Se utilizarán las medidas de cuotas, sólo si no se han encontrado otras medidas menos extremas y en un tiempo razonable, para eliminar la desigualdad.
- 3) Deberá acreditarse objetivamente; por ejemplo mediante estadísticas, la desigualdad de hecho en determinado aspecto de la realidad.
- 4) La cuota, debe ser una medida transitoria y su duración dependerá del tiempo que se necesite para lograr la igualdad del sector afectado.

5) Como las discriminaciones inversas se refieren al ámbito de los derechos humanos, sólo pueden establecerse mediante ley.

El autor refuta los principales argumentos en contra de las políticas de acción positiva, en especial de las medidas de cuotas:

1) En contra de las acciones positivas se dice que son instrumento de un “derecho desigual”, va en contra del principio de igualdad. Para rebatir este argumento, el autor, sostiene que de no adoptarse estas medidas se estará a favor de la conservación del statu quo, es decir se mantendría la misma situación desigual.

Además, es necesario que el Derecho abandone su neutralidad a fin de lograr una igualdad real de sector discriminado. El autor se refiere a la discriminación de las mujeres y señala que las acciones positivas no merman o privan de los derechos de los hombres, sino que buscan que se incluya a las mujeres en el goce de iguales derechos.

Esto puede ser entendido de modo más amplio, en el sentido que una medida de acción positiva para erradicar algún tipo de discriminación, no busca la discriminación del grupo no favorecido por la medida es decir no lesionan la igualdad sino que la realizan.

2) Otro argumento en contra, es que estas medidas de diferenciación normativa son no razonables porque se consideran “over inclusive” y “under inclusive”. Es decir, según el análisis de discriminación sexual, ni todas las mujeres son discriminadas (over inclusive), ni todas las víctimas de discriminación son mujeres (under inclusive).

Para el autor, estas medidas no son “under inclusive” porque no sólo las mujeres son discriminadas, pero las medidas que se toman en su favor, no implica un perjuicio para los otros grupos discriminados, al contrario sirven de ejemplo para la extensión de la política antidiscriminatoria a otros grupos discriminados. Sobre el argumento over inclusive, el autor señala que las medidas de acción positiva se otorgan a favor de un “grupo” discriminado y no dependen de la historia particular de los individuos que pertenecen a ese grupo, ya que la verificación de esta desigualdad es especial y objetiva (estadísticas). Además a las mujeres se les discrimina por pertenecer a un grupo y esto significa que la solución puede ser determinada desde la referencia de grupos. El argumento over inclusive es defendido por M. Ainis que se cuestiona sobre el criterio redistributivo que podría justificar en favorecer a la mujer dándole un puesto de trabajo, aunque esta sea millonaria y culta a expensas de darle el trabajo a un hombre pobre y trabajador, para este autor esta situación refleja que estas acciones positivas sólo son un formalismo conceptual.

3) Desde la crítica de la óptica liberal, las acciones positivas son medios inadecuados e ineficaces, porque no logran el fin de igualdad buscado, porque son contrarios al objetivo que buscan, ya que refuerzan la desigualdad e reintroducen problemas de paternalismo. Además se considera un contrasentido que se utilice como fundamento de estas medidas el sexo por ejemplo, cuyas diferencias se tratan de excluir. Además provocan el resentimiento de los no favorecidos por la norma, crea una sociedad más dividida, puede producir un “efecto boomerang” contra el grupo favorecido.

Para el autor, estos argumentos sociológicos hasta de psicología social son muy opinables.

4) Otra objeción es el principio del mérito y capacidad, que recoge la Constitución por ejemplo para acceder a la función pública. En contra de este argumento, el autor dice que en ocasiones el principio de mérito puede ceder ante otro valor constitucional más importante, como es la igualdad de oportunidades.

5) Otra objeción es que las acciones positivas provocan la aparición de una invisible víctima masculina. Según el autor, esto no es así, porque el impacto negativo de estas medidas no ocurre como consecuencia de todo tipo de acciones positivas, sólo de algunas como las discriminaciones inversas. Además la igualdad de trato, puede ceder ante la importancia de otros bienes jurídicos como la igualación fáctica entre hombres y mujeres.

6) Otro problema, es el peligro de una “ola expansiva de cuotas” a favor de otros grupos discriminados como minusválidos, otras razas, etc. El autor cita a Maidowski para responder a este argumento y señala que se ha elegido a las mujeres como un grupo para atribuirle medidas de cuotas porque son un grupo en situación social de minoría pero que constituyen la mayoría de la población.

7) Se cuestiona estas medidas también desde la teoría del proceso político.

8) Otros señalan en contra de las acciones positivas a favor de las mujeres, que existen otros grupos más urgidos de protección como las razas minoritarias.

Según Tribe la discriminación racial solo tiene “una dirección” mientras que la “discriminación sexual” tiene doble dirección en el sentido que busca lograr los derechos de la mujer a acceder en la esfera exclusiva del hombre y también busca consagrar los derechos del hombre en la esfera familiar, busca beneficiar a ambos sexos. El autor, coincide con este argumento pues no niega legitimidad, ni la necesidad de las medidas a favor de las mujeres.

9) Otro argumento contrario es aquel que reclama el binomio “pecador”, “penitencia”, dando a entender por ejemplo que no todos los hombres blancos discriminaron a la raza negra y por ende no deberían pagar por los “pecados ajenos”. La idea es que las medidas no deben beneficiar a ninguna no víctima, ni tampoco ningún no pecador debería compensar estos hechos.

Según el autor, este argumento no conduce a determinar la no legitimación de las acciones positivas en favor de la mujer, sirven para introducir matices y límites a estas medidas.

El estudio de estas medidas, ha sido desarrollado especialmente en el tema de la lucha contra la discriminación sexual, es por ello que las definiciones y explicaciones sobre el tema nacen principalmente de normas que protegen los derechos de la mujer, por ejemplo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer señala en su artículo 4 la obligación de los estados partes de dictar las medidas especiales y temporales a fin de acelerar el logro de la igualdad entre la mujer y el hombre.

De igual modo se pronuncia el Comité de Derechos Humanos en su observación general No. 28 (29 / 3/ 2000) señalando que “ en virtud de la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, establecida en los artículos 2 y 3 , los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para hacer posible el goce de estos derechos y disfrute de ellos ...El estado parte no sólo debe adoptar medidas de protección sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria...”⁷⁵.

1.1.3 Normatividad Internacional sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación

El principio de igualdad y el derecho a la no discriminación se regulan en los más importantes instrumentos internacionales. También en instrumentos que prohíben específicamente algunos tipos de discriminación como: la Convención Internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial de 1965; la Convención Internacional sobre la eliminación de toda forma de Discriminación contra la mujer de 1979; la Declaración sobre la eliminación de todas formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o convicciones de 1981; los Convenios # 100 y 111 de la OIT sobre la igualdad en la remuneración y la discriminación; el Convenio por la lucha contra la discriminación en la enseñanza, planteado por la UNESCO en 1960.

⁷⁵ COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Protección de los derechos humanos de las mujeres*, op.cit, p. 35 .

Para analizar este tema nos vamos a basar en las normas que rigen por un lado el sistema universal y aquellas que rigen el sistema regional. Por motivo de método, vamos a agrupar por un lado las normas base de cada sistema, es decir la Declaración de Derechos humanos (sistema universal) y la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre (sistema regional) y por otro lado, las normas que desarrollan el reconocimiento de los derechos humanos: el Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos (sistema universal) y la Convención Americana sobre los Derechos humanos (sistema regional).

Cabe recordar, que el sistema universal es presidido por la ONU y el órgano de control del respeto de los derechos humanos es la Comisión de derechos humanos . Sus principales normas son la Declaración de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (el Comité de derechos humanos verifica el respeto de los derechos que reconoce) entre otras. Por otro lado, por sistema regional nos referimos a la Organización de Estados Americanos (OEA), Unión Europea (UE), Organización de Unión Africana (OUA), su ámbito de actuación se circunscribe a una zona geográfica . Lo que nos compete analizar es el Sistema Interamericano (OEA), las principales normas que lo rigen son: la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre, Convención Americana de derechos humanos. El órgano de control sobre el respeto de los derechos humanos en este sistema es la Comisión Interamericana de derechos humanos.

1.1.3.1 La Declaración Universal de los Derechos humanos y la Declaración Americana de los derechos humanos

a) Declaración Universal de los derechos humanos

La Declaración Universal de los derechos humanos (D.U.D.H) fue adoptada por Resolución 217 (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. Se redactó basándose en el anteproyecto preparado por René Bassin, tomando en cuenta los trabajos preparatorios de la Secretaría y como precedente la “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre” (Bogotá ,abril 1948).

La Declaración Universal es el primer documento de derechos humanos promulgado por una organización internacional universal. Establece dos categorías de derechos; por un lado los derechos civiles y políticos y por otro los derechos económicos, sociales y culturales. Reconoce que los derechos que recoge no son absolutos y que el Estado puede adoptar normas que por motivos razonables limiten el ejercicio de un derecho, sin embargo también limitan esta potestad estatal planteando que sólo podrá ejercerse en caso sea necesario para efectivizar el respeto de los derechos de las personas, por motivos de orden público y de bienestar general de la sociedad; aunque no podrá actuar con el fin de suprimir esos derechos.

El que haya sido adoptada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, pone en cuestionamiento la obligatoriedad de la Declaración, pues la Carta de las Naciones Unidas; que en sus artículo 10 al 17 regula sus funciones y poderes, señala específicamente en su artículo 13,1,b que su función es “ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las

libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” lo que refleja que sus resoluciones no tienen carácter obligatorio.

Ponce Martínez ⁷⁶ señala que para determinar la verdadera naturaleza de la D.U.D.H. tendrían que analizarse dos temas: por un lado el proceso de elaboración y significado jurídico de la D.U.D.H. y por otro lado su valoración doctrinal. Sobre el primer punto, el autor señala que durante el período de elaboración los Estados miembros de las Naciones Unidas, coincidían en valorar su importancia pero rechazaban su obligatoriedad jurídica, puesto que la mayoría de los que la redactaron no tenían la intención de crear un documento obligatorio. Según R. Cassin, citado por Ponce Martínez existían dos posturas sobre la fuerza legal del documento, unos decían que tenía un carácter interpretativo de la Carta y otros decían que era un documento formal cuya eficacia surgiría cuando sus principios fueran recogidos en algún pacto.

También, señala que la Declaración se adoptó con 48 votos a favor, ningún voto en contra y 8 abstenciones, que en su mayoría han aceptado la importancia de la declaración (Estados socialistas) a excepción de Sudáfrica que se abstuvo sosteniendo una postura contraria al principio de igualdad en dignidad y derechos, consideraban que la D.U.D.H. excedía lo previsto en la Corte. Por su parte Arabia Saudi se abstuvo porque la D.U.D.H. no reconocía que los derechos humanos eran un don de Dios, respetando con esto lo señalado por el Corán. Señalaban que había sido redactado en base a conceptos occidentales que diferían profundamente con los de Oriente. Con

⁷⁶ PONCE MARTÍNEZ, Carlos. “La Declaración universal de derechos humanos . Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos”. En: *Revista Anuario de la Facultad de derecho – Universidad de Extremadura*. Volúmen 19-20, 2001-2002, pp. 256 – 272.

esto el autor, quiere transmitir la idea del consenso entre los Estados sobre el valor de la D.U.D.H.

Agrega el autor, que otros países defendían la obligatoriedad de D.U.D.H., como Francia, que a través de su representante Cassin , señalaba que a pesar de no tener la efectividad ni obligatoriedad de una Convención, tenía valor jurídico. Además, según el artículo 56 de la Carta de los Estados, la Declaración era considerada “principio general de Derecho” lo que implicaba su obligatoriedad.

Con respecto al segundo punto, la valoración doctrinal del D.U.D.H., Ponce Martínez⁷⁷ separa en cinco categorías las distintas opiniones sobre su valor jurídico:

1) Los que niegan el carácter obligatorio de la D.U.D.H. y señalan entre sus argumentos, por ejemplo que las resoluciones emanadas de la Asamblea general tienen carácter facultativo ya que han precedido a algún Tratado cuyos textos recogen casi idénticamente lo señalado en la resolución.

Sobre este punto Novak Talavera explica la postura de la doctrina de los publicistas quienes definen una “declaración”, como aquel acto solemne que no es adoptado con la formalidad, ni la fuerza vinculante de los Tratados. Siguiendo esta corriente la Secretaria General de la ONU señaló que una declaración siendo adoptada por resolución no podía ser vinculante sobre los Estados miembros. Señala que otro argumento para negar su obligatoriedad es la historia de la elaboración de la D.U.D.H., en la que se señaló que habrían dos documentos internacionales sobre Derechos Humanos: una declaración

⁷⁷ Ibid, pp. 263 –270.

que contendría los principios aceptados en general pero sin fuerza vinculante para los Estados y por otro lado un Tratado que desarrollaría estos principios recogidos en la Declaración. Además el propio texto del D.U.D.H. niega carácter vinculante al afirmar la Declaración “como un ideal común...”⁷⁸.

2) Los que reconocen su relevancia jurídica pero no llegan a aceptar su obligatoriedad jurídica o no se pronuncian sobre el tema.

3) Los que reconocen valor jurídico obligatorio, porque todos o algunos de los derechos que recoge son parte del Derecho Internacional general.

4) Los que aceptan su obligatoriedad jurídica porque consideran que el contenido de la D.U.D.H. es una costumbre internacional o una interpretación aceptada de la Carta o expresión de principios generales del ordenamiento internacional.

Novak ⁷⁹ explica cada una de estas dos posturas:

a) La D.U.D.H como fuente de interpretación

La D.U.D.H. tendría fuerza vinculante porque interpretaría las disposiciones sobre Derechos Humanos de la Carta de la ONU, documento que sí es vinculante. Además, según el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 para interpretar un tratado se deberá tomar en cuenta el contexto y cualquier práctica posterior; por ende al ser la D.U.D.H. interpretación ulterior de la Carta, se ve investida de su fuerza vinculante.

⁷⁸ NOVAK TALAVERA, Fabián. “La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después”. En: *Revista Agenda Internacional*. Año 4, Número10, enero-junio, 1998, pp. 79 –80.

⁷⁹ Ibid, pp. 80-83.

b) La D.U.D.H. como norma consuetudinaria.

Para esto tendría que cumplirse con los elementos de opinio iuris y el elemento material o histórico. El elemento de opinio iuris, se cumple porque a través de numerosos actos internacionales los Estados han reconocido expresa o tácitamente la obligatoriedad de la D.U.D.H. Por ejemplo, la “Proclamación de Teherán” (1968) señala “La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la Comunidad Internacional”.

Sobre el elemento material, es decir la práctica reiterada y uniforme de un grupo de Estados sobre la obligatoriedad de la D.U.D.H., hay discrepancias.

Para unos sí se cumple por la “práctica de los Estados de la ONU”. Para otros no, porque este elemento se cumpliría si las infracciones fueran consideradas violaciones a una regla de derecho interno, ya que la violación de algunos derechos reconocidos en la D.U.D.H. no implica una violación a una regla de derecho interno.

5) Los que consideran que la D.U.D.H forma parte del ius cogens. Ponce Martínez cita a Sieghart que sostiene que la D.U.D.H crea obligaciones a los Estados miembros de las Naciones Unidas; señala que los artículos 55 y 56 de la Carta obligan a los Estados a crear medidas a favor de los Derechos Humanos, pero la Carta no incorpora un catálogo, lo que sí hace la D.U.D.H, que suple el vacío de la Carta. Señala Sieghart que el artículo 55,c) de la Carta se refiere a “derechos humanos y libertades fundamentales” pero no determina cuáles son. Por otro lado, el artículo 31,3,b del Convenio de Viena

sobre el derecho de los tratados entre los Estados (23 de mayo 1969) señala que se tomará en cuenta toda práctica entre las partes sobre la interpretación de un Tratado, siguiendo este artículo señala que ha sido práctica continua de los Estados y de las Naciones Unidas servirse de la D.U.D.H como guía interpretativa. Finalmente, el autor señala que en la Proclamación de Teherán considera como obligatoria para la comunidad internacional la D.U.D.H.

Cabe señalar que la obligatoriedad de la D.U.D.H. sufre un retroceso con la Convención de Viena de 1993, que la considera “meta común”, sin pronunciarse sobre su alcance jurídico. Ponce Martínez, señala que existe una *opinio iuris* sobre la observancia de D.U.D.H porque todos los Estados reconocen necesario proteger los derechos que recoge, además la Declaración cumple una función de referente para la adopción de textos de derechos humanos.

El autor ⁸⁰ agrega que la relevancia de la D.U.D.H. se refleja también en que ha sido fuente de inspiración en la elaboración de los textos de constituciones de diferentes Estados, como por ejemplo “Ley Fundamental de Bonn” sobre el tema de Derechos Fundamentales, las Constituciones de España y Portugal. Otros países han reproducido algunas disposiciones de la D.U.D.H. en sus Constituciones como Haití, Indonesia, El Salvador. Otros la incorporan expresamente a su ordenamiento; por ejemplo, varios Estados Africanos, Asiáticos, Iberoamericanos. También, cobra importancia por citarse como parte del razonamiento de fallos judiciales del derecho interno de un país,

⁸⁰ PONCE MARTÍNEZ ,Carlos. “La Declaración Universal de derechos humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos”, op. cit. , pp. 272- 278.

sea entendiéndose como pauta de carácter moral a respetar o como contraste para la interpretación de las normas o hechos internos.

Novak ⁸¹ señala que a nivel internacional la D.U.D.H. ha servido de punto de partida para el desarrollo y aparición de convenciones sobre derechos humanos, así como el establecimiento de un procedimiento de supervisión y fiscalización a través de los diversos órganos de la ONU

Szabo⁸² critica la Declaración Universal en tanto tiene una postura políticamente neutral, para el autor no puede existir una declaración razonable sin que posea un carácter político definido. Otra crítica es que no desarrolla detalladamente los derechos económicos, sociales y culturales, como sí desarrolla los otros derechos, lo que refleja una carencia de equilibrio de la Declaración. Tampoco hace referencia a los deberes del hombre, salvo el artículo 29; según este autor como contrapartida de los derechos que reconoce debió expresar los deberes de la persona, de otro modo se presenta la idea de un Estado amenazador y violador de los derechos del sujeto por lo que la normativa prefiere proteger al individuo reconociéndole sus derechos e imponiendo como contrapartida deberes de respeto y garantía al Estado.

Según Buergenthal ⁸³, si bien la Declaración Universal no es un tratado, actualmente la doctrina la acepta como un instrumento normativo que crea obligaciones legales para los Estados miembros de la ONU, el problema no se centra en determinar su fuerza obligatoria sino en saber si los derechos que

⁸¹ NOVAK TALAVERA, Fabián. “La Declaración Universal de los derechos humanos cincuenta años después”, op. cit. , p. 84.

⁸² SZABO, Imre. “Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores”. En : *Ensayos sobre derechos humanos*. Lima :Comisión Andina de Juristas, 1990,p. 58.

⁸³ BUERGENTHAL,Thomas. *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Caracas :ed. Jurídica Venezolana, 1990, p.26.

proclama tienen fuerza obligatoria y en qué circunstancias. El valor legal atribuido a la Declaración se centra en dos fundamentos: primero su utilización por la ONU para la interpretación de la Carta de la organización y otra postura señala que su utilización continúa por los gobiernos y organizaciones intergubernamentales, hace que reúna los requisitos para que se convierta en norma consuetudinaria.

El artículo 1 de la Declaración señala que el ser humano nace igual en dignidad y derechos. Por dignidad se refiere al valor que se asigna a las personas por el hecho de serlo y por tanto merecen todos igual respeto. Además, ninguna persona puede usar a otra como medio o instrumento para conseguir alguna meta, si así fuera estaría mermando su dignidad. La persona tienen derechos porque tiene dignidad, se entendería que la dignidad es el “derecho a tener derechos”. Sin embargo, como plantea Estevez Araujo ⁸⁴ existen otras posturas que señalan que el ser humano tiene derechos no por la dignidad que ostenta, sino por ser ciudadanos de un Estado. Esta postura podría crear una situación de abuso, por ejemplo en el caso que una minoría controladora fuera la única en tener derechos que en la realidad se materialicen.

En nuestra opinión, la dignidad; inherente al ser humano, ya encierra en si misma la igualdad, puesto que al tener dignidad como seres humanos somos merecedores del mismo respeto de nuestros derechos que otro pueda recibir. Los Estados no crean los derechos humanos, por eso no los tenemos porque pertenezcamos a un Estado. Sin embargo, sí tienen el deber de garantizarlos y

⁸⁴ PONS RAFOLS Xavier. *La Declaración Universal de los derechos humanos*. Barcelona :ed. Icaria Antazyt, 1998, p.105.

protegerlos, a través de medidas activas de protección no sólo a través de normas, que tal vez en la realidad no se apliquen o no se apliquen correctamente.

Los artículos que regulan el derecho a la igualdad y a la no discriminación son: Artículo 2-

Inciso 1 - Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma , religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Inciso 2 - Además no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 7- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección ante la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Sobre el inciso 1 del artículo 2, podemos señalar que a través de una interpretación literal se podría concluir que su ámbito de aplicación es limitado, en el sentido que sólo abarca el reconocimiento y protección de los derechos que en esta Declaración se reconocen, por el uso de la expresión “en esta Declaración”.

También regula el derecho a la no discriminación y aunque no lo denomina expresamente como derecho a la no discriminación, lo regula como la prohibición de distinción en el reconocimiento de los derechos y libertades reconocidos por la Declaración.

En el inciso 2 se hace referencia también a la prohibición de distinción, pero ya no en un plano personal como en el inciso anterior, es decir por motivo de raza, sexo, idioma etc., sino en un plano relacionado con el país al que uno pertenece y cuya jurisdicción nos afecta.

Este artículo es de suma importancia puesto que recoge el principio de universalidad, por la cual se reconoce la igualdad de todos los seres humanos, señala que los derechos humanos son prerrogativas inalienables y que el único punto de partida de los mismos son los valores. Sin embargo, como plantea Estevez Araujo ⁸⁵, esta universalidad no debe significar el que todos sigamos un mismo patrón impuesto por una cultura o por criterios occidentalistas, sino que debe significar que se conjugue la igualdad y la pluralidad, la diversidad de culturas y pensamientos, pues este multiculturalismo implica que cada cual está en ejercicio efectivo de su derecho a la igualdad y merece respeto. No se puede permitir una imposición de la mentalidad occidentalista, pues sería aceptar una especie de colonialismo, el derecho a la igualdad y en general todos los derechos humanos deben estar libres de cargas políticas o intereses estatales o culturales; deben ser neutros.

Entre quienes se oponen al universalismo están aquellos que buscan una prevalencia de la identidad, la cultura es la fuente principal; esta postura es la del relativismo. Por un lado, el relativismo cultural radical señala que el ser humano carece de significación moral, por eso asevera que la cultura es la fuente principal para validar un derecho o norma moral. Pero también existen posturas, como el relativismo cultural moderado que sostiene que la cultura puede ser una fuente importante, pero que el presupuesto lo da la

⁸⁵ Ibid, p 115.

universalidad de los derechos humanos ⁸⁶, reconoce un amplio margen de derechos que son universales pero que permitiría variaciones y excepciones limitadas según la zona, la cultura, la comunidad etc.

Donnelly plantea que la tensión existente entre universalismo y el relativismo, es importante para evitar los excesos de una u otra postura, por ejemplo el universalismo radical da prioridad a las demandas de la comunidad moral cosmopolita en detrimento de las comunidades morales inferiores, se niega la autonomía y la autodeterminación de las comunidades ⁸⁷. Por otro lado, el relativismo radical trataría de fundamentarse sólo en normas sociales determinadas por la cultura, no podría existir así ningún derecho humano. Pero también debe reconocerse que la naturaleza humana es de cierto modo relativa a nivel cultural e incluso a nivel biológico. Por eso, es necesario plantear una posición intermedia, que busque equilibrar ambas posturas y recoger de las mismas los temas más importantes, y así evitar los excesos de una u otra y por consiguiente evitar continuar con sus errores, aceptándose cierta relatividad limitada.

El artículo 7 proclama la igualdad ante la ley y el derecho a la igual protección de la ley. También se limita el campo de protección, puesto que sólo se aplicará en caso se “infrinja esta Declaración”, pudiendo entenderse con esto que sólo abarca los derechos reconocidos en esta Declaración. Sin embargo, esta interpretación puede ser rebatida planteando que el inciso 1 del artículo 2, también recoge la protección de la discriminación por “cualquier otra condición”.

⁸⁶ DONNELLY, Jack. “El relativismo cultural y los derechos humanos universales”. En : *Teoría y en la práctica*. México:Gesnika, 1994,p.166.

⁸⁷ Ibid, p. 167.

Por otro lado, este artículo recoge la dimensión formal de la igualdad, este precepto implica determinar ante quienes somos iguales y entre quienes. De la respuesta a esto nace la estrecha relación entre Estado de Derecho y los derechos fundamentales. La noción jurídica de igualdad implica que el Derecho deberá determinar mediante mecanismos clasificadores, de justificación y según criterios determinados, cuáles son las situaciones que deberán tratarse en términos de equiparación o cuales son las que serán discriminadas por razones justificadas.

b) Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre

La Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre fue adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, mayo de 1948) tiene su fuente principal en el proyecto del Comité Jurídico Interamericano, elaborado por la IV Comisión de la Conferencia de Bogotá; este proyecto se basa en las resoluciones y proyectos de la Conferencia de Chapultepec en 1945, en el proyecto del Instituto de Derecho Internacional de 1929, el proyecto de la Comisión de Estudio para la organización de la Paz y la Declaración de Filadelfia de 1944 de la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo.

Su nombre, también ha sufrido una evolución especial. En 1945, se presentó el primer proyecto sobre este tema, denominándola “Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre”, pero no explicaba alguna razón para dicha determinación. En 1947, el segundo proyecto presentó lo mismo. Durante la IV Comisión de la Conferencia, se modificó por “Declaración Americana de Derechos y Deberes esenciales del Hombre”. Finalmente se

aceptó la denominación “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”.

Para Gros Espiell ⁸⁸ los cambios sobre la denominación fueron adecuados; primero porque no se puede hacer referencia a la nacionalidad o internacionalidad de los deberes y derechos, pues estos se derivan de la condición de la persona humana y por ende no tienen ninguna relación con su nacionalidad, por ello era correcta la supresión del término “internacionales”. También es correcto que se haya agregado “americano” pues así se limita esta Declaración al plano regional, aplicable a un sistema regional de derechos y deberes que mantiene su relación con el sistema universal. Sostiene que también fue correcta la eliminación del término “esenciales” porque la Declaración Americana enumera sólo algunos derechos y es aplicable tanto a los derechos enunciados o no, por el hecho de que protege a todos los derechos humanos derivados del respeto a la dignidad humana, además los derechos que enumere no constituyen una lista cerrada pues pueden surgir otros según la evolución de la sociedad, no es excluyente de los derechos que no enuncia.

El preámbulo de la Declaración explica su relevancia señalando el reconocimiento de la inherencia de los derechos en la persona humana y de su protección que la Declaración recoge. La Declaración Universal no tiene una explicación similar. Para el autor el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos es más amplio y completo, hace referencia más a los derechos que a los deberes.

⁸⁸ GROS ESPIELL, Héctor. *Derechos humanos*. Lima: Cultural Cuzco, 1991, pp. 383 –393.

Del artículo 1 al 27 de la Declaración Americana se enumera los derechos protegidos, entre ellos la igualdad ante la ley. Sobre esta enumeración el autor señala que el principal defecto es la falta de orden enumerativo, en este punto lo supera la Declaración Universal. Pero, la Declaración Americana enumera con más precisión los derechos económicos sociales y culturales, que la Declaración Universal.

En la Conferencia de Bogotá se optó por determinar que el texto de la Declaración sería declarativo, señalándose que constituía un primer escalón que debía luego ser completado por un instrumento convencional que determine temas como: obligaciones de los Estados, órganos de aplicación y ejecución, sanciones.

Actualmente la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” en su preámbulo nos remite a la Declaración Americana (entre otros instrumentos internacionales) y reafirma la importancia de la Declaración Americana señalando en su artículo 29 que esta prohibida toda interpretación de la Convención que pueda limitar o recluir los efectos producidos por la Declaración Americana.

Finalmente el autor, compara la Declaración Universal y la Americana. La Declaración Americana se adoptó en Bogotá en abril de 1948 y la Declaración Universal se adoptó en París en diciembre del mismo año. La influencia de la Declaración Universal sobre la Declaración Americana, no fue determinante, aunque la Convención Americana reprodujo algunos artículos, como por ejemplo el artículo 1 que sigue el artículo 3 del proyecto de las Naciones Unidas. A su vez, la Convención Americana tampoco influyó grandemente en la Convención Universal, porque el proyecto ya estaba listo

para cuando se adoptó la Convención Americana. Su influencia sólo pudo darse durante los trabajos de la Tercera Comisión de la Asamblea General que se iniciaron en setiembre de 1948, especialmente a propuesta de delegaciones latinoamericanas, principalmente la propuesta del delegado del Uruguay sobre una modificatoria al artículo 29 para que este recoja la idea del artículo 27 de la Declaración Americana.

Gardella ⁸⁹ critica la Declaración Americana por el hecho que recoge no sólo derechos sino deberes en 10 de sus artículos y que está contra la Teoría de los Derechos humanos, que sostiene como principal objetivo limitar los poderes del Estado, señala que en el caso de Latinoamérica lo que se necesita no es la ampliación de los deberes del ciudadano sino la determinación del respeto a sus derechos y libertades. También, señala que la Declaración Americana le da más importancia a los derechos individuales y políticos que a los derechos económicos, sociales y culturales, a pesar de que la realidad Latinoamericana exige el respeto tanto de los derechos individuales como de los económicos, culturales y sociales y la imposición de medidas adecuadas para lograr tal fin.

El artículo que reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación es:

Artículo 2- Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

Este artículo recoge la protección a la igualdad ante la ley y también señala que ésta se limitara a los casos que vayan en contra de los derechos

⁸⁹ GARDELLA, Juan Carlos. *Derechos humanos y ciencias sociales. Problemáticas a fin de siglo*. Rosario: ed. Homo Sapiens, 1996, p.144.

recogidos por la Declaración. Repite lo que en esencia señala la normativa de la Declaración Universal, al respecto, sin embargo el listado de causales prohibidas de discriminación es menos extensa aunque mantiene la cláusula abierta “ni otra alguna”.

1.1.3.2 El Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos y la Convención Americana sobre los Derechos humanos

a) Pacto internacional de derechos civiles y políticos

En contraposición a la Declaración Universal y la Americana, en que existía la discusión sobre su obligatoriedad para los Estados parte, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos sí crea obligaciones convencionales para los Estados que son parte. Por lo tanto, su cumplimiento tiene un carácter internacional y están fuera del dominio interno del Estado.

Este pacto recoge derechos que no han sido recogidos por la Declaración Universal; como por ejemplo, la prohibición de la prisión por deudas, el derecho de las personas privadas de libertad de ser tratadas humanamente y en respeto a su dignidad etc. Sin embargo, el Pacto no menciona derechos que la Declaración si recoge como por ejemplo el derecho a la propiedad, a obtener asilo y a la nacionalidad.

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, recoge derechos civiles como el derecho a la vida, a no ser torturado, a no ser sometido a esclavitud etc. y también derechos políticos como el derecho al voto individual, acceder a cargos públicos etc. El Pacto abarca una mayor cantidad de

derechos, los describe más amplia y detalladamente que la Convención Americana. También regula ciertos derechos que la Convención no recoge por ejemplo el derecho a la libre determinación de los pueblos, la no prisión por incumplimiento contractual, la protección de las minorías. Sin embargo, el Pacto (sistema universal) no tipifica los siguientes derechos: la indemnización por error judicial, el de rectificación y respuesta, el derecho al nombre, a la nacionalidad; derechos que sí están tipificados en la Convención Americana (sistema regional).

Los artículos que reconocen los derechos a la igualdad y a la no discriminación son:

Artículo 2, Inciso 1 - Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de otra índole, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...”

Artículo 3 - Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

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

El derecho a la igualdad está reconocido en el artículo 26 que regula específicamente el derecho a la igualdad ante la ley. También, se regula en el artículo 3 que se refiere a la igualdad entre hombre y mujer y a la obligación

que se le impone al Estado parte a tomar las medidas adecuadas para lograr esta igualdad. Se puede decir, que el artículo 26 presenta una regulación general del derecho a la igualdad y el artículo 3 una específica relacionada a la situación de las mujeres.

Por otro lado, el derecho a la no discriminación se regula específicamente en el artículo 26, en donde se determina una prescripción de prohibición de discriminación por motivos específicos y por una cláusula abierta. También está regulado en el inciso 1, artículo 2 que exige al Estado parte no hacer distinciones en cuanto al respeto y garantía de los derechos reconocidos en el Pacto.

b) Convención Americana de los derechos humanos

El proyecto de la Convención Americana fue discutido y aprobada por la OEA en 1969 y en 1978 entró en vigencia. Ha recibido la influencia de los pactos elaborados por las Naciones Unidas en 1966 sobre temas de derechos económicos, sociales, culturales así como de derechos individuales y políticos, también ha sido influenciado por el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Se divide en dos partes, la primera establece el catálogo de derechos humanos, desarrolla especialmente los derechos individuales y políticos y sobre los derechos económicos, sociales y culturales se remite a lo estipulado por la Carta de la OEA. La segunda parte estipula mecanismos para proteger los derechos recogidos, determinando como instancias de protección la Comisión y la Corte Interamericana ⁹⁰.

⁹⁰Ibid, pp.145 –146.

Los artículos que recogen el derecho a la igualdad y a la no discriminación son:

Artículo 1

Inciso 1 – 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 éste 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.

Inciso 2 -Para los efectos de esta Convención , persona es todo ser humano.

Artículo 13, inciso 5 - Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas , por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional

Artículo 24- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tiene derecho , sin discriminación , a igual protección de la ley.

La Convención Americana establece en su artículo 1, el deber de los Estados parte de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de toda persona dentro de su jurisdicción y sin discriminación. Por lo tanto se puede entender que toda violación a un derecho específico también implica una violación al artículo primero de la Convención, tal como lo señala Faúndez Ledesma. El término “respetar” tiene un carácter eminentemente negativo, porque significa el deber del Estado de abstenerse de interferir con el ejercicio de tales derechos. El deber de garantizar implica una obligación de carácter positivo, pues se refiere al deber del Estado de adoptar medidas necesarias y razonables para asegurar la protección del ejercicio de los derechos. Esta

obligación implica que si los derechos no son regulados por normativas internas del Estado al momento en que se presente la vigencia de la Convención el Estado deberá adoptar medidas, con arreglo a los dispositivos constitucionales y a lo determinado por la convención, con el objetivo de hacer efectivos tales derechos ⁹¹.

En el artículo 2 del Pacto y en el artículo 1 de la Convención, se establece el compromiso de los Estados partes a respetar y garantizar los derechos que se reconozcan en cada instrumento internacional. Esto marca un paso progresivo con respecto a la Declaración Universal de los Derechos humanos, que no recogía expresamente una determinación como esta, que crea una obligación directa al Estado parte.

Otro aspecto importante recogido en estos artículos, es que los derechos humanos son inherentes al hombre, por eso no importa el país en el que se encuentre la persona, ni la nacionalidad que tenga, el Estado Parte está obligado a respetar y garantizar sus derechos.

En estos instrumentos, al igual que en la Declaración Universal de derechos humanos y en la Declaración Americana, se recoge la cláusula abierta "cualquier otra condición social", mediante la cual se entiende que la lista de derechos expresados en estos instrumentos internacionales no es taxativa. Cabría interpretar que también se protege contra la discriminación por edad (al anciano o al niño); a las personas enfermas (en especial con SIDA), a las personas discapacitadas, a los ex reclusos y contra la discriminación por

⁹¹ FAUNDEZ LEDESMA, Hector. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. Segunda edición. San José: Instituto Interamericano de derechos humanos, 1999, p.81.

orientación sexual, entre otras formas de discriminación no estipuladas expresamente. Sin embargo, para determinar criterios de correcta interpretación de este acápite, sería necesario un pronunciamiento del Comité al respecto.

El artículo 24 de la Convención, así como el artículo 26 del Pacto recogen el derecho a la igualdad ante la ley y la igual protección ante la ley. La no discriminación quedaría subordinada a la aplicación de estos dos derechos, por tanto por interpretación a contrario el no respetar estos derechos implicaría una discriminación.

El artículo 13, inciso 5 es interesante porque prohíbe todo acto de difusión de ideas que inciten a la violencia o actos discriminatorios contra personas por motivo de su raza, color, religión idioma u origen nacional. Aunque muestra una lista cerrada de motivos prohibidos, es una norma que va más allá de la prohibición de actos discriminatorios y parte de prohibir ideas que inciten a la violencia contra estas personas.

Finalmente, cabe determinar las relaciones entre las Declaraciones y las Convenciones. Ambas difieren en su naturaleza jurídica y en la fuerza de vinculatoriedad para los Estados. Por ejemplo, la Declaración Universal; como ya se ha mencionado, ha ido adquiriendo tal importancia que casi se ha convertido en una norma de obligatorio cumplimiento, no obstante ésta no tiene fuerza vinculante, es el reflejo del pensamiento de las Naciones Unidas sobre el tema de los derechos humanos, sin embargo los Estados pueden considerar a una declaración como fuente de derechos humanos que ella recoge o mencionarla en el preámbulo de sus constituciones. Pero, a pesar de la importancia que se le puede otorgar, una declaración no es de obligatorio

cumplimiento y ni siquiera el preámbulo de una constitución es vinculante, pues es sólo reflejo que la constitución ha tomado en cuenta la declaración y que será respetada.

Por otro lado, las convenciones son aquellos instrumentos internacionales multilaterales que establecen los derechos humanos a nivel internacional y que con su ratificación comprometen a los Estados firmantes, obligándolos a que respeten , garanticen e incluyan estos derechos en sus legislaciones nacionales. Las convenciones imponen obligaciones legales definidas y es responsabilidad del Estado la no ejecución de éstas ⁹². Los derechos humanos, como institución legal internacional son más que una costumbre y “ sólo se hacen vinculantes para varios Estados cuando dichos estados han ratificado las convenciones redactadas a tal propósito” ⁹³.

1.2 El Género

1.2.1 Definición de género

Para explicar el concepto de género correctamente cabe definir el pensamiento feminista, que es pilar fundamental para la construcción de este concepto.

⁹² SZABO, Imre. “Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores”, op. cit. , pp. 69-72.

⁹³ Ibid , p. 71.

Para Alda Facio y Lorena Fries⁹⁴ el feminismo es una ideología y una teoría, además de constituirse como un movimiento social y político. Su punto de partida es reconocer a las mujeres como colectivo subordinado y discriminado por el colectivo de los hombres, en el marco de una sociedad patriarcal.

En este punto, cabe hacer un alto para definir lo que es el sistema patriarcal. Para las feministas, el sistema patriarcal justifica la dominación del hombre sobre las mujeres, en base a una supuesta inferioridad biológica de la mujer. Sostienen que el origen de esta dominación se desarrolla primero en la familia y se expresa también a través de instituciones políticas y civiles.

Algunas características del sistema patriarcal son:

- a) Es un sistema histórico, por lo tanto no es natural. Lo que significa que cabe la posibilidad de un cambio.
- b) Se basa en el dominio y control sexual de los hombres sobre las mujeres. Esto es reforzado por las posturas de instituciones del Estado y la familia.
- c) El punto más elevado de la jerarquía social está constituido por el hombre blanco, rico, en edad productiva, sin discapacidades físicas y heterosexual; éste sería el ideal o paradigma de lo humano. Debido a la jerarquización de la sociedad, existen grupos oprimidos y dentro de estos la posición de la

⁹⁴ FACIO, Alda y FRIES, Lorena . “Feminismo, género y patriarcado”. En: *Género y Derecho*. Santiago de Chile: LOM ediciones, 1999, pp. 26-31.

mujer es de subordinación frente al hombre. La relación de subordinación de la mujer se puede clasificar en:

- Directa, cuando se da entre una mujer y un hombre de la misma categoría o superior.
- Indirecta o simbólica, cuando el hombre es de una categoría inferior.

Por ello, la mujer negra es más discriminada que un hombre negro, pues es discriminada por ser mujer, por ser negra y por ser mujer negra; sufre una triple discriminación a comparación de la situación de los hombres que pertenecen a su misma categoría.

d) En este sistema se justifica la dominación del hombre sobre la mujer en base a las diferencias biológicas que existe entre ellos.

e) El sistema patriarcal se mantiene y se refleja en instituciones como la familia patriarcal, el lenguaje ginope, la educación androcéntrica, la heterosexualidad obligatoria, el trabajo sexuado, el derecho masculinista, etc.

De estos analizaremos, uno de los principales : el lenguaje ginope. Entendido como el poder que han tenido los hombres para definir las cosas y por ende comunicar a través del lenguaje hábitos, valores e imponerlos a la sociedad en general. De este modo todo lo femenino era ocultado o relegado a categoría específica (no universal como era considerado todo lo masculino). El problema de que este patrón se reproduzca, se presenta cuando lo “específico femenino” se traslada al plano de los derechos humanos y por ejemplo, se sostiene que es un objetivo del derecho a la igualdad, que las mujeres tengan

los mismos derechos que los hombres y no otros que respondan a las particulares necesidades e intereses de las mujeres ⁹⁵.

f) El patriarcado encierra una lógica de ejercicio de poder, que impone una primacía de lo masculino sobre lo femenino y que en la realidad se manifiesta en la distribución desigual de los espacios, del acceso a trabajo, a recursos, a beneficios sociales, subvaloración de lo femenino, participación desigual en asuntos económicos, políticos. En suma, este tipo de lógica se basa en la producción y distribución de espacios, roles sociales, expectativas y transforma la diferencia en desventaja al producir relaciones binarias, que impone formas de feminidad y masculinidad excluyentes, presentándose relaciones asimétricas y desiguales, que encierran una lógica de subordinación ⁹⁶.

Volviendo al tema del feminismo, Alda Facio y Lorena Fries señalan que el objetivo del feminismo, no es reivindicar solamente los derechos de la mujer, sino cuestionar las estructuras de poder existentes. Por ello, sostienen que aquel grupo de hombres subordinados y discriminados por motivos de raza, clase social, edad, orientación sexual etc., podrían basarse en un análisis feminista para determinar cómo y cuánto los privilegios de género contribuyen a que un grupo de hombres tenga poder sobre la mayoría.

Agregan que la lucha del pensamiento feminista se dirige a cuestionar la visión androcéntrica del mundo; definida como aquella que considera que el hombre es el modelo de ser humano y según esto para mejorar la situación de

⁹⁵ FACIO, Alda, y FRIES, Lorena. “Feminismo , género y patriarcado”, op. cit, pp. 44-60.

⁹⁶ FACULTAD DE SALUD PÚBLICA Y ADMINISTRACIÓN - UNIVERSIDAD CAYETANO HEREDIA, “La pluralidad de lo social”. En: *Materiales de enseñanza de la Facultad de salud pública y administración*. Lima :Universidad Peruana Cayetano Heredia , pp. 4-5.

la mujer tendría que concedérsele los mismos derechos que tienen los hombres.

Señalan que existen muchas y distintas corrientes del pensamiento feminista, pero que comparten los siguientes elementos o principios⁹⁷ :

a) Consideran que todas las personas deben ser valoradas por ser seres humanos, igualmente diferentes e igualmente semejantes. Las diferencias no deben ser base para que un grupo sea considerado superior a otro o para subvalorar a un grupo, en especial por motivos que no dependen de la elección de la persona, sino de su naturaleza, como por ejemplo raza, sexo, etc.

Criticán el accionar del Derecho, en tanto no es neutral al género, sino que considera las necesidades, intereses y derechos de los hombres como universales y aquellos que corresponden a las mujeres como “especialidades”. En suma, critican al Derecho por ser androcéntrico, por ende no objetivo y parcializado a favor del sexo masculino.

b) Todas las corrientes feministas coinciden en rechazar todas las formas de discriminación, pues estas se interrelacionan y se nutren mutuamente.

La mayoría de corrientes no sólo luchan para que la mujer tenga más derechos sino que se cuestionan sobre cómo se ejercerán éstos. El fin último de esta lucha es la transformación de las relaciones de poder.

c) Comparten una visión de la existencia humana, en donde impere la armonía y la felicidad. Parten de la idea que todas las personas pertenecemos

⁹⁷ FACIO, Alda y FRIES, Lorena. “Feminismo, género y patriarcado”, op. cit, pp. 27 –31.

a una red humana mucho más amplia, interrelacionada e interdependiente, por ello cuando se produce una discriminación no sólo el grupo oprimido es deshumanizado sino también el opresor, en tanto su actuar oprime otra vida.

El feminismo está en contra del poder de un grupo sobre otro y propone enaltecer y valorar el poder de las personas. Sobre este punto se critica al Derecho, pues este ha ayudado a reproducir los patrones de poder de un grupo sobre otro, en especial en el caso de las mujeres.

d) Señalan que “lo personal es político”, con la intención de ampliar el ámbito de estudio sobre el poder y el control social a los espacios privados. Cabe señalar que el patriarcado divide los espacios sociales en dos: uno es el público, reservado para los hombres en donde despliegan su poder político, social, de conocimientos etc. Otro es el privado, reservado para la mujer y sus roles de esposa y madre; sin embargo los hombres gobiernan y dominan ambos ámbitos.

El feminismo critica la asignación de valores distintos a cada espacio y propone que los valores democráticos como la compasión, empatía, deben ser apreciados en ambas esferas.

Este principio también significa, que las discriminaciones que sufre la mujer no sólo conciernen a este grupo oprimido, sino que sirven para cuestionarse sobre el propio sistema y la estructura del poder del cual proviene dicho acto discriminatorio. Por ende requieren de soluciones políticas y sociales de efectos generales. Este principio implica a su vez que exista integración entre la teoría y la práctica. Según esto, se critica al Derecho,

pues las dimensiones paralelas de lo público y lo privado se producen en todo el campo normativo.

e) Coinciden también en señalar que el objetivo principal de la subordinación de la mujer es el control y disciplinamiento de su cuerpo, dirigido especialmente al control de la sexualidad y la capacidad reproductiva .

Según esta idea, se critican las manifestaciones de este tipo de control en el Derecho; por ejemplo la heterosexualidad que es requisito para constituir una familia a través del matrimonio o también el matrimonio patriarcal que ha impuesto supuestos como el débito conyugal o la violencia física

f) Señalan que el género es una categoría social, que se basa en el fenómeno natural del sexo. La perspectiva de género analiza la situación de subordinación de la mujer , además de la relación entre las mujeres y su actuar en la estructura patriarcal.

Linda McDowel ⁹⁸ señala que con el resurgimiento del Feminismo en la década de los sesenta, se redefine el término género como actualmente lo entendemos, utilizándose en dos sentidos:

a) El término género se utiliza en oposición al de sexo. El primero se refiere a las características sociales determinadas que construyen la identidad femenina, apartándose de las diferencias basadas en hechos biológicos. En cambio, el término sexo se refiere a las diferencias biológicas.

⁹⁸ McDOWELL, Linda . *Género, identidad y lugar. Un estudio de las geografías feministas*. Madrid: ed. Cátedra, 2000, pp. 29 – 32.

La diferenciación entre estos dos términos permite entender al género como creación social del sexo y por ende susceptible de cambios. Así mismo, es base para criticar la “naturalidad” de las divisiones de género y para demostrar que las características de género varían según el país, la época histórica y también según los espacios y las relaciones que existan.

b) El término género absorbe el contenido del término sexo. Según este sentido, el género sería el que otorga significado a las diferencias sexuales, estas ya no serían base sobre la cual actúa el género (como se entendía según el primer sentido). Señala que no se puede determinar a partir de las diferencias sexuales los supuestos culturales que diferencian al hombre de la mujer, la idea del cuerpo pasa a ser un hecho variable ya no una constante (como se entendía según el primer sentido).

Por otro lado, según Marcela Lagarde ⁹⁹ existen dos posturas distintas sobre la teoría de género. Una primera postura sostiene una teoría de género ahistórica, considera que existen dos géneros, basados en aspectos naturales y por ello son inamovibles, no pueden cambiarse. Señalan que los géneros son grupos biosocioculturales. Según esta teoría primero al ser humano se le clasifica según sus caracteres sexuales y luego se le otorga separadamente funciones, actividades, comportamientos y relaciones sociales, específicas para ese cuerpo sexuado.

La otra teoría de género es histórica, considera que todo en los procesos humanos es histórico, según ésta el género es una categoría. Sostiene que

⁹⁹ LAGARDE, Marcela . *Identidad de Género*. Managua: Centro Juvenil OLOF Palma, 1992, pp. 4 -7.

todas las características asignadas al sexo son aprendidas , es decir mediante un proceso de aprendizaje la persona se hace hombre o mujer.

El género se definiría de modo resumido como:

- Una construcción social que se desarrolla a partir de la diferenciación biológica.
- Se refiere a las diferencias socioculturales entre hombre y mujer.
- Varía según la cultura y el período histórico.
- Se refiere a lo que es propio de la mujer (lo femenino) y del hombre (lo masculino), como ideas, roles, conductas, maneras de sentir y de pensar, que son permitidas y valoradas socialmente.
- El género como producto social puede cambiar ¹⁰⁰ .

Marcela Rodríguez agrega que el género se determina según las particularidades de cada sociedad. Partiendo de esta premisa, la autora señala, que el género no es un concepto universal, además su construcción implica la relación con otras categorías como clase, etnia, edad, nacionalidad, etc. Tampoco es un concepto abstracto, porque se construye y manifiesta en la realidad particular de cada sociedad. Señala también que es una categoría relacional, porque se refiere al análisis de las relaciones sociales y se puede aplicar a todo ámbito social. Agrega, que desde del punto de vista de las

¹⁰⁰ LAMAS, Martha . “Género, diferencias de sexo y diferencia sexual”. En: *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: ed. Biblos, p. 65. También RUIZ BRAVO LÓPEZ, Patricia , “Una aproximación al concepto de género”. En: *Sobre género, Derecho y discriminación*. Lima: PUCP y Defensoría del Pueblo,1999, p. 135-136. VAN DENBERG, Elvira . *Hacia la equidad de género en su organización. Una práctica para integrar el enfoque de género y mejorar el desempeño de su organización*. Lima: SNV ,2002, p. 9. También PROGRAMA MUNDIAL DE ALIMENTOS . *Glosario sobre género*. Roma: PMA, 1999, p. 27.

mujeres, el género tiene que ver con una desigualdad en el dominio del poder y que es guía sobre lo que está prohibido o permitido y para quiénes lo está. Señala la autora, que considerar que en la regulación y comportamientos existe una neutralidad de género, es ocultar la jerarquización del poder y la subordinación de la mujer como su consecuencia ¹⁰¹ .

Agrega Lagarde, que el género se estructura en base a relaciones de poder entre hombre y mujer. La relación de las mujeres con los hombres, es de subalternidad, los hombres tienen una jerarquía superior, por ejemplo en el campo político, filosófico y actúan en otros campos como el económico, social, jurídico etc. ¹⁰² .

Por ello, el género no sólo implica el estudio de las construcciones socioculturales, históricas o psicológicas, sino también el estudio de las relaciones inter-género como intra-género, basados en esas construcciones socioculturales. Esto permite percatarse que bajo estas bases, las relaciones de género son desiguales, así como los roles, funciones, espacios y características correspondientes a la mujer son subvaloradas, ejemplo de ello es la subvaloración del trabajo doméstico a comparación de la importancia y valor que se le da a las actividades fuera del hogar realizadas por el hombre. Además no sólo se presenta una subvaloración sino una relación de poder, en el cual la mujer tiene una posición subalterna con respecto a la posición del hombre ¹⁰³ .

¹⁰¹ RODRIGUEZ, Marcela. *Violencia contra las mujeres y políticas públicas. Tendiendo un puente entre la teoría y la práctica*, op. cit, pp. 35-36.

¹⁰² LAGARDE, Marcela. *Identidad de género*, op. cit, p. 10.

¹⁰³ RUIZ BRAVO LÓPEZ, Patricia. “Una aproximación al concepto de género”, op. cit, pp. 142 – 145.

Por su parte, Susana Galdos Silva ¹⁰⁴, define el concepto de género como una categoría de análisis utilizada para:

- 1) Conceptualizar la construcción de roles sociales a partir de las diferencias sexuales. Por ejemplo, criticar aquella función considerada “natural” del hombre o la mujer, tomando en cuenta que es una conducta aprendida.
- 2) Analizar las relaciones de poder entre hombres y mujeres basadas en la socialización señalada en el punto anterior. Por ejemplo, analizar los casos de violencia familiar.
- 3) Analizar también la estructura ideológica, económica y política que permite que se consoliden dichos roles sociales. Por ejemplo, las oportunidades desiguales de las mujeres en comparación a los hombres en temas educacionales, de trabajo, etc.

Otra postura sostiene, que el género es una categoría de tantas otras como la clase, la etnia, la orientación sexual etc., que analiza lo que sucede en el campo plural de lo social, y que ninguna de ellas agota la interpretación de lo social, pero que todos tienen campos de intersección y se refuerzan mutuamente. El individuo es determinado por múltiples influencias sociales, no es sólo hombre o mujer sino que simultáneamente es hombre o mujer pobre, hombre o mujer negra, heterosexual u homosexual, anciano o niño etc. Esto significa que cada elemento influye en el individuo, en su forma de ser, de estar, de actuar.

¹⁰⁴ GALDOS SILVA, Susana. “Salud, sexualidad y derechos reproductivos desde la perspectiva de las mujeres”. En: *Salud, derechos sexuales y reproductivos*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1996, p. 25.

La categoría género, según esta posición, se refiere a significaciones sociales de ser, de estar y de tener de los sujetos sociales. Es una categoría relacional que busca explicar las relaciones entre lo masculino y lo femenino en la sociedad y determinar los motivos por los cuales se originan relaciones asimétricas y valoraciones diferentes entre el femenino y lo masculino, lo que produce situaciones de desventaja entre hombres y mujeres. Señala, que la categoría género debe cuestionarse sobre lo siguiente:

- ¿Las diferencias biosociales entre hombres y mujeres, deben constituir por fuerza desventajas?
- ¿En que momento esas diferencias se convierten en desventajas?

Según esta postura, las diferencias no implican, ni explican, que existan desventajas sin embargo en la práctica se producen, el ser diferente es como una amenaza. Esto puede ser explicado por la existencia de una sociedad patriarcal, en la que prima la lógica productiva y distributiva, de espacios, funciones, actores sociales dominantes y subordinados; es decir ésta crea relaciones asimétricas y de dominación de lo masculino sobre lo femenino. La lógica patriarcal es binaria, crea ámbitos excluyentes y relaciones de dominio-subordinación, que se manifiestan, entre otras formas, en la relación entre hombre y mujer. Por ello, para lograr el pleno desarrollo humano, debe cuestionarse los estereotipos de género y reivindicar de lo femenino y lo masculino lo mejor de cada uno, considerándolos atributos del ser humano; rompiendo así con la separación y polaridad de los valores que se le atribuyen a ambos.

Un problema, que aparece a raíz de la jerarquización y separación entre las esferas privada y pública, es que los asuntos domésticos vinculados a la

esfera privada no son considerados de interés público. Por ello, el género en su dimensión política tiene como objetivo criticar, reconstruir la relación entre hombres y mujeres y plantear una propuesta de democratización de dichas relaciones ¹⁰⁵.

El género; entendido como una construcción social, se expresa mediante los siguientes aspectos:

- a) Los roles que se atribuyen según el género. Por ejemplo a la mujer se le otorga el rol de madre y ama de casa y al hombre el rol de proveedor económico. Estos roles han influido en la división del trabajo por género, multiplicando con esto la discriminación, a su vez impone el tipo de relación entre hombre y mujer, determinando su conducta.

- b) Los espacios en dónde se actúan los roles. Se dividen en el espacio privado y el público. El primero se refiere a la casa y se identificaría con lo femenino, mientras que lo público se refiere, por ejemplo, a la calle o al trabajo y se identificaría con lo masculino. A partir de los roles y los espacios, se manifiestan los actos discriminatorios, en especial cuando se otorga un valor diferente a cada uno de estos roles y espacios, por ejemplo, se critica a un hombre que se dedica a tareas domésticas, así como se restringe la movilidad de las mujeres fuera del ámbito privado, esto produce el temor tanto en el hombre como en la mujer a salirse del rol y espacio asignados.

¹⁰⁵ FACULTAD DE SALUD PÚBLICA Y ADMINISTRACIÓN DE LA UNIVERSIDAD CAYETANO HEREDIA. . *La pluralidad de lo social*, op. cit. , pp. 2 - 7.

- c) Los atributos y características de personalidad son las características de cada rol. Se crea con esto un paralelo entre lo característico de lo femenino y aquello masculino. Por ejemplo, la dulzura por un lado, la agresividad por el otro, la debilidad y en el polo opuesto la fuerza, la emoción característica de lo femenino y la razón característica de lo masculino¹⁰⁶ .

El género está constituido por cuatro elementos básicos interrelacionados¹⁰⁷

:

- a) Símbolos y mitos aceptados e impuestos culturalmente. Implican representaciones sobre diversos temas, son guía para el comportamiento y comprensión de la vida y sirven como patrones de identificación.
- b) Los conceptos normativos, que interpretan los símbolos culturales y dan significado a las relaciones entre hombres y mujeres. Son normas de carácter religioso, jurídico, educativo, científico etc.
- c) Las instituciones sociales, en las cuales se desarrolla el individuo y que le transmiten los símbolos y conceptos normativos sobre el género. Estas son la familia, la iglesia, la escuela, el trabajo, la política.
- d) La identidad subjetiva, entendida como aquellas características que se consideran propias de las mujeres o de los hombres y que el individuo interioriza consciente o inconscientemente.

¹⁰⁶ RUIZ BRAVO LOPEZ, Patricia. “Una aproximación al concepto de género”, op. cit, pp. 137 –139.

¹⁰⁷ MATILLA FALCON, Julissa . “La conceptualización del género y su importancia a nivel internacional”. En: *Agenda Internacional*. Año 3, número 6, Lima 1996, pp. 156 – 157. Sobre el mismo tema se refiere: LAMAS, Martha. “Género , diferencias de sexo y diferencia sexual”,op. cit , pp. 14 – 15 y RUIZ BRAVO LÓPEZ, Patricia. “Una aproximación al concepto de género”,op. cit ., p. 144.

El tema de género puede ser analizado desde varios ejes:

a) El eje de la sexualidad

Marcela Lagarde ¹⁰⁸ señala que el tema de la sexualidad es central en la construcción del género puesto que a partir de la sexualidad se construyen en el individuo un conjunto de cualidades y aptitudes diferenciadas. Por ejemplo, en el marco de una sociedad patriarcal las mujeres han “sido convertidas en cuerpos magnificados sexualmente” ¹⁰⁹ por su capacidad reproductiva y su capacidad para satisfacer necesidades eróticas, esto ha originado la idea de valorar principalmente el cuerpo de la mujer, reduciéndola sólo a cuerpo. Estas dos capacidades están separadas, el plano de la satisfacción erótica esta subordinada al de la maternidad. Además, están relacionadas con las actividades que le corresponden a la mujer. En el tema de la reproducción se considera como “natural” de la mujer actividades como el trabajo doméstico, cuidar a los hijos, quedarse en la casa; la autora resume esta idea irónicamente señalando “se nos dice que como tenemos ovarios haremos la sopita de fideos o lavaremos el excusado y que además lo haremos por instinto” ¹¹⁰ .

En el mismo sentido se pronuncia Julissa Mantilla, a propósito de un estudio que realizó sobre mujeres peruanas de comedores populares. Señala que en estos sectores (los analizados en aquel estudio, pero no los únicos sectores afectados) la mujer no maneja su propia sexualidad, está supeditada a los deseos sexuales del hombre, reprimiendo sus deseos sexuales, para la mujer las relaciones sexuales se justifican porque le permiten ser madre. En

¹⁰⁸ LAGARDE, Marcela. *Identidad de género*, op. cit, pp. 7 – 9.

¹⁰⁹ Ibid , p. 7.

¹¹⁰ Ibid, p. 8.

cambio la maternidad si es valorada, tanto que la identidad de la mujer depende de su función de madre y esposa. Esta valoración influye en la multiplicación de tratos discriminatorios y de la condición subordinada de la mujer pues su ámbito de actuación se limita a su casa, su familia, sus hijos. Así mismo, esto influye en el modo en que la mujer enfrenta la vida, en tanto traslada su función de madre a otros espacios en que actúa, por ejemplo las mujeres que trabajan en comedores populares lo hacen con el objetivo de velar por su familia ¹¹¹ .

En el caso del hombre, la sexualidad es fundamental para la construcción de la identidad masculina. Cabe señalar, que en la sociedad patriarcal la sexualidad es dividida en dos sentidos: la sexualidad reproductiva y la erótica. Ambos sentidos están separados, el primero le corresponde a la mujer, cuya sexualidad erótica se convierte en algo negativo y el segundo le corresponde al hombre, que para ellos es positivo e importante para la construcción de su identidad sexual, mientras que la paternidad no define su masculinidad. Para Marcela Lagarde, los hombres son, mientras que la mujer para ser femenina debe realizar la sexualidad materna, procreadora o erótica; por ello señala la autora que las mujeres que no tienen hijos son consideradas por la sociedad, como “mujeres incompletas” ¹¹² .

b) Eje de los Espacios Públicos y Privado

Una sociedad patriarcal, se divide en espacios públicos y privados. El espacio público es el de la producción, asignado al hombre que produce bienes

¹¹¹ MANTILLA FALCON, Julissa . “La conceptualización del género y su importancia a nivel internacional”, op. cit, p. 161.

¹¹² LAGARDE, Marcela. *Identidad de género*, op. cit, p. 16.

materiales, culturales, políticos. El espacio privado es el de la reproducción y corresponde a la mujer, dentro de este espacio se incluyen todos los que dependen de la mujer sean niños, enfermos, ancianos. Aunque actualmente la mujer participe en el espacio público y el hombre en el privado, el esquema segregacionista se repetirá en esos espacios separando al hombre de la mujer. Por otro lado, en el ámbito público, las relaciones entre mujeres y hombres están determinadas por la sexualidad, por ejemplo, en el trabajo o en el centro de estudios serán considerados potenciales cónyuges ¹¹³.

En contraposición a esta postura, Julissa Mantilla ¹¹⁴ sostiene que la separación entre los espacios público y privado en la práctica, no es tan cierta, puesto que según la historia en ocasiones no ha existido distinción entre estos espacios. Por ejemplo, señala que en la Edad Antigua en Roma, existía un encuentro entre dichos espacios, es el caso del matrimonio que era una institución privada ya que no necesitaba la participación del poder público para celebrarlo, sin embargo era un juez el que decidía en temas de herencia. En cambio, en la Edad Media los espacios se separaron y lo público se entendía como aquello que es común y de uso general y lo privado era lo que pertenecía sólo a un sujeto y permanecía en secreto. En la Edad Moderna y Contemporánea existe un entrecruzamiento de estos espacios, tanto es así que en la Edad Contemporánea el Estado cobra mucha importancia y regula la vida privada en temas como la seguridad social, la creación de impuestos.

¹¹³ Ibid, p. 9.

¹¹⁴ MANTILLA FALCON, Julissa. “La conceptualización del género y su importancia a nivel internacional”, op. cit, pp. 158 – 161.

Según la autora, la importancia de estudiar estos espacios es comprender que se ha determinado como natural el espacio en el que actúa el hombre o la mujer, creándose una brecha entre ellos. Señala también, que gracias a estudios posteriores, surge la idea de “lo personal es político”, entendiéndose con esto que los asuntos del espacio privado cobran una importancia política; manifestación de esto son las protestas de las Madres Argentinas de la Plaza de Mayo y las organizaciones populares de mujeres peruanas (comedores populares por ejemplo); con esto la dicotomía vuelve a desaparecer.

Por otro lado, existen dos conceptos relacionados al género que cabe definir:

a) Relaciones de género

Se define relaciones de género como la forma en que cada sociedad y cultura define las relaciones entre hombres y mujeres, en base a un parámetro determinado de distribución de poder, prestigio, responsabilidad, beneficios. Es importante estudiar estas relaciones, porque es a partir de ellas que se establecen posiciones de dominio y poder desiguales, sobre todo en el caso de la mujer cuyos roles, espacios, funciones, atributos son subvalorados a comparación a los del hombre¹¹⁵.

El Programa Mundial de Alimentos define las relaciones de género como el análisis de la posición que tienen los hombres con respecto a las mujeres y viceversa. Señala que como consecuencia de la existencia de relaciones de

¹¹⁵ BANT ,Astrid y MOTTA, Angélica. “Género , derechos humanos e interculturalidad”. En: *Género y salud reproductiva. Escuchando a las mujeres de San Martín y Ucayali*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 2001, p. 26.

género desiguales, las necesidades prácticas de las mujeres pueden ser satisfechas pero no las estratégicas. Define las necesidades prácticas de género, como aquellas que se refieren a los papeles tradicionales de los hombres y mujeres en la sociedad, en el caso de la mujer estos serían la reducción de la carga de trabajo, mejoras en temas de salud, aumento de sus ingresos, agregan que estas necesidades no tienen relación con la subordinación de la mujer por lo que su satisfacción no mejora el papel de la mujer en la sociedad. Define las necesidades estratégicas de género, como aquellas necesidades que se refieren a la situación de subordinación de la mujer cuya satisfacción permite lograr beneficios a largo plazo y se requiere trabajar tanto con hombres como con mujeres para que modifiquen las relaciones entre ellos, el objetivo sería lograr la igualdad de derechos, mayor acceso a los recursos productivos, participación en la toma de decisiones, igualdad de oportunidades de empleo, etc. Señala como ejemplo de las relaciones de género desiguales, la situación actual de las mujeres en la mayor parte del mundo, que han accedido a profesiones y empleos, pero dentro de la familia siguen reproduciendo papeles estereotipados en el que el hombre es el que genera los ingresos. Como consecuencia de la permanencia de dichas relaciones de género desiguales la mujer no tiene oportunidad para la toma de decisiones tanto en la familia, como en la sociedad en la que vive ¹¹⁶.

Patricia Ruiz Bravo señala que a partir de los patrones de identificación de hombres y mujeres, se desarrollan las relaciones de género. Por ello, el género no sólo analiza dichas construcciones sociales de hombre y mujer, sino las relaciones intergénero e intragénero. Acota que el análisis de género debe

¹¹⁶ PROGRAMA MUNDIAL DE ALIMENTOS. *Glosario sobre género*, op. cit, pp.35 y 38.

prestar especial atención a las relaciones entre hombres, pues es aquí en donde nacen y se desarrollan las conductas violentas y se reprime todo potencial de sensibilidad (aspecto femenino) temor, afectividad ¹¹⁷ .

b) Sistema de género

Astrid Bant y Angélica Motta definen el sistema de género como el conjunto de estructuras que una sociedad determina sobre las relaciones de género y que influyen sobre todos los ámbitos de la vida social ¹¹⁸ .

Patricia Ruiz Bravo agrega que sistema de género es el conjunto de normas, pautas, valores mediante los cuales la sociedad modela la sexualidad y la procreación de los individuos. Señala que este concepto, no sólo se refiere a la relación entre hombres y mujeres; sino también al sistema social. Sostiene que entre los objetivos de los estudios de género está el demostrar que la manera como se organiza y define el sistema de género tiene relación con los sistemas de organización social y de poder. Además los sistemas de género son instrumentos para la clasificación social, de poder, de jerarquización. Y de allí que el género como sistema que presenta desigualdades se relacione y nutra de otros sistemas de discriminación como la raza, clase, etc.

Según la autora, esta interrelación entre los sistemas de exclusión, implica que en las políticas de cambio que se impongan deben incluirse todos los sistemas de exclusión especialmente las de raza y género, que muchas veces se ocultan señalando que forman parte de la exclusión de clase o social ¹¹⁹ .

¹¹⁷ RUIZ BRAVO LOPEZ, Patricia. “Una aproximación al concepto de género”, op. cit. pp. 142 – 143.

¹¹⁸ BANT, Astrid y MOTTA, Angélica. “Género , derechos humanos e interculturalidad”, op. cit. , p. 26.

¹¹⁹ RUIZ BRAVO LOPEZ, Patricia. “Una aproximación al concepto de género”, op. cit, pp. 145-146.

Por otro lado, Marcela Lagarde señala, que el sistema de género se basa en el cuerpo sexuado de los seres humanos para clasificarlos en dos géneros: masculino y femenino. Esto crea un sistema de inclusiones y exclusiones, es decir si tengo cuerpo masculino seré incluido en el género masculino y a la vez excluido de pertenecer al género femenino. Implica el respeto a dos principios: el antagonismo y la complementariedad, por el primero se mantiene una separación entre las características de uno u otro género y por el segundo se sostiene que los sujetos deben realizar ciertas funciones o actividades según lo que corresponde a su género ¹²⁰.

1.2.2 Utilización del término género

El origen del concepto de género se remite a la acepción “papel de género”, utilizada por John Money en 1955 para describir el conjunto de conductas atribuidas de los hombres y mujeres.

El término género es utilizado por primera vez en 1968 por Robert Stoller en su obra “Sex and Gender”. La definición que utiliza, se basa en la investigación de casos de niños y niñas que habían sido asignadas al sexo opuesto al que genéticamente le correspondía. El caso más famoso es el de un gemelo cuyo órgano sexual fue amputado accidentalmente cuando se le realizaba la circuncisión. Los médicos y su familia consideraron que lo mejor era socializarlo como niña, por lo que creció con una identidad sexual de niña, mientras su hermano gemelo mantenía su identidad sexual de niño. Los casos de bebés genéticamente femeninos pero con genitales masculinos, que fueron

¹²⁰ LAGARDE, Marcela. *Identidad de género*, op. cit. , p. 6.

socializados como niños o en otros casos como niñas, son fuente para la postura de Stoller, quien señala que lo resaltante es que estos niños generalmente asumieron la identidad sexual asignada por la socialización determinada.

Por estas investigaciones, Stoller distingue el género del sexo, señalado que lo determinante para la construcción de la identidad sexual no es la carga genética, hormonal o biológica sino la asignación de un rol social, una conducta, sentimientos, pensamientos, en suma aquello que se conoce como género ¹²¹.

En 1972, Ann Oakley, es el primero en introducir el concepto género a las ciencias sociales, a través de su obra “Sexo, Género y Sociedad”, y esto es utilizado luego por las feministas. Aunque anteriormente, Aphra Behn ya había criticado el trato desigual a la mujer, señalando que el responsable de este trato es la sociedad y no su anatomía. Así mismo, en 1789, Olympe de Gouges escribió la “Declaración de los Derechos de la mujer y la ciudadanía”, por la cual fue condenada a muerte ¹²².

Por otro lado, existen algunas confusiones en cuanto al término género y su significado en diversos idiomas. El feminismo anglosajón en los años setenta impuso el término “gender”, para explicar la diferencia entre las construcciones sociales de las características femeninas y la determinación biológica de las diferencias sexuales.

¹²¹ RODRIGUEZ, Marcela. *Violencia contra mujeres y políticas públicas. Tendiendo un puente entre la teoría y la práctica*, op. cit., p.35 .

Sobre el mismo tema FACIO, Alda y FRIES, Lorena. “Feminismo, género y patriarcado”, op.cit, pp. 31-32.

¹²² FACIO, Alda, FRIES, Lorena. “Feminismo, género y patriarcado”, op. cit. , p. 32.

El término “gender” no corresponde totalmente con el significado del término español. En inglés el término hace referencia directamente a los sexos, mientras que en español se refiere también a la pertenencia de algo a una clase, tipo o especie en particular. En el idioma español cuando se habla de género, lo que se comprende en un principio no es el género como construcción de lo masculino o femenino; salvo que tenga algún conocimiento del tema, sino que se entiende como la clasificación de alguna cosa. El problema es que en español se habla del “género femenino” y se entiende que ha habido primero una identificación entre género y sexo (comprendiéndose como sinónimos) y luego una sustitución del término mujeres por el género; entendiéndose por género todo estudio que tenga que ver con la mujer ¹²³.

Durante la reunión preparatoria de la Conferencia Beijing realizada Nueva York (marzo 1995), una postura criticó que en el proyecto de la Plataforma de Acción se tradujera el término género con el término sexo, consideraron que esto generaba distorsión en el contenido y acuerdos alcanzados en las Conferencias de las Naciones Unidas ya realizadas. La postura contraria representada por el Vaticano, los gobiernos de Guatemala, Honduras, Malta, Benin, representantes del fundamentalismo islámico y los conservadores del protestantismo evangélico, sostenía que la inclusión de este concepto podría propiciar la homosexualidad, la crisis de la identidad femenina, de la familia y de los valores morales.

La Mesa Directiva de la Comisión de la Condición Jurídica y social de la mujer, convocó a un Grupo de contacto que se encargaría de interpretar el

¹²³ LAMAS, Martha . “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género”. En: *Para entender el concepto de género*. Ecuador: Colección Pluriminar, 1998, pp. 9 – 13.

término género en el contexto de la Plataforma de Acción. Interpretación a la que se remite el informe final de la Cuarta Conferencia Mundial del Mujer - Anexo 4 señalando que por género debía entenderse “su ordinario y generalmente aceptado” concepto, entendido como un producto social , que sirve para analizar las funciones y las relaciones entre hombres y mujeres, que crean situaciones discriminatorias para la mujer.

Los países participantes de la reunión preparatoria regional “Conferencia Regional sobre la integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe”; realizada en Santiago de Chile (3 y 4 de julio de 1995) propusieron la revisión de la traducción en castellano del proyecto de la Plataforma de Acción de Beijing. Propusieron que el concepto “gender perspective” se traduzca al español como “perspectiva de género” y así excluir traducciones como “perspectiva de las necesidades de la mujer” o “desde una perspectiva que abarque los dos sexos”. Finalmente los representantes de las Naciones Unidas en aquella reunión, estuvieron de acuerdo con esta propuesta¹²⁴.

1.2.3 La diferencia entre sexo y género

Para comprender correctamente el concepto de género cabe distinguirlo del concepto de sexo. Según Alda Facio y Lorena Fries, esta distinción sirve para comprender la subvaloración de todo lo femenino y que dicha valoración de roles, atributos no dependen de las diferencias biológicas, por ende pueden

¹²⁴ HINIJOSA, Claudia y JIMENEZ , Nélida. “Fe de erratas y debates. De por qué el “género” vive afuera en la portada y el “sexo” vive adentro , en el texto de la violencia de género”. Lima: Facultad de salud pública y administrativa- materiales de enseñanza, Universidad Peruana Cayetano Heredia, pp. 1-3.

ser transformados. Definen sexo como aquello que está determinado biológicamente, mientras que el género esta determinado social, cultural e históricamente. Critican la sustitución que se hace del término sexo por el de género, como si significaran lo mismo o utilizando la palabra género para alejarse de lo “sexual”¹²⁵ .

Marcela Lagarde, define sexo como un conjunto de características determinadas en base a datos corporales, genitales, que se amplía o reduce según cada cultura y lo considera una “construcción natural, biológica e inmutable”. Mientras que el género se construye sobre el cuerpo, imponiéndose características sociales, culturales, políticas, jurídicas, económicas, psicológicas determinadas¹²⁶ .

Para Anthony Guiddens, la palabra “sexo” en el lenguaje cotidiano es ambigua, puesto que se refiere a una categoría de persona y también a los actos que realiza el individuo. El autor, define sexo como aquellas diferencias biológicas o anatómicas entre hombre y mujer y por otro lado a la actividad sexual. Señala que mientras que el sexo se basa en diferencias físicas corporales, el género se refiere a las diferencias psicológicas, sociales, culturales entre hombres y mujeres¹²⁷ .

Cabe señalar, que hablar de género no es referirse a la mujer, por ello es necesario diferenciar entre los asuntos de la mujer y los de género. Los primeros tienen que ver con las funciones naturales de la mujer como embarazo, parto, lactancia . Los segundos se refieren a la división del trabajo,

¹²⁵ FACIO, Alda y FRIES, Lorena. “Feminismo , género y patriarcado”, op. cit, p. 40.

¹²⁶ LAGARDE, Marcela. *Género e Identidades*. Lima:Facultad de Salud Pública y administración, Universidad Cayetano Heredia ,materiales de enseñanza , sin número .

¹²⁷ GUIDENS, Anthony. *Genero y Sexualidad*. Lima: Programa de estudios de género, Pontificia Universidad Católica del Perú - Materiales de enseñanza , p.8.

el acceso a niveles de decisión, al uso y distribución de recursos. Se producen diferencias en temas como las oportunidades, acceso y uso de los recursos, según se pertenezca a uno u otro género, esto genera actitudes discriminatorias tanto individuales, sociales e institucionales. Sin embargo, los cambios históricos actuales reflejan, por ejemplo, la inserción de la mujer en el espacio público antes reservado solo para los hombres; esto prueba que el género es histórico y por ende no natural.

Por ende, así como se entiende que el género impone ciertas características diferenciadas para el hombre y la mujer, también debe reconocerse que siendo el género una construcción social puede modificarse, a fin de excluir todo trato discriminatorio o desigual basado en estos estereotipos¹²⁸.

Sobre el mismo tema se pronuncian Alda Facio y Lorena Fries, señalando que género y mujer no son sinónimos y que tal confusión se produce porque fueron las mujeres las que utilizaron el término para criticar las situaciones discriminatorias que vivían. Critican aquellas políticas públicas de género que están dirigidas sólo a las mujeres, señalan que una verdadera política de género tendría como objetivo superar la desigual valoración y poder entre los géneros, por ende una política de este tipo también incluiría a los hombres. Hasta hace poco las políticas y leyes sobre la mujer no se basaban en una perspectiva género sensitiva sino que reproducían como correcto lo que social, cultural e históricamente se les había atribuido. Además, el género no hace referencia a un sector o grupo vulnerable ni mucho menos es sinónimo de mujer. Señala que cuando se utiliza el término grupo “vulnerable” se usa como

¹²⁸ LAGARDE, Marcela. *Género e identidades*, op. cit, sin número.

sinónimo de mujer y esto es un error porque las mujeres no son una minoría social, son un grupo vulnerabilizado por el patriarcado y las estructuras de género ¹²⁹ .

1.2.4 La perspectiva género sensitiva

Susana Galdos Silva define la perspectiva de género, como el incorporar la categoría del género al análisis de todas las acciones, los roles, las relaciones entre hombres y mujeres, la estructura política e ideológica. Este análisis incluye no sólo el estudio de la situación de las mujeres, sino también de los hombres, que han sido condicionados a actuar de una determinada manera valorando más la fuerza y la violencia como sinónimo de masculinidad¹³⁰ .

Por otro lado, el Programa Mundial de Alimentos define la perspectiva de género como aquel parámetro de análisis utilizado para determinar cómo influyen los hombres y mujeres en las políticas, programas, actividades y cómo estas políticas y programas les afectan¹³¹ .

Alda Facio y Lorena Fries señalan, que priman características androcéntricas en la cultura, las cuales hacen que los intereses y experiencias del hombre sean considerados centrales; tanto es así que el hombre es percibido como el “modelo de ser humano”. Todas las instituciones sociales parten del análisis de las necesidades del hombre y tienen el objetivo de

¹²⁹ FACIO, Alda y FRIES, Lorena. “Feminismo, género y patriarcado”, op. cit., pp. 41-42.

¹³⁰ GALDÓS SILVA, Susana. “Salud, sexualidad y derechos reproductivos desde la perspectiva de las mujeres”, op. cit., pp. 25-27.

¹³¹ PROGRAMA MUNDIAL DE ALIMENTOS. *Glosario sobre género*, op. cit., p. 37.

satisfacerlas considerándolas universales, hasta el punto que se satisfacen las necesidades e intereses de la mujer, que el hombre cree que tienen.

Por esta realidad las feministas sostienen que debe introducirse al análisis e interpretación de toda la realidad social la perspectiva género sensitiva, entendida como poner en el centro de todo análisis las relaciones de poder entre hombres y mujeres, a fin de visibilizar las consecuencias de la construcción social de los géneros y pone al descubierto el hecho que el hombre es considerado el referente en toda descripción y explicación de la realidad, en detrimento de todo lo femenino; esta perspectiva propone nuevas formas de construcción de los géneros sin ninguna base discriminatoria.

La perspectiva género sensitiva puede presentarse desde el género femenino o masculino. Por un lado, la perspectiva de género feminista tiene como objetivo introducir la visión femenina al análisis de la realidad, sin tener la intención de que la visión femenina prime o se convierta en la única. Esta perspectiva tiene como punto de partida la situación de subordinación de la mujer y de este modo visualizan las relaciones de poder entre géneros.

Por otro lado, la perspectiva de género masculino no androcéntrica, tiene como objetivo hacer visible los intereses, necesidades, experiencias de los hombres como grupo específico, no como aquellos que son representantes de la humanidad ¹³².

La incorporación de la perspectiva de género es una estrategia usada para lograr la igualdad entre hombre y mujer, en todos los espacios sociales y a través de distintos medios como investigaciones, análisis y elaboración de

¹³² FACIO, Alda y FRIES, Lorena. "Feminismo , género y patriarcado" op. cit, pp. 37-40.

políticas, programas o actividades de asistencia técnica. Esta estrategia se adecua al ámbito que se quiera desarrollar ¹³³ .

Con la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing 1995) se introduce la perspectiva del género como criterio fundamental para lograr la igualdad entre los sexos. Posteriormente, en 1997 el Consejo Económico y Social (1997/2) plantea algunos principios para lograr dicho fin y define la perspectiva de género como una estrategia, cuyo objetivo es que se incluyan las necesidades e intereses de la mujer en toda política y en todos sus niveles (creación, aplicación, supervisión evaluación de dichas políticas) y como un proceso de evaluación de las consecuencias para mujeres y hombres de toda política y actividad; el objetivo final es lograr la igualdad entre hombre y mujer. Así mismo, la Asamblea General en el vigésimo tercer período de sesiones para el seguimiento del Plataforma de Acción de Beijing (junio de 2000) refuerza la importancia del tema dentro de las Naciones Unidas. Posteriormente en julio de 2001 el Consejo Económico y social a través de su resolución 2001/41, señala que la perspectiva de género debe primar en toda su labor y en todos sus ámbitos y recomendó que se efectuara una revisión quinquenal de lo que señala en su resolución 1997/2 ¹³⁴ .

1.2.5 La equidad de género

La equidad de género se define como el lograr la igualdad entre hombres y mujeres, en temas diversos como acceso al bienestar material, a

¹³³ NACIONES UNIDAS. *La incorporación de la perspectiva de género*, una visión general. Nueva York: ONU, 2002 , pp. V –VI .

¹³⁴ *Ibid*, p. V.

oportunidades, participación en la toma de decisiones, control sobre los recursos y beneficios y sobretodo adoptar una estructura de valores basada en la equidad ¹³⁵ .

Para que exista una equidad social, es central que se incluya una equidad de género en todas las políticas públicas que se inicien con ese fin. Antes de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer, la equidad de género era integrada a las políticas sociales, luego de la Conferencia se integró a los políticas macro-económicos y de gobernabilidad ¹³⁶ .

La política de género busca la armonía entre el principio de universalidad, entendido como aquel que se refiere a los derechos de todas las mujeres y el principio de solidaridad, por el cual se amplían los efectos de dicha política a los niños, mujeres indígenas, jóvenes embarazadas, es decir a grupos específicos de mujeres que tengan una especial condición o característica ¹³⁷ .

Muchas políticas públicas consideradas neutras en temas de género, no lo son y peor aún suponen una situación discriminatoria para las mujeres. Por eso, deben tener como objetivo no sólo la igualdad de oportunidades, sino la igualdad de trayectorias y resultados. Para lograr esto se debe tomar en cuenta la equidad de género en políticas económicas, que son las causantes del aumento de la pobreza, la concentración de la riqueza, el aumento de desempleo, etc. ; a fin de contrarrestar la pobreza y que se adopten medidas

¹³⁵ VAN DEN BERG, Elvira. *Hacia la equidad de género en su organización. Una práctica para integrar el enfoque de género y mejorar el desempeño de su organización*, op. cit. , p. 9.

¹³⁶ CEPAL. “El derecho de la equidad de género y de los derechos humanos en los albores del s. 21”. En: *Serie Mujer y desarrollo*. Número 27, 2000, p. 9.

¹³⁷ *Ibid*, p. 59.

para evitar la discriminación de oportunidades y resultados en el caso especial de las mujeres ¹³⁸.

Para alcanzar la equidad social y por ende la de género el Estado debe incluir en su accionar las dimensiones económica, política y cultural. Sobre la dimensión económica, el Estado debe promover inversiones estables y duraderas que logren eliminar barreras de acceso al mercado y se dirijan especialmente al sector educación y de capacitación laboral. Sobre la dimensión política, el Estado debe reforzarse en lograr el fortalecimiento de la democracia, y en especial la construcción de la ciudadanía plena de la mujer, excluyendo la existencia de la relación tutelar del Estado y la mujer, y fortalecer la participación de la mujer en todos los ámbitos sociales y sobre todo en la toma de decisiones ¹³⁹.

1.2.6 El Género y la homosexualidad

Marta Lamas ¹⁴⁰ señala que la crítica feminista se dirige contra la idea de la inamovilidad del sexo, de esto surge la idea del género, como construcción social. Progresivamente va a surgir una nueva perspectiva sobre el sexo, basada especialmente en lo planteado por Foucault, quien señalaba que el sexo también se determinaba por una construcción social, puesto que el sexo es muy sensible a las modificaciones culturales, las modas, los cambios sociales. La autora señala que se acepta actualmente que la sexualidad no es natural,

¹³⁸ Ibid, p. 60.

¹³⁹ Ibid, p. 65 .

¹⁴⁰ LAMAS, Marta. “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género”, op. cit., pp. 51-64.

sino que se ve influenciada por la cultura que valora o denigra el cuerpo o el acto sexual.

Las feministas se cuestionan sobre el significado del sexo y del género, a fin de determinar cuáles son las estructuras de poder que modelan la heterosexualidad, como posición dominante de sexualidad y agregan que esta forma dominante de sexualidad está condicionada por el género. Varias posturas feministas se han cuestionado sobre lo que significaría la eliminación del patrón binario que dirige y construye el género y por el cual se piensa y critica de determinada manera el tema de la orientación sexual. Según la autora estos planteamientos son radicales y utópicos; se basa en lo sustentado por Freud sobre la calidad indiferenciada de la libido sexual. Freud, señalaba que el ser humano es básicamente sexual y si no fuera por la sociedad que orienta su conducta a la heterosexualidad, el individuo podría tener una actividad sexual indiferenciada o perversa polimorfa. Una de las tareas de las feministas es reconstruir la simbolización cultural de la diferencia sexual a fin que se elimine la heterosexualidad impuesta y se incluyan las múltiples y distintas características e identidades de los individuos. La autora se basa en los planteamientos de Judith Butler, quien sostiene que si bien el género es determinado sobre el individuo a raíz de la influencia externa de la sociedad, el individuo también modifica e interpreta los significados culturales que ha recibido.

Según la autora los estudios de género contribuyen a resolver los cuestionamientos sobre la homosexualidad, esencialmente respondiendo a la siguiente interrogante: ¿Cómo, por la lógica del género, diferentes culturas valoran negativamente la homosexualidad?. Lo más importante con respecto a

este delicado y cuestionado tema no es explicar los orígenes del homosexualismo, sino buscar cómo pueden transformarse los efectos sociales; en especial los negativos. Tampoco se “trata de defender los derechos de las “minorías sexuales” sino de cuestionar la heterosexualidad como la “forma natural” alrededor de cual surgen desviaciones “antinaturales”¹⁴¹. Otro objetivo, es el comprender que el proceso de construcción de la identidad sexual puede dar como resultado la homosexualidad o la heterosexualidad.

La autora propone el establecimiento de una nueva postura ética, por la cual las diferencias no sean traducidas ni en desigualdades ni en desventajas. Señala que el feminismo utilizando la perspectiva de género, debe criticar los comportamientos sexistas, homofóbicos, discursos, representaciones sociales que discriminen a las personas en base a la simbolización cultural de la diferencia sexual, pues esto limita el desarrollo del ser humano y discrimina a quienes no son parte del patrón hegemónico.

Señala la autora que dos son las principales consecuencias negativas de los patrones de género: el sexismo (la discriminación en base al sexo) y la homofobia (la discriminación a los homosexuales). Agrega que este tipo de discriminación varía en cuanto al grado y características según la sociedad y la época. Para tratar de eliminar estos tipos de discriminación, el feminismo dirige sus planteamientos a sustentar la “desnaturalización de lo humano”, en el sentido que critica todo lo que es considerado “natural” como la subordinación de la mujer, la heterosexualidad, etc. La posición de la autora es que a través de estas críticas se construya no una sociedad andrógina, en la cual no interese la diferencia sexual, sino que se construya una sociedad en la cual las

¹⁴¹Ibid , pp. 59-60

diferencias no se conviertan en desigualdades y que seamos conscientes que como pertenecientes al género humano compartimos aspiraciones y compromisos que nos unen.

Marcela Lagarde explica el rechazo a la homosexualidad partiendo de la explicación de lo que es identidad de género y como ésta se va construyendo. Define la identidad como aquel conjunto de características que definen al sujeto, sea individual como colectivo, por eso se habla de identidad nacional, étnica, de clase, etc. En cuanto al individuo, la identidad responde a la pregunta ¿Quién soy? y es esencial para que se constituya el sujeto. El sistema de identidades agrupa a aquellos sujetos que son semejantes y determina la diferencia de un grupo con respecto a otro (el ser como y el no ser como). Al hablar de la asignación de la identidad, se habla también del poder de asignarla, esto se refiere por ejemplo a la definición de lo que es ser hombre y mujer. En el sistema de identidad, ser mujer es no ser hombre, se parte de aquellos elementos asignados y se añade elementos que son optados. El problema surge cuando la identidad de género, se identifica con la identidad sexual; identificándose un cuerpo femenino con ser mujer y un cuerpo masculino con ser hombre; además de incluirse elementos como por ejemplo actividades que son consideradas el deber ser para mujeres y otro para hombres. Además, tomando en cuenta que el sistema de género se caracteriza por ser binario, todo cambio es definido como una transformación a lo otro; ya que sólo es aceptado lo masculino y lo femenino, no se acepta lo neutral u otras dimensiones. Estos cambios se entienden como pérdidas, por ejemplo cambios en la masculinidad se entienden como pérdidas de masculinidad. Quienes cambian son considerados por la sociedad como anormales, ya que

no encajan en lo que debería ser hombre o mujer, que es la obligatorio y considerado natural. Las personas que tienen estos cambios se sienten culpables de lo que hacen, piensan y sienten ¹⁴².

Como señala Rosa Pastor ¹⁴³ la sexualidad se determina de modo dicotómico y en base a esto se construyen mitos que van a dirigir el comportamiento, pensamientos y el sentir de los individuos. Algunos de estos mitos son: la sexualidad es un instinto, los varones adultos son sexualmente activos, las mujeres son pasivas en el plano sexual, la sexualidad es heterosexual y adulta, la sexualidad adulta es genital y el objetivo de la sexualidad adulta es la reproducción. Estos mitos reflejan los valores que la sociedad transmite sobre este tema, y que se basan en una mentalidad androcéntrica y mercantil, teniendo como tema central la reproducción como valor productivo.

En la actualidad, agrega la autora, se han cuestionado estos patrones, sobre todo se propugna la separación entre la sexualidad y la reproducción, especialmente pensando en la situación de subordinación de la mujer. La transformación que se busca no sólo depende de lograr la igualdad de las relaciones sociales, sino también se busca la redefinición de los valores de género, evitando que la construcción de la identidad de género sea determinado por esquemas rígidos de “normalidad” y excluyendo las diferencias.

¹⁴² LAGARDE, Marcela. *Identidad de género*, op. cit., pp. 23-27.

¹⁴³ PASTOR, Rosa. “Realización sexual y de género: implicaciones psicosociales”. En: *Varones y mujeres. Desarrollo de la doble realidad del sexo y del género*. Madrid: ed. Pirámide, 1996, pp. 256-267.

Por otro lado, Norma Fuller define la identidad de género como “el sentimiento de pertenencia a la categoría femenina o masculina” ¹⁴⁴ y describe que el género se constituye en base a patrones bipolares y excluyentes, que ignoran las gamas de la atracción sexual y la existencia de la homosexualidad. De este modo, describe la existencia del “repudio” de todo aquello que va contra lo fijado socialmente y que hace que el sujeto se defina en contraste a lo repudiado, por ello un cambio o lo diferente se convierten en una amenaza de la pérdida de la identidad sexual, esto contribuye a su vez a reproducir el sistema de género estereotipado como heterosexual ¹⁴⁵ .

1.3 Los derechos sexuales y reproductivos

Existen dos visiones de estos derechos, la primera vincula estos derechos sólo a la mujer y sobre todo a temas de salud (sea reproductiva o sexual). Otra visión que es más amplia, incluye también los intereses y necesidades de los hombres, homosexuales y otros temas como el placer sexual.

Los derechos sexuales y reproductivos surgen a partir de la lucha feminista por la reivindicación de temas vinculados a la salud y la autodeterminación sexual. Por tratarse de temas vinculados a la esfera privada de la sexualidad y reproducción del sujeto, están determinados por intereses sociales, políticos, religiosos particulares, diversos y muchas veces contrapuestos, lo que impide un fácil y rápido consenso sobre el tema, tanto así

¹⁴⁴ FULLER, Norma. “ Fronteras y Retos: Valores de Clase media del Perú”. En: *Isis Internacional, Ediciones de las mujeres*. Número 24, 1997, p. 139.

¹⁴⁵ *Ibid*, pp. 139-152.

que la postura de ciertos sectores ha impedido el pleno reconocimiento de estos derechos.

Son considerados derechos humanos universales, es decir le corresponden a todos los seres humanos por el hecho de pertenecer a la especie humana. Sin embargo, este tema ha sido cuestionado y no respetado en la práctica. Las causas de estos problemas son: la desigualdad de género, la falta de efectividad en la aplicación de los resultados de las Conferencias Internacionales.

Algunas perspectivas han sostenido que para ejercer la autonomía sexual y reproductiva del individuo; en especial en el caso de las mujeres, deben gozar de: autonomía económica, infraestructuras para el cuidado de los hijos, servicios de salud e información, etc. Lo que significa que el goce de estos derechos esta estrechamente relacionado con las políticas y programas que el Estado implemente a fin de remover las causales de discriminación de género ¹⁴⁶ .

1.3.1 Definición de los derechos sexuales y reproductivos

Los conceptos de derechos sexuales y reproductivos, de salud sexual y reproductiva se determinaron a partir de la “III Conferencia de Población y Desarrollo” (El Cairo, 1994) y se ratificaron en la “Conferencia de Desarrollo Social” (Copenhague, 1995) y en la “IV Conferencia Internacional sobre la

¹⁴⁶ PALOMINO, Nancy, RAMOS, Miguel, VALVERDE, Rocío, VÁSQUEZ, Ernesto. “Entre el placer y la obligación. Derechos sexuales y reproductivos de mujeres y varones de Huamanga y Lima”. Lima: Facultad de Salud Pública y administración, Universidad Peruana Cayetano Heredia- materiales de enseñanza , pp. 25-32.

mujer” (Beijing, 1995). Estos conceptos están estrechamente vinculados, pero deben ser definidos claramente para evitar la tendencia a sustituir un concepto por otro.

Se entiende que salud reproductiva es un estado de bienestar físico, mental y social en temas relacionados al sistema reproductivo, implica la libertad de decidir tener o no relaciones sexuales, cuándo y con qué frecuencia. En cuanto a las mujeres se refiere al derecho a tener relaciones sexuales sin riesgo a contraer enfermedades, ni gestaciones no deseadas y partos sin riesgos. Para los hombres este derecho se refiere al control sobre sus cuerpos, decidir el número de hijos y no contraer enfermedades. Ambos tienen el derecho a acceder a información sobre enfermedades, métodos de planificación familiar, recibir servicios adecuados ¹⁴⁷ .

La salud sexual, fue definida por la Organización Mundial de la Salud en 1975; como “la integración de los elementos somáticos, emocionales, intelectuales y sociales del ser sexual, por medios que sean positivamente enriquecedores y que potencien la personalidad, la comunicación y el amor” ¹⁴⁸ . Tres elementos básicos de esta definición serían:

- a) Disfrute de la actividad sexual y reproductiva, y su regulación según la ética personal y social.
- b) Ausencia de creencias, prejuicios, que inhiban o perturben la relación sexual.

¹⁴⁷ ROSAS B., María Isabel. “Derechos sexuales y reproductivos: ejes de una estrategia de desarrollo”. En: *Huellas de las mujeres en la Conferencia de Beijing. La muralla y el Laberinto*. Lima, CLADEM, 1996, p. 71.

¹⁴⁸ GALDOS SILVA, Susana . “Salud, sexualidad y derechos reproductivos desde la perspectiva de las mujeres”, op. cit. , p. 28 .

c) Ausencia de enfermedades o problemas orgánicos que entorpezcan la actividad sexual¹⁴⁹.

Los derechos reproductivos son base de la salud reproductiva y se definen como:

- El derecho de las parejas e individuos de decidir libre y responsablemente el número de hijos y espaciamiento de nacimientos, a tener la información y medios adecuados para tal fin.
- El derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva y a su vez tener la información y servicios que permitan lograrlo.
- El derecho a no sufrir discriminación, coerción ni violencia por las decisiones sobre temas de reproducción que se adopten ¹⁵⁰.

Los derechos reproductivos implican la autonomía de todo individuo en temas referentes a la reproducción y son reconocidos como derechos fundamentales de la persona. Al hombre, se le reconoce los mismos derechos reproductivos que a las mujeres a través de lo planteado en la “Conferencia Internacional sobre Planificación Familiar” (Yakarta, Indonesia, 1981) y en la “III Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo” (El Cairo. 1994).

Los derechos sexuales y reproductivos pueden definirse de modo sucinto, como el “derecho a decidir con quién, cuándo y cómo tiene o no hijos y

¹⁴⁹ Ibid, pp. 28 – 29 .

¹⁵⁰ ROSAS B. María Isabel. “Derechos sexuales y reproductivos :ejes de una estrategia de desarrollo”, op. cit., p.71 y GALDOS SILVA, Susan. “Salud, sexualidad y derechos reproductivos desde la perspectiva de las mujeres”, op. cit. , pp. 27-29.

relaciones sexuales...garantizan la libre decisión sobre la forma como se utiliza el propio cuerpo en las esferas sexuales y reproductiva... La discriminación por orientación sexual también vulnera los derechos sexuales y reproductivos”¹⁵¹ .

A opinión de Susana Galdos Silva el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos implica el ejercicio de la libertad, por ende para garantizar el ejercicio de tales derechos es necesario que existan condiciones que garanticen el ejercicio de la libertad. Según la autora “no podemos ejercer nuestros derechos sexuales y reproductivos si no contamos antes con ciertos derechos sociales que nos aseguren la atención de necesidades básicas”¹⁵² .

El ejercicio de estos derechos está condicionado por las características de los roles de género. Éstos están contruidos según lo estipulado por la sociedad patriarcal, es decir roles que implican relaciones de dominación-subordinación, y especialización. Se aprenden y desarrollan roles propios de hombres o mujeres, por ejemplo el embarazo y el parto, son considerados roles de la mujer. Propone Julio Castro Gómez el cambio de este condicionamiento, con el objetivo que el hombre participe más ampliamente en la relación de pareja y en la familia, esto implica la reconfiguración de roles y relaciones entre los sexos. Por ejemplo, que la pareja comparta la responsabilidad en la crianza, el trabajo doméstico etc. El cambiar las relaciones de poder asimétricas, implica cambiar los roles que se asumen como naturales para la mujer (familia, trabajo doméstico) y el hombre (ámbito público), a fin que se compartan los poderes en el hogar y en el ámbito público. Este cambio no es fácil, implica un

¹⁵¹ SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos sexuales y reproductivos en acción*. Colombia: ed. Profamilia, 2001, p. 5.

¹⁵² GALDOS SILVA, Susana. “Salud , sexualidad y derechos reproductivos desde la perspectiva de las mujeres”, op. cit, p. 27.

proceso amplio que se inicia en la infancia y en el que participan la familia, la escuela, los medios de comunicación, la legislación etc. Para el autor, la educación es fuente clave de este cambio, en tanto incluye temas de educación sexual y temas de género, esto ayudará a la larga a que se dejen de transmitir patrones de discriminación en función del género. La educación debe promover la responsabilidad ante: el ejercicio de la sexualidad, a su capacidad reproductiva, ante su descendencia, su pareja y ante sí mismo ¹⁵³.

La construcción del contenido de los derechos sexuales y reproductivos es reciente y tiene sus raíces en temas como la integridad personal, salud, autodeterminación y libertad; es decir abarca derechos humanos reconocidos en el plano interno como externo. Por esto, es deber del Estado garantizar su pleno ejercicio, sin que exista el temor a posibles casos de discriminación, violencia ¹⁵⁴.

La construcción del concepto de derechos sexuales y reproductivos tiene varios ejes interrelacionados ¹⁵⁵:

- a) La integridad corporal y personal. En la que se incluyen temas como la prohibición de la violencia, la valoración del cuerpo, el conocer sus capacidades.
- b) La autodeterminación en temas de sexualidad y reproducción. En este aspecto el tema más importante es el ejercicio de la libertad.

¹⁵³ CASTRO GÓMEZ, Julio. "Salud, sexualidad y derechos reproductivos desde la perspectiva de los varones". En: *Salud, derechos sexuales y reproductivos. Desde la perspectiva de los profesionales de la salud*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1996, pp. 38-41.

¹⁵⁴ BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta. "Derechos reproductivos y derechos humanos". En: *Salud, derechos sexuales y reproductivos. Desde la perspectiva de los profesionales de la salud*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1996, pp. 76-79.

¹⁵⁵ TAMAYO, Giulia. *Bajo la piel. Derechos sexuales, derechos reproductivos*. Lima: Flora Tristán, 2001, p. 87.

c) El respeto a salud sexual y reproductiva, que tiene como objetivo el bienestar de la persona y de sus relaciones con otras personas.

d) La igualdad, empoderamiento y ciudadanía, son aspectos importantes para desarrollar los proyectos de la mujer y también para asegurar su participación en el desarrollo de la sociedad.

Rebecca Cook señala que los derechos reproductivos persiguen varios intereses ¹⁵⁶ :

- Seguridad reproductiva y sexual
- Salud reproductiva
- Igualdad reproductiva
- Capacidad para tomar decisiones sobre la reproducción.

Los intereses que persiguen los derechos sexuales son los siguientes ¹⁵⁷:

- Igualdad
- Salud
- Capacidad para la toma de decisiones

Por otro lado, María Isabel Rosas señala que las Conferencias realizadas en el Cairo y Beijing encierran los siguientes principios sobre los derechos sexuales y reproductivos:

- La libertad de decidir,

¹⁵⁶ RODRIGUEZ, Marcela. *Violencia contra mujeres y políticas públicas. Tendiendo un puente entre la teoría y la práctica*, op. cit. , p. 32. También TAMAYO, Giulia. *Bajo la piel. Derechos sexuales , derechos reproductivos*, op. cit. , p. 88.

¹⁵⁷ TAMAYO, Giulia. *Bajo la piel. Derechos sexuales , derechos reproductivos*, op. cit, pp. 88-89 .

- De recibir información,
- El respeto a su integridad física,
- La no discriminación ni coerción en temas sexuales y reproductivos ¹⁵⁸ .

1.3.2 Relación de los derechos sexuales y reproductivos con otros derechos

Los derechos sexuales y reproductivos tienen estrecha relación y sustento en otros derechos. Por ejemplo, el derecho a la seguridad reproductiva y la sexualidad, tiene relación con el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, el derecho a no sufrir de tratos violentos, el derecho a casarse, a formar una familia y a gozar de la vida familiar privada. Los derechos que se relacionan con la salud reproductiva son: el derecho a gozar de un nivel físico y mental alto, el derecho a la educación en tanto los educadores son los encargados de promover la salud y también de eliminar todo estereotipo social discriminador. Con el derecho a la igualdad reproductiva y sexual se relacionan los derechos de no discriminación por motivo de sexo, estado civil, orientación sexual, edad¹⁵⁹ .

Los derechos sexuales y reproductivos se relacionan estrechamente con los siguientes derechos humanos ¹⁶⁰ :

a) Derecho a la igualdad y a la no discriminación

¹⁵⁸ ROSAS , María Isabel. “Derechos sexuales y reproductivos :ejes de una estrategia de desarrollo”, op. cit., p. 27.

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ, Marcela. “La situación legal de los derechos reproductivos y sexuales en Argentina”. En: *Nuestros Cuerpos, nuestras vidas: Propuestas para la promoción de los derechos sexuales y reproductivos*. Buenos Aires:Leograf, 1998, pp. 29-33.

¹⁶⁰ TAMAYO, Giulia. *Bajo la piel. Derechos sexuales , derechos reproductivos*, op. cit., pp.124 –140.

Este derecho está contenido en los más importantes instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, la Convención Americana sobre derechos humanos. También es base del contenido de instrumentos especializados en temas como: la discriminación racial y la discriminación contra la mujer.

Cabe señalar, que aunque el tema de la no discriminación por orientación sexual no ha sido expresamente mencionado en los tratados de contenido general, puede incluirse en la cláusula que recoge la protección a situaciones “de otra índole, o cualquier otra condición” (como lo señala el artículo 2 la Declaración Universal de Derechos Humanos).

b) Derecho a la vida y a sobrevivir

Esta incluido en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, en la Convención Americana sobre derechos humanos, la Convención de Belem do Pará, la Convención por los Derechos del niño y la niña.

c) Derecho a vivir libre de la violencia por género o contra la mujer.

Busca eliminar todo tipo de violencia contra la mujer, reponer el principio de igualdad y contribuir a la formulación de los derechos humanos de las mujeres.

Está incluido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, en la Convención por la eliminación de todo tipo de discriminación contra la

mujer, la Convención Americana sobre derechos humanos, Convención de Belem do Pará, la Convención de los Derechos del Niño y la Niña.

d) Derecho a la libertad, integridad, seguridad personal y a no ser sometido a torturas o tratos crueles o degradantes.

Estos derechos están incluidos en los derechos civiles y políticos. En un principio protegían sólo contra actos abusivos del Estado, luego se amplían para incluir la protección contra el no hacer de los Estados, como por ejemplo el incumplimiento a su obligación a implementar políticas de protección y realización de estos derechos.

Están recogidos especialmente en la Convención contra la tortura, el Pacto de Derechos civiles y políticos, Convención contra la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer, Convención Americana sobre derechos humanos, Convención de Belén do Pará, Convención sobre los derechos del niño y de la niña.

e) Derecho a decidir sobre temas de reproducción

Este derecho fue incluido por primera vez en el ámbito internacional, en la Convención para la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer, aunque sus bases estaban en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y en la Convención Americana sobre derechos humanos.

f) Derecho a la privacidad

Se refiere al respeto a la esfera íntima de la persona, contra toda intervención estatal o privada, además protege el ámbito personal de decisión.

Está recogido en el Pacto de derechos civiles y políticos, Convención de Belén do Pará, Convención Americana sobre derechos humanos, Convención para la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer.

g) Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión

Reconoce al sujeto su capacidad de estar en desacuerdo o pensar distinto a lo que hegemónicamente se piensa. Es uno de los fundamentos de la separación Estado-Iglesia, ya que busca el respeto de la libertad de pensamiento religioso. Implica también aceptar que la religión no puede interferir ni dirigir la política estatal. Está protegido por la Convención para la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer, Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, Convención de Belén de Pará, Convención Americana sobre derechos humanos.

h) Derecho a la libertad de opinión y expresión

Se relaciona con el anterior, busca la protección de la expresión de pensamientos o creencias particulares. Muchos organismos internacionales tienen como meta fundamental la protección de este derecho, como Amnistía Internacional que bajo el nombre de presos de conciencia, busca la protección de los detenidos; por ejemplo, por motivo de su orientación sexual, por pertenecer a algún movimiento homosexual o por defender este derecho.

Está reconocido en la Convención para la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer, Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, Convención de Belén do Pará, Convención Americana sobre

derechos humanos y Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

i) Derecho a la Educación y a la información

La Convención para la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer ha determinado el contenido de la educación sobre temas de sexualidad y reproducción. La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) contiene temas sobre la eliminación de patrones de desigualdad entre sexos.

Esta contenido en la Convención para la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales, Convención de Belén do Pará, Convención Americana sobre derechos humanos y Convención de los Derechos del Niño y la niña.

j) Derecho a la salud

Se identifica con los derechos económicos, sociales y culturales. En un principio no existía una normativa que determine mecanismos de justiciabilidad sobre este derecho, pero con la Convención de Viena se reconoce el principio de interrelación e interdependencia entre los derechos humanos.

El Pacto Internacional de derechos económicos sociales y culturales y el Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Americana, establecen medidas que deben adoptar los Estados sobre el tema de la salud; pero no incluyen temas de salud en el campo reproductivo o sexual.

La Convención para la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer se refiere más directamente a la salud sexual y reproductiva. Así como

en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención de Belén do Pará, Convención Americana sobre derechos humanos, Convención de los Derechos del Niño y la Niña, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

k) Derecho a formar una familia

Implica la libertad de constituir una familia. Se reconoce además el derecho a que la familia sea protegida, a que el Estado proteja el libre consentimiento para contraer matrimonio. Esta reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este tema esta en discusión por la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan constituir una familia.

l) Derecho a la no esclavitud y no explotación sexual

La prohibición de la esclavitud es una norma de ius cogens. Esta prohibida en la Convención suplementaria sobre la Abolición de esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud.

La Convención para la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer determina las obligaciones de los Estados para suprimir la trata de mujeres y la explotación de la prostitución. Está recogido también en el Pacto de derechos civiles y políticos, Convención de Belen do Pará, Convención Americana, Convención de derechos del niño y la niña.

m) Derecho a un recurso efectivo

Se refiere al derecho a acceder a la justicia, la existencia de procedimientos adecuados y obtener indemnizaciones en caso de daño

consumado. Se reconoce en la Convención para la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer (recomendación General 19 de su Comité).

n) Derecho a gozar del progreso científico

Es base para reclamar el acceso a métodos anticonceptivos y al acceso de ciertos medicamentos o tratamientos con equidad. Reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos.

ñ) Derecho al refugio y asilo en caso de persecución

La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho al asilo. La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de refugiado (1951) regula el derecho a obtener refugio. La Convención mundial de Derechos Humanos (Viena,1993) reconoce el derecho de las mujeres de pedir refugio por motivo de la persecución de género. Este derecho también se les reconoce a las personas perseguidas debido a su orientación sexual e identidad.

Uno de los temas de preocupación materia de análisis en el marco internacional de los derechos humanos es el tema de la persecución, tortura, penas o tratos crueles, degradantes e inhumanos por motivo de la orientación sexual. Este tema fue ventilado en los años 80 en el Tribunal Europeo, en especial se cuestionaron las legislaciones que penalizaban las relaciones sexuales entre adultos del mismo sexo, el Tribunal consideró que esas normas violaban el derecho a la vida protegido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; así se pronunció en el caso Dudgeón vs United Kindom , Norris vs República de Irlanda y Madinas vs Chipre .

El Comité de Derechos Humanos se pronuncia en igual sentido en el caso *Toonen vs Australia*, señalando que debía protegerse el derecho a la vida y a la no discriminación. En varias de sus recomendaciones han señalado que es necesario que los Estados incluyan en sus Constituciones el derecho a la no discriminación por orientación sexual.

Bajo la normativa de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, se prohíbe la tortura, tratos crueles o inhumanos contra las minorías sexuales. Contra esta protección actúan los mensajes públicos homofóbicos. Les afecta también el incumplimiento de parte del Estado de la debida diligencia en la garantía de estos derechos, en especial en caso de agresiones por particulares.

En nuestra opinión, la relación de los derechos sexuales y reproductivos con otros derechos es importante, ya que implica que el respeto de los derechos sexuales y reproductivos depende de la protección y respeto de otros derechos.

Además nos demuestra que en varios instrumentos internacionales, el tema de los derechos sexuales y reproductivos ya estaba contemplado implícitamente al proteger los derechos que se relacionan con estos. Por ende, si algún país no ha incluido el concepto de derechos reproductivos en su normativa interna, puede alegarse su protección señalando que ha existido una violación de alguno de los derechos que se relacionan con los derechos sexuales y reproductivos y que en suma, son el pilar fundamental de estos derechos.

Sin embargo, aunque ésta sea una posible solución, en la práctica si los derechos sexuales y reproductivos no son recogidos expresamente en un instrumento internacional o su concepto no es definido, será muy difícil alegar

su protección, especialmente en países que por su tradición religiosa o costumbrista no ha respetado históricamente estos derechos y mantiene un fuerte arraigo de dichos patrones .

1.3.3 El respeto de los derechos sexuales y reproductivos

A decir de Sonia Correa y Rosalind Petchesky, existen cuatro principios éticos fundamentales de los derechos reproductivos y sexuales para las mujeres, que deben ser tomados en cuenta en el momento de plantear una política estatal o programa de protección o regulación sobre el tema.

Estos son:

1) La integridad corporal

También conocida como el derecho a la seguridad y al control sobre el cuerpo. Este principio forma parte central del derecho a la libertad sexual y reproductiva y se opone directamente a la esclavitud, la tortura y cualquier tipo de agresión.

La integridad corporal implica un derecho individual en tanto vela por la salud y bienestar de la persona y también un derecho social , ya que sin el respeto a este derecho la mujer no podría participar en la vida social.

Incluye los derechos:

a) Que no se limite su capacidad sexual y reproductiva. Por ejemplo a través del sexo o matrimonio forzado, negarle el acceso a métodos anticonceptivos, prohibiendo la homosexualidad.

b) La integridad física, en tanto debe protegerse a la persona contra la violencia sexual, embarazos no deseados, intervenciones medicas no deseadas.

c) Disfrutar de todos las potencialidades del cuerpo sea a nivel de salud, de procreación, y sexualidad.

El tema de la salud, debe entenderse como el tratamiento integral del cuerpo, visto como unidad y no como funciones mecánicas separadas, ya que este pensamiento origina; por ejemplo, que dentro de los programas de planificación familiar se proporcionen métodos anticonceptivos pero sin proteger a la mujer contra enfermedades de transmisión sexual.

El derecho a la procreación, incluye el derecho a decidir sobre la capacidad reproductiva, el derecho a criar y educar a los hijos, tener partos en condiciones seguras, el derecho de las familias gays y lesbianas a engendrar y criar a hijos igual que los otros.

El derecho al placer sexual se complica por la aparición de enfermedades de transmisión sexual, pero no debe implicar una disminución de este derecho. Debe ser desarrollado en un contexto social y cultural que proteja al individuo de actos discriminatorios por la diversidad de su orientación sexual, de enfermedades sexuales riesgosas y que garantice derecho al acceso a educación sexual.

2) El ejercicio como persona

Este principio se refiere a considerar a las mujeres como sujetos y no como objetos de políticas públicas de población y planificación familiar. Para ello, las organizaciones de mujeres deben tener la oportunidad, de expresar sus experiencias, intereses y propuestas. Deben abandonarse las políticas

demográficas que tengan sólo objetivos económicos de control de castas y rivalidades étnicas. Y reemplazarlas con programas que tengan como meta la salud reproductiva y el control de la mujer sobre su capacidad reproductiva. Se debe reconocer la capacidad de las mujeres para tomar sobre temas de reproducción y sexualidad y que su experiencia particular sea tomada en cuenta para el tratamiento de salud, determinación de políticas o programas.

3) La igualdad

Este principio debe regir dos tipos de relaciones:

a) La relación entre hombres y mujeres.

El problema se centra en la división y asimetría entre los géneros y se basan en esta idea para definir los derechos reproductivos y sexuales, con el fin de igualar la posición social y la valoración que se les tiene a las mujeres.

Históricamente, esta desigualdad se basaba en que la mujer no controlaba su fecundidad y en la asignación de roles principalmente alrededor de temas reproductivos.

Las autoras cuestionan el objetivo de alcanzar la igualdad en estos temas. Señalan que les parece contradictorio este objetivo, puesto que siendo la mujer la que procrea a los hijos sería cuestionable que tenga los mismos derechos que los hombres, en cuanto a la decisión del número y espaciamiento de los hijos (artículo 16,e, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer). Esta igualdad daría a entender la posibilidad de los hombres de aprobar o decidir el aborto o la anticoncepción. Otro tema que cuestionan son los riesgos, responsabilidades y beneficios desiguales en el tema de los métodos anticonceptivos, ya que son las mujeres las que

mayormente se hacen cargo de este control, asumiendo más peso en cuanto a responsabilidad y riesgos.

b) Relación entre mujeres

Este punto se refiere a las desigualdades entre mujeres, surgidas por diferencias raciales, de clase, edad, estado civil, orientación sexual, nacionalidad, origen étnico etc. Las políticas públicas deben distribuir equitativamente los riesgos y beneficios de éstos. El principio de igualdad tiene por objetivo eliminar o disminuir las desigualdades de ambos tipos, en temas de salud y reproducción.

4) La diversidad

Su objetivo es el respeto por las diferencias entre mujeres sean de índole cultural, orientación sexual, racial etc. Por ello, las autoras señalan que paralelamente a la lucha por la universalidad de los derechos sexuales y reproductivos, se debe tomar en cuenta y regular según dichas particularidades¹⁶¹.

Por otro lado, según Maria Ladi Londoño, el respeto a los derechos sexuales y reproductivos implica la existencia y respeto de varios elementos:

1) El primero sería el derecho a la autonomía en el manejo y decisiones que tomemos sobre nuestras vidas y por ende de nuestra intimidad sexual. Sin embargo, a decir de la autora, es muy difícil lograr esto porque la sociedad

¹⁶¹ CORREA, Sonia y PETCHESKY, Rosalind. “Los derechos reproductivos y sexuales. Una perspectiva feminista”. En: *Elementos para un análisis ético de la reproducción*. México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 113-125 .

modela nuestra conducta dirigiéndola según un patrón aceptado y hegemónico, a tal extremo que cabe dudar de la autonomía de nuestros propios deseos porque están inspirados por los patrones sociales.

La autonomía en el tema de la sexualidad, se adquiriría primero cuestionando los patrones represivos y de autocensura impuestos socialmente, para luego superarlos y valorar nuestra dimensión sexual.

Adquirida esta autonomía se podrían superar los prejuicios y discriminaciones que se forman en torno a la orientación sexual. Estas situaciones de discriminación, surgen porque se toma como marco de referencia la heterosexualidad y se condena todo aquello que es diferente. Para la autora una solución a este punto sería que se tome como punto de referencia la “bisexualidad”, porque abarca un campo más amplio incluyendo la homosexualidad como la heterosexualidad. Agrega que toda persona tiene un “potencial bisexual” (posibilidad de atracción de hombres o mujeres) y no monosexual pero que “aprendemos a desear a alguien del mismo sexo (homosexualidad, lesbianismo) o de sexo contrario (heterosexualidad) de manera permanente, circunstancial o periódica o conservamos el potencial inicial” ¹⁶² .

Señala la autora, que debería respetarse el derecho a “vivir la sexualidad según la propia orientación”, puesto que no deberían existir orientaciones más valoradas que otras o superiores. Así, el vivir la homosexualidad, bisexualidad, heterosexualidad (únicas opciones conocidas de orientación del deseo sexual) no debería verse interferido por la opinión, prejuicios, actos de terceros “sino en

¹⁶² LADI LONDOÑO, María. *Derechos sexuales y reproductivos. Los más humanos de todos los derechos*. Colombia: Feriva, 1996, p. 62.

la medida en que los/as lesione”¹⁶³. Considerar la orientación homosexual como una desviación es negar el derecho a la autonomía sexual, por ende no respetar el derecho de la persona a SER. Promoviéndose una idea negativa de la homosexualidad, permitiendo así la agresión. Además la legislación prefiere proteger un estilo de vida sexual (la heterosexualidad) a tal grado de interferir en la privacidad de las personas, reglamentando su actividad sexual y en los casos extremos penalizando a los que estén fuera del patrón que consideran normal.

Ligado a la autonomía sexual está el derecho a la libertad de experimentar, informarse, indagar sobre las propias preferencias sexuales. Para la autora, el objetivo de las legislaciones que versan sobre la sexualidad debería ser sólo el proteger la autonomía. En tanto la persona tiene el derecho a elegir su propia forma de vida, preferencia sexual y las autoridades tienen el deber de respetar la privacidad e intimidad de las personas y de proteger estos aspectos.

2) Segundo, el derecho de la persona a ejercer su sexualidad independientemente de las edades. Los patrones sociales imponen límites a este ejercicio en especial para los niños, jóvenes y ancianos. La autora critica especialmente la represión y la autocensura de los ancianos a ejercer su sexualidad libremente, basándose en patrones impuestos. Que los obligan a pensar que “ es imposible / A mi edad ya no se puede / Quien va ha fijarse en mi. / Estoy demasiado vieja para pensar en el amor. / La vergüenza no me deja”¹⁶⁴.

¹⁶³ Ibid, p. 63.

¹⁶⁴ Ibid, p. 164.

Cuestiona la autora los modelos de unión de pareja y modelo familiar , en tanto las reglamentaciones a estos imponen límites y estilos de vida que según el caso pueden o no coincidir con los deseos personales del individuo. Para la autora “más importante que adecuarse a las normas a costa de la felicidad o crecimiento personales , es preferir éstos desafiando las normas hasta donde la estructura psicoemocional lo permita” ¹⁶⁵ .

3) El derecho a no tener actividad sexual, se refiere a decidir sobre el ejercicio de la actividad sexual. Cabe señalar que la sexualidad es consustancial al ser humano e irrenunciable.

Sobre el ejercicio de la actividad sexual, la autora señala que los estudios sobre sexualidad y reproducción no incluyen el estudio del derecho a no tener actividad sexual, además la sociedad califica la vida sexual activa como un estado de “normalidad”, que en ocasiones se torna una obligación. Presentándose conflictos y malestares en aquellos que no tienen una vida sexual activa, resultando tan negativa como la prohibición de tener relaciones sexuales.

Critica; por ejemplo, el débito conyugal y las presiones sociales en contra de mantener la castidad. Concluye que tanto la prohibición como la obligatoriedad de la relación sexual, afectan la autonomía en el campo de la sexualidad, del sujeto ¹⁶⁶ .

¹⁶⁵ Ibid, p. 169.

¹⁶⁶ Ibid, pp.321-330.

Por otro lado, las organizaciones que luchan por los derechos humanos (incluso las organizaciones de mujeres) han ido incluyendo diversas estrategias de lucha a fin de ampliar el desarrollo de los derechos humanos, como:

- a) Elaboración de “informes sombra”, sobre el cumplimiento del Estado a lo acordado por los Tratados que se ha comprometido.
- b) Presentación de recursos ante la instancia indicada sobre casos individuales.
- c) Elaboración de informes sobre las violaciones a derechos humanos en el país.
- d) Participación en la construcción de consensos.
- e) Elaborar informes con el objetivo de construir una opinión o jurisprudencia en las instancias internacionales de derechos humanos.

Según Rebeca Cook, citada por Marcela Rodríguez, pueden existir 3 tipos de violaciones estatales contra los derechos sexuales y reproductivos:

- a) Violaciones producidas directamente por actos del gobierno, en especial sobre temas de seguridad reproductiva y toma de decisiones en temas reproductivos.
- b) Violaciones producidas por el incumplimiento del Estado, en cuanto al respeto y obligación para con los derechos humanos.
- c) Violaciones por actos discriminatorios¹⁶⁷.

¹⁶⁷ RODRÍGUEZ, Marcela. “*La situación legal de los derechos reproductivos y sexuales en Argentina*”, op. cit, pp. 33-34.

Alice Miller señala, que la exigencia que imponen los derechos reproductivos a la actividad del Estado se basa esencialmente en transformar la relación entre los ámbitos privado y público y los prototipos de roles de hombres y mujeres. En tal sentido, se pueden considerar a los derechos sexuales y reproductivos como:

- 1) Dos conjuntos intersectados, que comparten sus objetivos sobre temas de sexualidad y reproducción y dentro del marco de los derechos civiles, culturales, económicos, sociales o políticos.
- 2) Dos conjuntos separados. Si fuera así el campo de los derechos sexuales tendría que ser ampliado, debiendo incluirse la protección a identidades sexuales diferentes, prácticas diversas etc. Este podría ser un enfoque atractivo para la protección de los derechos sexuales. Sin embargo muchos han preferido incluirlo dentro del marco de la salud sexual, perspectiva que puede utilizarse con el fin de anular perspectivas progresistas que proponen cuestionamientos y soluciones que abarcan un plano de acción mucho más amplio. Esta perspectiva, sería negativa pues podría considerar una práctica como “saludable”, reduciendo sus aspectos al plano medicinal o calificando prácticas diferentes como pervertidas o anormales.

Agrega que existen algunos principios que deben ser respetados cuando se quiera implementar una política de derechos humanos que incluya la sexualidad:

- 1) La no discriminación.
- 2) La participación general de las personas en la creación de normas y estructuras que los afectan.

- 3) La limitación del ejercicio de un derecho sólo cuando sea necesario proteger el derecho de otras personas y determinado así por un escrutinio minucioso.

El objetivo de la lucha por la reivindicación de los derechos sexuales debe incluir el lograr que se mantengan y posibiliten las conexiones entre los siguientes elementos:

- El derecho a la integridad y autonomía personal.
- Derecho a la igualdad y a la no discriminación.
- Derecho a la integridad corporal y salud.
- Derecho a la participación.

Así como los elementos principales de la sexualidad son:

- La identidad.
- La manifestación de la diversidad y las condiciones que permiten tal manifestación.
- La libre elección en temas sexuales y reproductivos.
- El placer.

Por lo tanto, al Estado le correspondería cumplir las siguientes obligaciones:

- Respetar la identidad sexual de la persona, así como su vida privada y prohibir actos que violen los derechos sexuales concernientes a la vida privada del sujeto.

- Crear condiciones necesarias para el desarrollo libre de la sexualidad, esto implica medidas a nivel educativo, legal, presupuestal.
- Apoyo en la elección de la pareja sexual no necesariamente con fines reproductivos, esto incluye el respeto a libertad en la elección, a eliminar conductas discriminatorias o prejuiciosas de la sociedad, el acceso a información, libertad de movimiento y asociación.
- Eliminar los actos discriminatorios dirigidos contra la actividad sexual sin fines de procreación. Esto debe complementarse con la promoción de información sobre la diversidad de comportamientos sexuales.
- El contexto de desarrollo de los derechos sexuales es amplio, abarca el plano legal, económico, social, etc.
- Debe cuestionarse las formas de intimidad y matrimonio que respalda el Estado y ampliar las ventajas y regulaciones especiales que se les confiere, con el objetivo que éstas estén disponibles para todos.
- Determinar las medidas necesarias para que las personas elijan libremente vincular su actividad sexual a fines reproductivos, esto se refiere especialmente a las mujeres. El objetivo que se busca de garantizar, promover, y hacer cumplir los derechos sexuales y reproductivos, necesita la intervención intersectorial e intercultural de personas que tienen comportamientos distintos a lo hegemónico ¹⁶⁸ .

Las organizaciones y actividades que luchan por la protección, promoción y reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos formulan

¹⁶⁸ MILLER, Alice. "Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos reproductivos". En: *Derechos sexuales y reproductivos. Aportes y diálogos contemporáneos*. Lima :Flora Tristán, 2001, pp. 109-133.

estrategias y propuestas conocidas como “estrategias de advocacy”. En América Latina se ha asumido el término “advocacy” y comprende toda estrategia de protección y promoción de estos derechos a nivel cultural, social, político, económico.

Estas estrategias varían en cuanto a sus fines, características, mecanismos y por ende resultado. Por ello, se puede decir que existen varias dimensiones desde las cuales se puede desarrollar una estrategia:

1) Dimensión política-institucional

Se toma en cuenta las características del organismo o institución al cual se dirigen las pretensiones o sobre el cual se actúa. Especialmente temas como: si sus procedimientos son democráticos, si las decisiones se toman en un ambiente adecuado de deliberación pública, si existen mecanismos eficaces de rendición de cuentas, si se respetan los parámetros internacionales sobre derechos humanos, etc.

2) Dimensión jurídica, cultura legal y administración de justicia

Se hace referencia a si existe una protección adecuada de los derechos humanos, así como la garantía al acceso a la justicia. En este punto se cuestiona y verifica si es que el Estado ha ratificado Tratados Internacionales sobre derechos humanos, si la administración de justicia tiene procedimientos adecuados y si es independiente, si las personas tienen conocimiento sobre sus derechos, la inclusión de la perspectiva de género en la administración de justicia, y jurisprudencia sobre los derechos sexuales y reproductivos.

3) Dimensión cultural

Abarca el análisis de la mentalidad de la sociedad y la manera cómo expresa sus posturas. Se cuestiona por ejemplo la influencia de posturas culturales y religiosas sobre las políticas públicas referentes a estos temas.

4) Dimensión demográfico-social

Se analizan las características de la población, como el crecimiento poblacional, la cobertura de necesidades de salud y en especial la incidencia del género en la distribución de los servicios básicos de salud.

5) Dimensión económica y redistributiva de activos

Se refiere a los mecanismos para la obtención de los recursos por parte del Estado, la forma como los distribuye y si lo hace con equidad de género.

6) Dimensión asociativa

Se refiere al estudio de las características, y diversidad de las organizaciones que luchan por la protección de estos derechos. Toman en cuenta temas como: autonomía, capacidades, características de su actuación, conexión entre organizaciones, etc.

7) Dimensión Comunicacional

Se encarga del estudio de los medios de comunicación y se analiza cómo enfocan los temas de sexualidad, reproducción, el acceso de la población a estas transmisiones¹⁶⁹.

¹⁶⁹ TAMAYO, Giulia. *Bajo la piel. Derechos sexuales y derechos reproductivos*, op. cit. , pp. 91-95.

1.3.4 Normativa internacional sobre los derechos sexuales y reproductivos

1.3.4.1 Evolución histórica de su reconocimiento legal

Las primeras formulaciones de los derechos sexuales y reproductivos se presentan en la discusión pública durante la época de la Revolución Francesa, cuando Olympe de Gauges critica la “Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano”, señalando que debería incluir las necesidades e intereses de las mujeres, como por ejemplo el derecho a decidir libremente con quién y cuándo casarse ¹⁷⁰ .

La evolución histórica de la reivindicación de los derechos, sexuales y reproductivos puede dividirse en varios puntos de partida:

- 1.) En un principio se buscó el reconocimiento de la libertad de la mujer en los planos afectivo, sexual, reproductivo, económico, político. Por ejemplo, se centra la protesta en las características del matrimonio como el débito conyugal, la falta de libertad de la mujer para elegir su pareja, la violencia marital, su incapacidad para participar en el ámbito cultural, político, económico de la sociedad.
- 2.) Luego las mujeres buscaron que se les reconozca el derecho a la igualdad, a la identidad, que se les respete sus deseos e intereses. El tema del placer aparece relacionado con el tema de la reproducción en su nuevo sentido, es decir como resultado de la libre decisión de las personas.

¹⁷⁰ Ibid, pp. 72-73.

3.) Luego se reconoce el grave daño y desventajas producidas a consecuencia de las relaciones de género asimétricas, de la criminalización del aborto y de la desigualdad de las políticas públicas. Se argumenta a favor de la salud de las mujeres, también su salud sexual y reproductiva y a la conservación de sus vidas. Argumentan a favor del aborto, señalando que es el derecho de las mujeres a que no expongan sus vidas, ante la existencia de métodos inseguros o el temor a la penalización ¹⁷¹ .

Sonia Correa, señala que hasta la Conferencia de El Cairo y Beijing las nociones de derechos reproductivos, salud sexual y derechos sexuales, estaban contenidos en el concepto de salud reproductiva. Para la autora es importante aclarar la definición de cada uno de estos derechos; según su incorporación en el marco legal, para que no sean considerados intercambiables entre ellos.

Con respecto al derecho a la salud sexual, señala que el proceso de legitimización de la década de los 80 y 90, tiene como representantes por un lado a los sectores vinculados a temas de planificación familiar y la Organización Mundial de la Salud que representan al plano institucional y por otro lado los movimientos de las mujeres que representan al plano civil. Los puentes que ha unido estos dos aspectos son: la crítica a las perspectivas biomédicas que tratan de explicar los temas de reproducción humana y la crítica a aquellos argumentos que justifican los programas de planificación familiar verticales e ineficaces.

¹⁷¹ Ibid, pp. 73-74.

La lucha por la legitimación de los derechos reproductivos, señala la autora, parte de la lucha por el derecho al aborto y anticoncepción. El primer hito de legitimación se produjo en el encuentro internacional feminista International Wones Health Meeting - Amsterdam 1984, donde se acordó que el término “derechos reproductivos” era el adecuado para expresar los fines políticos que se buscaban.

Sobre la legitimación del concepto de derechos sexuales; según la autora lo señalado en el párrafo 96 de la Plataforma de Acción de Beijing, si bien no señala expresamente “derechos sexuales” establece su contenido, aunque el marco de definición haya sido las relaciones heterosexuales. Señala que los adjetivos: reproductivo y sexual, se expresan ante unas bases ya establecidas y legitimadas como lo son: la salud y los derechos. Para la autora la actual fuerza de este tema se debe no tanto a la lucha feminista sino a la lucha de los movimientos de gays y lesbianas ¹⁷².

1.3.4.2 Normativa internacional

Los instrumentos internacionales que pasaremos a reseñar incluyen directa e indirectamente (es decir que no recogen expresamente estos derechos, pero incluyen otros que son su sustento) la protección de los derechos sexuales y reproductivos. La normativa que nos atañe, fluctúa

¹⁷² CORREA, Sonia. “Salud reproductiva, género y sexualidad: Legitimación y nuevas interrogantes”. En: *Género, sexualidad y salud reproductiva*. Lima: Facultad de salud pública y administración, Universidad Peruana Cayetano Heredia, materiales de enseñanza ,pp. 3-7.

básicamente en los documentos finales fruto de Conferencias y tratados internacionales.

Cabe definir y diferenciar las Convenciones y Tratados, de las Declaraciones, Plataformas o Planes de Acción, a fin de determinar los patrones de exigencia que implica cada uno de estos instrumentos .

Los Convenios y Tratados son vinculantes para el Estado, que luego de la firma y ratificación, se obliga a incorporar al sistema jurídico interno los derechos que garantiza el Convenio o Tratado. Los Tratados celebrados por un Estado deben incorporarse al Derecho interno de ese Estado a través del mecanismo que determine su regulación interna. En el caso del Perú deben ser aprobados por el Congreso y pasan a formar parte del derecho nacional (ver artículo 55 de la Constitución de 1993); de este modo el Estado asume responsabilidades ante los otros Estados partes del acuerdo y ante los destinatarios del mismo.

La diferencia entre una Declaración y una Convención es que una Declaración no es obligatoria para los Estados; en cambio una Convención al ser ratificada por el gobierno, implica la promulgación de una normativa interna que sí es obligatoria ¹⁷³ .

Las Conferencias Mundiales se definen como aquellas reuniones convocadas por la ONU, a las que asisten todos los países miembros. Pueden participar también las ONGS que tenga status consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) pero sólo con

¹⁷³ NACIONES UNIDAS. *Reunión en México. Historia de la Conferencia Mundial del año Internacional de la mujer*, op. cit. , p. 27.

derecho a voz; otras ONGS nacionales e internacionales también pueden participar solicitándolo al Secretariado de cada Conferencia ¹⁷⁴ .

Tiene como objetivo tratar un tema específico de preocupación mundial. Los acuerdos se plasman en un plan o plataforma de acción, que se configuran sólo como recomendaciones; es decir no son de obligatorio cumplimiento para los Estados, pero sirven como guía en la interpretación normativa y diseño estrategias de acción. Además, pueden recomendar la realización de convenciones y/o protocolos que sí tienen carácter obligatorio ¹⁷⁵ .

A pesar de la menor fuerza vinculante de las Plataformas, según Susana Chiarotti las Conferencias y sus documentos finales han permitido avances importantes, como la ampliación del marco conceptual de los derechos humanos, la visibilización de la situación y necesidades de la mujer y el encuadrar a nivel jurídico relaciones que antes no gozaban de un status jurídico ¹⁷⁶ .

Simultáneamente a una Conferencia Mundial se realizan Foros Mundiales de ONGS, en donde los representantes de la sociedad civil pueden exponer información, experiencias, elaborar estrategias comunes sobre el tema que se esté tratando a fin de influir en las delegaciones oficiales ¹⁷⁷ .

¹⁷⁴ NACIONES UNIDAS. *Reunión en México. Historia de la Conferencia Mundial del año Internacional de la mujer*. México:ONU, 1975, p. 27.

¹⁷⁵ MOVIMIENTO MANUELA RAMOS. *Diagnóstico normativo de los derechos sexuales y reproductivos en el Perú*. Lima: Movimiento Manuela Ramos y UNFPA, 2000, p. 21 y también en CEDEM. "De México a Beijing. Conferencias mundiales sobre la mujer". En: *Cartilla de difusión*. Número 1, 1996, pp. 5-6.

¹⁷⁶ CHIAROTTI, Susana. "Los derechos humanos de las mujeres: el camino recorrido". En: *Seminario regional. Los Derechos humanos de las mujeres en las conferencias Mundiales. Cumbres, consensos y después...*. Lima: CLADEM, 1996, pp. 15 -16.

¹⁷⁷ MOVIMIENTO MANUELA RAMOS. *Diagnóstico normativo de los derechos sexuales y reproductivos en el Perú*, op. cit., p. 21 También en CEDEM. *De México a Beijing. Conferencias mundiales sobre la mujer*, op. cit, pp. 5 – 6.

El tema de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y particularmente el derecho a la no discriminación por orientación sexual, ha estado presente en los debates realizados para cada Conferencia Mundial sobre la mujer, aunque en distintos niveles de presencia y con distintos resultados. Por ello, cabe analizar estas Conferencias , entre otras como la Conferencia Internacional sobre población y desarrollo realizada en el Cairo, la Conferencia Mundial sobre derechos humanos, etc. Se puede decir que en unas conferencias se ha tratado estos derechos más directamente que en otras.

La regulación de los derechos sexuales y reproductivos se puede resumir de la siguiente manera ¹⁷⁸ :

a) Declaración Universal de los Derechos humanos (1948)

Garantiza el derecho a la igualdad, a la libertad y dignidad de toda persona; estos son sustento de los derechos sexuales y reproductivos. En 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas señala que la pareja puede decidir libremente el “tamaño de la familia”.

b) I Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Teherán ,1968)

Se reconoció por primera vez la planificación familiar como derecho humano de los padres, definido como el derecho para determinar el número y espaciamiento de los hijos, Señala en el párrafo 16 que “La comunidad

¹⁷⁸ MOVIMIENTO MANUELA RAMOS. *Diagnóstico normativo de los derechos sexuales y reproductivos en el Perú* ,op. cit. , pp. 16-25. También, ROSAS BOLINAS, M^a Isabel. *Aborto por violación dilemas éticos y jurídicos*. Lima:Demus, 1997, p. 21-29. y BERMÚDEZ VALDINA, Violeta. “Derechos reproductivo y derechos humanos”, op. cit. , p. 77.

internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”.

Proclamó también la indivisibilidad de los derechos humanos, señala que para ejercer plenamente los derechos civiles y políticos depende del pleno ejercicio y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Señala en el párrafo 13 “ Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social” ¹⁷⁹.

c) I Conferencia de las Naciones Unidas sobre Población y desarrollo (Bucarest, 1974)

Se acuerda incorporar al contenido de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” el derecho a decidir libre y responsablemente en temas de paternidad, y maternidad.

d) I Conferencia Mundial del año Internacional de la Mujer (México, del 19 de junio al 2 de julio 1975)

En esta Conferencia se aprueba la Declaración de México sobre la igualdad de la mujer y su contribución al desarrollo y la paz, parte reconociendo que los problemas de la mujer son problemas de la sociedad, por

¹⁷⁹ <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/spanish/sl2ptichr.html> (revisado el 10-04-2004)

ello la urgencia de tratar estos temas y plantear soluciones. Así mismo, reconoce la importante participación de la mujer en el desarrollo y paz mundial y que debería ser impulsada por los Estados.

Condena la discriminación contra la mujer y en general todo tipo de opresión como el colonialismo, el apartheid, la discriminación racial, el neocolonialismo, entre otros. Señala que las mujeres “se convertirán en aliadas naturales en la lucha contra toda forma de agresión... Constituyéndose de este modo en una enorme reserva revolucionaria para la transformación económica y social en el mundo contemporáneo” (capítulo I párrafo 11 de la Declaración).

Para sustentar sus planteamientos, hace referencia a diversos instrumentos internacionales como la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, entre otros.

Los principios que promulga y que se relacionan al tema de los derechos sexuales y reproductivos son los siguientes:

- Principio 1-
La igualdad entre mujeres y hombres significa igualdad en su dignidad y valor como seres humanos, así como igualdad de derechos, oportunidades y responsabilidades.
- Principio 5-
La mujer y el hombre tienen iguales derechos y responsabilidades en la familia y en la sociedad....
- Principio 8-
Todos los medios de comunicación e información, así como los medios de información cultural debe tener como función primordial eliminar los factores relativos a las actitudes y los elementos culturales, que impiden el desarrollo de la mujer y proyectar en términos positivos el valor que representa para la sociedad el que la mujer asuma funciones nuevas y más amplias.

- Principio 12-

Toda pareja y todo individuo tiene el derecho de decidir libre y responsablemente si habrá o no de tener hijos y determinar su número y espaciamiento, así como de recibir información, educación y medios para hacerlo.

En el Plan de Acción, existen dos acápites en el punto II “Esferas concretas para la acción nacional” que se relacionan con el tema en estudio:

El acápite F “La familia en la sociedad moderna”, señala entre otras cosas:

• Párrafo 126-

...Para que la mujer goce de iguales derechos, oportunidades y responsabilidades y contribuya en pie de igualdad con el hombre al proceso de desarrollo, las funciones y los papeles tradicionales atribuidos a cada sexo dentro de la familia tendrán que ser regularmente reexaminadas y reevaluadas a la luz de las condiciones cambiantes.

• Párrafo 132-

Los programas de educación sobre las relaciones personales, el matrimonio y la vida familiar, incluido el desarrollo psicosexual,...Tales programas deben basarse en los ideales de respeto mutuo y de derechos y responsabilidades compartidas en la familia y en la sociedad. Deberían examinarse las prácticas relacionadas con la crianza de los niños en cada sociedad con miras a eliminar costumbres que alienten y perpetúen ideas de superioridad o inferioridad basadas en el sexo.

El acápite G “ Población” señala:

• Párrafo 136-

... el derecho de la mujer a decidir en forma libre y responsable el número y el espaciamiento de sus hijos y a tener acceso a la información y a los medios que le permitan ejercer este derecho tiene una repercusión decisiva en su posibilidad de aprovechar las oportunidades de educación y empleo y de participar en la vida de la comunidad como ciudadana responsable....

• Párrafo 142-

... Es preciso suprimir todos los obstáculos jurídicos, sociales, o financieros que se opongan al difusión de los conocimientos , los medios y los servicios en materia de planificación de la familia....

- Párrafo 143-

Los programas de planificación de la familia deben concentrar sus esfuerzos de comunicación y movilización en mujeres y hombres por igual, pues para que la regulación de la fecundidad tenga éxito, es preciso contar con la comprensión y la cooperación de ambos. Esta política permitiría que la mujer ejerciera en pie de igualdad con el hombre su derecho a decidir cuántos hijos tendrá y en que momento....

e) Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)

En el artículo 2 se protege a la mujer contra la discriminación y se le exige al Estado tomar medidas adecuadas para eliminar todo tipo de discriminación y abstenerse de cometerlas.

En su artículo 16, se comprometen los países miembros a eliminar todo tipo de discriminación contra la mujer en temas como salud, salud sexual, derechos sexuales y reproductivos. Este documento es importante porque es vinculante y de aplicación inmediata para los Estados parte de las Naciones Unidas.

f) II Conferencia Mundial de mujeres (Copenhague- 1980)

Se celebró en junio de 1980, tuvo como objetivo revisar los logros y grado de ejecución de lo señalado por el Plan de Acción Mundial determinado en México (1975).

Se continuó abordando los temas de igualdad, desarrollo y paz como objetivos interrelacionados, es decir el progreso de un objetivo es indispensable para la consecución de los otros.

Sobre el tema de igualdad, esta conferencia determina que se debe buscar la equiparación de derechos, oportunidades y responsabilidades de la

mujer, además de promover su participación activa en el desarrollo, política, cooperación internacional, paz ¹⁸⁰. Así mismo incorpora los temas de salud, empleo y educación, como Propósitos para la Década de la Mujer¹⁸¹.

g) II Conferencia mundial sobre Población (México, 1984)

Se reconoce como derecho fundamental de la mujer el regular su propia fecundidad, también se reconoce la importancia de la participación de los hombres en la esfera familiar.

h) III Conferencia Mundial para el examen y la evaluación de los logros del Decenio de las Naciones Unidas para la mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz (Nairobi, del 15 al 26 de julio 1985)

Esta conferencia protege en su párrafo 156 los derechos sexuales y reproductivos reconociendo:

“La capacidad de la mujer para controlar su propia fecundidad constituye una base muy importante para el ejercicio de otros derechos. Como se reconoció en el Plan de Acción Mundial sobre población y se reafirmó en la Conferencia Internacional de Población de 1984, todas las parejas y personas individuales tienen el derecho humano básico a decidir libremente y con conocimiento el número y el espaciamiento de sus hijos...”

Lo planteado es importante, porque reconoce y protege el derecho de la mujer a controlar su fecundidad. Además, de confirmar y continuar con el avance de lo planteado en la Conferencia Internacional de Población de México (1984) sobre el tema.

¹⁸⁰ LAUZIRIKA, Nekane. *Mirando al futuro con ojos de mujer. De México a Pekín pasando por Nairobi, Cumbres Mundiales sobre la mujer. Mujer y desarrollo*. Bilbao: Descles De Brouwer, 1996, p. 58.

¹⁸¹ CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO DE LA MUJER. *De México a Beijing. Conferencias mundiales sobre la mujer*. Santiago de Chile: CEDEM, 1996, p. 8.

Es interesante el derecho que otorga, tanto, a las parejas como a las personas individuales, de decidir el número y espaciamiento de los hijos que quieran tener. No limita este derecho a las parejas sino que con una visión de avanzada, amplía el reconocimiento de este derecho a las personas individuales.

En el mismo párrafo se recoge el deber de los Estados de implementar programas de planificación familiar, como aspectos de suma importancia dentro del tema de la salud. Se señala "... se deben fortalecer los componentes de salud materno infantil y de planificación de la familia dentro de la atención primaria de salud, y se debe elaborar información sobre planificación de la familia y crear los servicios necesarios. Los gobiernos deben favorecer el acceso a esos servicios, cualquiera que sea su política de población, con participación de las organizaciones de mujeres para que tengan éxito."

Esto se enlaza con lo planteado en el párrafo 159 que señala "todos los gobiernos deben hacer que los métodos y medicamentos de control de la fecundidad se ajusten a normas adecuadas de calidad, eficacia y seguridad. Lo mismo deben hacer las organizaciones encargadas de distribuir y aplicar esos métodos. Se debe poner a disposición de las mujeres información sobre anticonceptivos...". Esto demuestra el gran interés por la protección de los derechos sexuales y reproductivos y por exigir su respeto y cumplimiento.

i) Pacto sobre derechos sociales , económicos y culturales - Pacto de San Salvador, 1988

El artículo 10 reconoce que la salud es un bien público y que toda persona tiene el derecho de lograr el más alto nivel de bienestar físico, mental,

social. Se determina el deber de brindar atención a las madres antes y después del parto.

j) Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

Obliga a los Estados a velar por la salud pre y post natal de las madres y les exige abolir cualquier práctica discriminatoria que afecte la salud de los menores de edad.

k) II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993)

Busca eliminar la violencia contra la mujer, toda forma de hostigamiento sexual y explotación sexual contra mujeres, también eliminar todo prejuicio sexual en temas de administración de justicia. Se reconoce los derechos de la niña y la mujer como parte indivisible de los derechos humanos ya reconocidos, esto significa que la igualdad y los derechos humanos de las mujeres deben integrarse en toda política de las Naciones Unidas.

Esta Conferencia es importante para el desarrollo de los derechos de la mujer, porque reconoce los derechos humanos de las mujeres, integra a la mujer como sujeto de derechos humanos; de este modo se incluyen sus necesidades, intereses, experiencias en la garantía y respeto a los derechos humanos, con esto se trata de romper con los parámetros andrócentricos¹⁸².

¹⁸² TAMAYO LEÓN, Giulia. "Derechos y ética en la salud reproductiva". En: *Diálogos de mar y viento: Huellas de las mujeres en la regional de Mar de Plata*. Lima: CLADEM, 1995, p.89.

l) Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – Convención de Belén do Pará, 1994

El artículo 2 , literal c, reconoce la responsabilidad del Estado parte si realiza o tolera actos de violencia contra la mujer. Agrega que se considerarán prácticas violentas: la violación, la reproducción de estereotipos sociales que implican discriminación o conceptos de inferioridad de la mujer.

m) III Conferencia Internacional de Población y desarrollo El Cairo- Egipto (1994)

El primer reconocimiento internacional expreso de los derechos sexuales y reproductivos se produce en esta Conferencia. Con anterioridad habían ingresado al debate público temas como la reproducción humana, salud sexual y reproductiva, pero es en esta conferencia en que se determina sus conceptos.

Se define expresamente, en esta Conferencia, la salud sexual señalándose que es “la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear y la libertad de decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”.

En el párrafo 7.2 del Programa de Acción se define la salud reproductiva como:

- Estado de bienestar físico, mental, social en todos los temas reproductivos, no sólo la inexistencia de enfermedades.
- Implica la capacidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria, y sin riesgos de procrear.

- La libertad para decidir tener o no relaciones sexuales, cuándo, con qué frecuencia.
- Obtener información, y utilizar los métodos de planificación sexual (que no estén legalmente prohibidos).
- Acceso a métodos seguros y servicios adecuados de salud ¹⁸³ .

El párrafo 7.3 del Programa de Acción define los derechos reproductivos como:

- Aquellos que abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y otros documentos de las Naciones Unidas.
- El derecho de las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento, intervalo de los nacimientos y a obtener información sobre el tema.
- Alcanzar el más elevado nivel de salud sexual y reproductiva.
- Tomar decisiones sobre la reproducción sin discriminación, coacciones ni violencia.

En este mismo párrafo se determinan las obligaciones de los Estados:

- La promoción del ejercicio responsable a través de las políticas y programas estatales.
- La promoción del respeto a la igualdad entre hombre y mujer.

¹⁸³ MOVIMIENTO MANUELA RAMOS. *Diagnóstico normativo de los derechos sexuales y reproductivos en el Perú*, op. cit, pp. 22-23.

- Promoción de la enseñanza y servicios para los adolescentes con el objetivo que asuman su sexualidad de modo positivo y responsable.

Una de las carencias de esta conferencia en cuanto al contenido, es que no se expresa una definición para los derechos sexuales. Esto se produce por la negativa de algunos grupos, que temían que al definirse exista la posibilidad de aceptar comportamientos distintos a lo hegemónico (heterosexualidad, sexualidad en el matrimonio). Otra crítica es que no regula el derecho a no procrear, asumiendo como general el deseo a la procreación ¹⁸⁴.

Lo positivo de esta Conferencia es que va más allá del enfoque demográfico y biológico contenido en las Conferencias sobre población y desarrollo anteriores, por ejemplo el tema de la planificación familiar no la aborda simplemente con fines demográficos sino que lo incluye en temas de reproducción, relaciones de género, sexualidad. Tiene como objetivo, no sólo solucionar temas de reproducción o de enfermedades de transmisión sexual, sino que se trata de buscar el bienestar de las personas.

n) IV Conferencia Mundial sobre la mujer (Beijing 1995)

En la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing 1995, no se logra determinar una definición expresa de los derechos sexuales, pero eso no significa que no se haya desarrollado su contenido. Este desarrollo se ha dado en distintos planos:

¹⁸⁴ PALOMINO, Nancy y otros. "Entre el placer y la obligación. Derechos sexuales y reproductivos de mujeres y varones de huamanga y Lima", op. cit, pp. 25-26.

- 1) El primer plano se vincula con el tema de la sexualidad, su protección y su desarrollo libre de violencia o coacción y esto se relaciona con la protección a la privacidad, contra la discriminación y al acceso de información sobre el tema.
- 2) Otro plano, es el que regula temas sobre la lucha contra la discriminación de aquellos comportamientos están fuera del patrón aceptado, por ejemplo la homosexualidad. En principio, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979) protege a la mujer contra todo tipo de discriminación que vulnere sus derechos.

El párrafo 96 regula específicamente los derechos reproductivos y sexuales señalando: “Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”.

Originalmente el párrafo 96 expresaba “derechos sexuales de las mujeres”, tema que al debatirse se sustituyó por “derechos humanos de las mujeres”. Lo mismo sucedió con el concepto de “integridad corporal” que fue sustituida por “integridad de la persona o personal”. Se dejó de lado el tema del

cuerpo con capacidad de sentir placer, se optó por incluir la prohibición a agresiones y abusos.

En el contenido de lo acordado en las Conferencias del El Cairo y Beijing, influyeron las posturas fundamentalistas que se oponían a que se reconozca la sexualidad como un aspecto relevante en la persona y que conlleva al reconocimiento de derechos vinculados al tema. Se opusieron sobre todo a que se reconozca la homosexualidad, las formas alternativas de familia y favorecen el robustecimiento de la autoridad parental¹⁸⁵.

Cabe resaltar, que los derechos sexuales y reproductivos corresponden a todas las personas y deben ser ejercidos en igualdad, sin embargo algunos grupos de la sociedad han tenido más dificultades que otros para que se les reconozcan estos derechos como por ejemplo las mujeres, los homosexuales.

Por otro lado, se han presentado situaciones polémicas, en donde se alegaba el respeto de los derechos sexuales y reproductivos, por ejemplo el caso del aborto, la no discriminación por orientación sexual, el uso de las técnicas de reproducción asistida por homosexuales. Estos temas aún siguen siendo objeto de discusión y no existe una postura argumentativa que prime sobre otra. Sin embargo, consideramos que la base constitutiva de estos derechos debe respetarse, es decir el derecho a la vida, a la igualdad, a la no discriminación, a la libertad, que deben primar sobre cualquier discusión y situación polémica.

Como hemos señalado, la configuración del concepto de estos derechos tomó firmeza con la III Conferencia sobre población y desarrollo realizada en el Cairo y en la IV conferencia Mundial sobre la mujer realizada en Beijing. El

¹⁸⁵ TAMAYO, Giulia. *Bajo la piel. Derechos sexuales, derechos reproductivos*, op. cit, pp. 103-106.

problema vigente, es que no un instrumento de carácter vinculante y general que de modo completo regule el tema, salvo la Convención por la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer que reconoce estos derechos a la mujer. Sin embargo, como muestra de la importancia actual de estos derechos, estos han sido incorporados en la normativa interna de varios países.

1.3.5 Críticas al contenido de las Conferencias de El Cairo y Beijing

La importancia de analizar lo expresado en El Cairo es que establece que los derechos humanos son el pilar fundamental de toda política de población, con esto las personas pasan a ser consideradas sujetos de dichas políticas, respetando sus necesidades personales. Esto es un progreso con respecto a las anteriores Conferencias de población y desarrollo, en donde las personas eran tratadas como objetos de metas demográficas.

En esta Conferencia, las mujeres pasan a un primer plano de importancia sobre temas de población y desarrollo, en especial se les reconoce la capacidad para decidir sobre su sexualidad, cuerpo, fecundidad. Se sostiene que existen varios aspectos interrelacionados que influyen en el éxito de las políticas de población y desarrollo y por ende, se determina que lo conveniente es crear estrategias que engloben estos aspectos como: la protección del medio ambiente, de los recursos, la migración, la seguridad social, el acceso a

la salud sexual y reproductiva, las perspectivas socioculturales y de género etc.¹⁸⁶.

Otro aspecto innovador de esta Conferencia es que se inspira en las normas internacionales ya existentes, que reconocen los derechos humanos. Por ello señala, que esta Conferencia “no crea ningún derecho humano internacional nuevo” (Preámbulo, 1.15), esto antes no era tomado en cuenta. Por otro lado, el tema de la discriminación fue importante para determinar hasta que punto esta situación impedía el ejercicio pleno de los derechos de la mujer, en ámbitos como el acceso a la información, educación y servicios de salud sexual y reproductiva y el participar en todos los ámbitos públicos y políticos. El tema de la equidad y la igualdad es tomado en cuenta a fin de equilibrar el desarrollo de hombres y mujeres en todo aspecto ¹⁸⁷.

Comparte la misma opinión Carmen Shalev ¹⁸⁸ quien señala que la Conferencia de El Cairo innova en cuanto a la visión y enfoque sobre la mujer. Ya que en esta conferencia, la mujer es considerada “intrínsecamente valiosa” y se toman en cuenta sus necesidades e intereses en temas de salud sexual y reproductiva, se centra en otorgar poder a las mujeres a fin de que con autonomía decidan sobre su salud sexual y reproductiva. El tema de la salud de las mujeres amplía su campo de acción, no se centra sólo en el acceso a

¹⁸⁶ FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Compromisos legislativos sobre salud y derechos sexuales y reproductivos: una revisión de los 5 años de las Conferencias de El Cairo y Beijing en América Latina y el Caribe*. Nueva York: ed. Grupo Parlamentario Interamericano sobre población y desarrollo y FNUAP, 1999, pp. 1-3.

¹⁸⁷ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Diversidad de Beijing. Una experiencia de participación*. San José: Instituto Interamericano de derechos humanos, 1996, pp. 109-111.

¹⁸⁸ SHALEV, Carmen. “El derecho a la salud sexual y reproductiva: la CIPD y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer. En: *Derechos sexuales y reproductivos. Aportes y diálogos contemporáneos* Lima: Centro de la mujer Flora Tristán, 2001, pp. 53-84.

servicios de salud, sino que se cuestiona y regula temas sobre el status de la mujer en la sociedad y actos de discriminación.

Respecto a lo señalado en el párrafo 7.3 del Programa de Acción de esta Conferencia, Giulia Tamayo critica el uso del término responsabilidad en la definición de estos derechos. En su opinión, parecería referirse a una “desconfianza sobre los sujetos como agencias morales y de toma de decisiones en el campo reproductivo”¹⁸⁹. Señala además que este término no ha sido incluido en la definición de otros derechos, sino que ha surgido a partir de las discusiones sobre la reproducción.

Agrega la autora, que esta Conferencia circunscribe el ámbito de los derechos reproductivos a la salud sexual reproductiva, a la actividad heterosexual.

Señala que, el Programa de Acción utiliza un concepto amplio de salud reproductiva que incluye el concepto de salud sexual, esto se presenta en los párrafos 7.2 y 7.4. Utiliza la definición de salud sexual dada por la Organización Mundial de la Salud, para definir la salud reproductiva, entendida como el derecho a llevar una vida sexual satisfactoria y a decidir tener hijos, cuándo, con qué frecuencia. El concepto de “vida sexual satisfactoria” se define a partir de la actividad heterosexual y de las parejas casada. El objetivo que se busca al proteger la salud sexual, no sólo se refiere a la información y cuidados sobre la reproducción y enfermedades de transmisión sexual; sino que se refieren a elevar el nivel de vida del sujeto y de sus relaciones personales¹⁹⁰.

¹⁸⁹ TAMAYO , Giulia. *Bajo la piel. Derechos sexuales . Derechos reproductivos*, op. cit. , p. 100.

¹⁹⁰ Ibid, pp. 100-103.

Por otro lado, en los documentos y reuniones preparatorias de la Conferencia de El Cairo, se presenta por primera vez una perspectiva sobre el tema de población principalmente dirigido a lograr la igualdad de género, dejando un poco de lado los objetivos demográficos o económicos. El resumen del Coordinador del Comité preparatorio señala la importancia de temas como la planificación familiar, la salud sexual y reproductiva, la prevención de enfermedades de transmisión sexual; este documento señala que la orientación sexual no debe producir discriminación, que no debería ser impedimento para el “acceso de las mujeres a la información, educación y los servicios que les permitan ejercer sus derechos reproductivos y sexuales” ¹⁹¹ .

Susana Chiarotti ¹⁹² analiza las Conferencias de Viena, El Cairo, Beijing, en cuanto al progreso de los derechos de las mujeres. Señala que la situación de la mujer es tratada específicamente en las Conferencias de la Mujer, en cambio en otras Conferencias la situación de la mujer ha sido abarcada como tema o problema aparte del objetivo principal de dicha Conferencia, ejemplo de esto sería el Plan de Acción Viena.

Las críticas de la autora son dos: la estructura de exclusión basada en la “tematización” de los documentos finales de diversas conferencias y la no utilización de un lenguaje neutral en los mismos. Para la autora, los temas de estas conferencias atañen a todo ser humano, por lo que deberían ser analizados los problemas en general y no el sujeto en particular que padece dichos problemas.

¹⁹¹ CORREA, Sonia y PETCHESKY, Rosalind. “Los derechos reproductivos y sexuales: una perspectiva feminista”, op. cit., pp. 127-128.

¹⁹² CHIAROTTI, Susana. “Los derechos humanos de las mujeres :el camino recorrido” . En: *Seminario regional. Los derechos humanos de las mujeres en las conferencias mundiales. Cumbres, consensos y después...* Lima:CLADEM, 1996, pp. 16- 22.

Sus críticas pueden resumirse en:

a) Crítica a la tematización

La autora critica el problema de la tematización, en donde excluye a un grupo de lo universal. Creándose con tal objetivo denominaciones como: los grupos vulnerables, para referirse a todo grupo cuyos derechos y garantías se regulan por separado y en acápites especiales.

Señala la autora; como ejemplo de la tematización de la mujer, el Capítulo B del plan de Acción de Viena, titulado “Igualdad, dignidad y tolerancia”, que trata el tema de la mujer en el punto 3 titulado “La igualdad de la condición y los derechos humanos de la mujer” y que se refiere en otros acápites a otros grupos. Para la autora este es un ejemplo claro de la tematización de la mujer, de las poblaciones indígenas, del niño y de las personas discapacitadas; que a su parecer reúne a “los/as olvidados, las de la tierra, los /as del arca o algún término más o menos dramático” ¹⁹³.

Agrega que este problema se supera en el Programa de Acción de El Cairo, por ejemplo el Capítulo IV “Igualdad y equidad en los sexos y habilitación de la mujer” refleja en el título la evolución de este tema porque hace referencia a los “sexos” y no sólo a la mujer, además el tema de la mujer es tocado en todos los capítulos del Programa de Acción.

Sin embargo, un ejemplo claro de la tematización y la reiterancia del uso de conceptos como grupos vulnerables, es el capítulo VI del Programa de Acción, que divide el tema “Crecimiento y estructura de la población” en

¹⁹³ Ibid, p. 17.

subtítulos que se refieren a un grupo específico como las personas de edad, los indígenas, etc.

Con respecto a las Conferencias sobre la mujer, señala que a pesar de referirse como tema central a la mujer, mantienen el discurso endrocéntrico y la tendencia a repetir mecanismos de exclusión.

Señala la autora, que el “Plan de Acción para las mujeres de América Latina y el Caribe 1995-2001”, producto de la Conferencia Preparatoria Latinoamericana y del Caribe (Mar de Plata, 1994) se destaca por plantear posibles soluciones a los problemas de la mujer, pero sin especificar al grupo particular de mujeres que sufren un determinado problema.

Sobre la Plataforma de Acción de Beijing, señala que no presenta un estilo homogéneo. Por ejemplo, el párrafo 31 utiliza una lógica inclusiva, haciendo referencia al problema en sí, sin particularizar a un tipo específico de mujer, señalando “Muchas mujeres enfrentan barreras específicas...”. Esta lógica es contradicha en el párrafo 32 que se refiere a “... los intereses y las preocupaciones propias de la mujer indígena...”, tematizando los problemas de la mujer a un tipo específico.

Otro ejemplo de la tematización recogida en la Plataforma de Acción, es el Capítulo L “La Niña”. De la misma manera, se regulan casos especiales; en diversos capítulos de la Plataforma, como por ejemplo la situación de la mujer indígena, discapacitada, migrante, desplazada señalada en el párrafo 82K que se ubica dentro del objetivo de “aumentar el acceso de las mujeres a la formación profesional, la ciencia, la tecnología y la educación permanente” y que se refiere específicamente al caso de las mujeres adultas sin educación previa o con educación escasa, discapacitadas, emigrantes, refugiadas,

desplazadas; para la autora esto daría a entender que existe otro grupo de mujeres que se expresan a nombre de ellas y serían mujeres adultas, urbanas, educadas, sin discapacidades etc.

En suma, la autora critica aquellos párrafos, que no se refieren al problema social, sino que se refieren al sujeto que los padece, tematizando al asunto. Señala que es muy distinto hablar de la pobreza y de las mujeres pobres, o del analfabetismo y de las mujeres analfabetas, o de la discriminación étnica y de las mujeres indígenas. Es importante analizar esto, porque el objetivo final de estas conferencias es tratar de resolver problemas que afectan a la humanidad como conjunto y que preocupan a todos, no sólo al grupo específico que los padece; estos problemas serían por ejemplo: la pobreza, la subordinación de género, etc.

b) Critica el lenguaje utilizado

Otra crítica, que señala la autora es sobre el lenguaje. A su parecer deberían utilizarse términos neutros como personas, seres humanos, habitantes etc., a lo largo de todo el contenido de los documentos finales.

Critica el uso de términos masculinos como sinónimo de neutralidad. Señalando como ejemplos el Plan de Acción de Viena, que utiliza un lenguaje masculino; salvo algunos acápites que utiliza el término neutro seres humanos, como por ejemplo el punto 1, párrafo 3 señala “Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos ...”, este sería ejemplo de la inclusión de términos neutros. Sin embargo, en el punto 21 señala “Deben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños,

en particular las niñas, los niños abandonados, los niños explotados económica y sexualmente...". Este un ejemplo claro de la tematización que critica la autora, puesto que se separa a las niñas como caso especial y se utilizan términos que no son neutros sino masculinos.

Otro ejemplo sería el punto 22 que señala "Es menester prestar especial atención a la no discriminación y al disfrute, en igualdad de condiciones, por parte de los discapacitados de todas los derechos humanos y libertades fundamentales...", es otro ejemplo del uso de términos masculinos con la idea errónea de que son neutros, pudieron haber utilizado el término personas discapacitadas y no mantener un lenguaje androcentrista.

Con respecto a esta crítica, según la autora, el Programa de Acción El Cairo tiene la intención de lograr la neutralidad pero no llega a concretarlo totalmente. Por ejemplo utiliza en el Capítulo VI "Crecimiento y estructura de la población", punto C "Las personas de edad", términos neutros como "personas de edad muy avanzada". También utiliza términos neutros en el capítulo VII "Derechos reproductivos y salud reproductiva", en el párrafo 7.3 sobre el tema de los derechos reproductivos, señalando expresamente que "Esos derechos se basan en el reconocimiento de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente...", utiliza el término neutro "individuos". Sin embargo, en el mismo capítulo, en el párrafo 7.2. "Sobre la salud reproductiva", señala "... Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia...". Se pudo haber utilizado el término "derecho de las personas", en lugar de "derecho del hombre y la mujer", que transmite una idea, de exclusión entre ellos. Otro ejemplo de esto es el capítulo VIII, A y B que se refieren a "los niños".

Por otro lado, la Plataforma de Acción de Beijing, a decir de la autora, presenta un lenguaje en general androcéntrico, con presencia de párrafos donde se utilizan tanto términos masculinos como neutros. Por ejemplo, en el Capítulo I “Declaración de Objetivos”, párrafo 30 se refiere al “cuidado de los hijos, los enfermos, las personas de edad”.

El problema se presenta también en el capítulo IV, acápite L “La niña”, que separa con esto a lo universal que sería el niño, de lo particular o especial que sería la niña y por ende a quien corresponde una regulación particular y separada del conjunto en general.

Otro ejemplo de esta separación sería el párrafo 83.1, que señala “Promover con el apoyo de sus padres y colaboración con el personal y las instituciones docentes, la elaboración de programas educativos para niños y niñas...”. Dejando con esto libre la idea de que se promoverán programas educativos dirigidos a niños y otros dirigidos a niñas, paradójicamente este párrafo es parte del objetivo B.4 “Establecer sistemas de educación y la capacitación no discriminatorias”.

1.4 El derecho a la no discriminación por orientación sexual

1.4.1 Definición de orientación sexual

Según Monroy de Velasco, “la orientación sexual se refiere a la atracción, gusto o referencia de la persona para elegir un compañero

sexual”¹⁹⁴. También señala que la orientación sexual es uno de los elementos que conforman la identidad sexual, definida como el aspecto psicológico de la sexualidad. Uno de los elementos de la identidad sexual además de la orientación sexual es la identidad de género; que es el sentirse hombre o mujer y manifestarlo externamente a través del rol de género. Otro de los elementos es el rol de género, que es todo lo que una persona hace o dice a los otros, el grado en el que se es hombre o mujer.

El derecho a la orientación sexual se relaciona con los derechos sexuales y reproductivos, en el sentido de que estos últimos incluyen el derecho a la libertad y autonomía en el ejercicio responsable de la sexualidad individual y por tanto implica el derecho a escoger a la pareja sexual, el derecho a expresar la propia sexualidad y el derecho a la expresión sexual independiente de la reproducción¹⁹⁵.

Son varias las teorías que explican las causas de la homosexualidad, entre ellas: la teoría hereditaria, la teoría ambiental y la teoría del desequilibrio hormonal. Los que defienden la teoría hereditaria señalan que las personas homosexuales crecen en una cultura que promueve la heterosexualidad y que es en la pubertad que definen sus vínculos y expresiones homosexuales, por ende sus tendencias homosexuales deben haber sido innatas y no aprendidas. Los que defienden la teoría ambiental señalan que la homosexualidad es resultado de factores ambientales, por ejemplo a causa de un incidente sexual y placentero con personas de su mismo sexo, haber convivido por lapsos

¹⁹⁴ MONROY DE VELASCO, Anameli. *Salud , sexualidad y adolescencia*. 2nda edición. México: Editorial Pax México, 1990, p.23.

¹⁹⁵ DUNLOP, Joan . “Derechos sexuales : por qué son esenciales para la salud de la mujer”. En : *Ponencias presentadas en el panel : “Mujer, salud y violencia”*. Organizado por la OMS en el Día de la salud, 1999.

prolongados con personas de su mismo sexo, las características del ambiente del hogar como que los padres desearon a una hija y rechazaron al hijo desde el nacimiento, las relaciones infelices entre los padres etc. La tercera teoría, argumenta que la homosexualidad es producto de un desequilibrio de las hormonas sexuales¹⁹⁶.

Por otro lado, la palabra homosexualidad proviene del vocablo homos, que en griego significa semejante. El término homosexualidad fue creado en 1860 por el médico Karoly Maria Benkert, que lo utilizó “para designar todas las formas de amor carnal entre personas pertenecientes al mismo sexo biológico”¹⁹⁷. Este significado se fue imponiendo en los países occidentales entre 1870 y 1910. A raíz de los planteamientos progresistas en sexología de Foucault (1926-1984) que definía la homosexualidad como “una especie de androginia interior, un hermafroditismo del alma. El sodomita era un relapso, el homosexual era en adelante una especie”¹⁹⁸, surgen en Hungría, y Alemania los términos “homosexualidad” y “heterosexualidad”, como se entenderían en el s.XX. Basándose en los planteamientos de la teoría hereditarista de una homosexualidad constitucional; es decir que se nace homosexual, se empieza a cuestionar las legislaciones que penalizan este tipo de comportamiento.

Sin embargo, lo que primó en el s.XX en el ámbito de la psiquiatría, fue la visión de la homosexualidad como “una inversión sexual, es decir como una anomalía psíquica, mental o constitucional, un trastorno de la identidad o la

¹⁹⁶ ÁLVAREZ – GAYOU, Juan Luis. “Homosexualidad”. En: *Sexualidad humana de McCary*. México: El Manual moderno, 1996, pp. 302 -304 . Para más información ver : RUSE, Michel. . *La homosexualidad*. Madrid: Cátedra, 1989.

¹⁹⁷ ROUDINESCO, Elisabeth y PLON, Michel. *Diccionario de Psicocanálisis*. Buenos Aires: ed. Paidós, 1998, p. 484.

¹⁹⁸ Ibid, p. 485.

personalidad que podía llegar a la psicosis y llevaba a menudo al suicidio”¹⁹⁹. Posteriormente, la década de 1970 enriquecida por los estudios de historiadores como Michael Foucault, John Boswell y de los movimientos de liberación sexual, definen la homosexualidad como una práctica sexual aceptada y se habla de homosexualidades, porque se consideraba que había un componente de la sexualidad humana que producía distintos comportamientos. En 1974, la “American Psychiatric association” elimina de su lista de enfermedades mentales a la homosexualidad²⁰⁰.

En suma, la homosexualidad se define como “el deseo o atracción sexual/romántica hacia personas del mismo sexo”²⁰¹. Sin embargo, algunas personas que tienen deseos y actividad homosexual no se consideran homosexuales, es decir no tienen identidad homosexual. Existen otras que tienen deseos o atracción sexual/romántica homosexual, pero que nunca han tenido relaciones homosexuales. También existen las personas transgénero que adoptan comportamientos y apariencia del sexo opuesto como las mujeres hombrunas u hombres afeminados, presentando por ello una inconformidad de género.

Sobre este último punto, cabe señalar que los transexuales son aquellas personas que están en proceso o ya han cambiado de sexo; sea a través de tratamientos hormonales, psicoterapia readaptativa al sexo que se desea o por cirugía, también hay transexuales que nunca se operan. Los transgénero y transexuales buscan tener una identidad más cercana a los

¹⁹⁹ Loc. Cit.

²⁰⁰ Ibid, p. 486.

²⁰¹ SCIOLO, Andrés y FERNÁNDEZ – AIRMANY, Manuel . *Mariquitas y Marimachos. Una guía Completa de la homosexualidad*. Madrid: Nuer, 1999, p. 91.

patrones tradicionales de hombre y mujer; en cambio los gays y lesbianas presentan una actitud e intereses distintos ²⁰² .

Por otro lado, en la cultura occidental; a decir de Kenneth Plummer citado por Anthony Guiddens, existen cuatro tipos de homosexualidad:

a) La homosexualidad efímera

El individuo ha tenido un encuentro homosexual eventual, que no define su vida sexual.

b) La homosexualidad como actividad focalizada

El individuo debido a las circunstancias particulares que le rodean, tiene encuentros homosexuales regularmente, pero no porque el individuo las prefiera sino porque es sustituto al encuentro heterosexual, esto se produce por ejemplo en cárceles o en el ejército.

c) La homosexualidad personalizada

El individuo acepta sus preferencias homosexuales, pero pertenece a un grupo social que no la acepta, por ello esconde sus preferencias.

d) La homosexualidad como forma de vida

El individuo se autodeclara homosexual y pertenece a subculturas gays ²⁰³ .

²⁰² Ibid, pp. 91 – 96.

²⁰³ GUIDDENS, Anthony. *Género y sexualidad*, op. cit., p. 17.

Según María Elósegui Itxaco ²⁰⁴ , el sexo y la identidad sexual son lo “dado” biológicamente, lo que no puede ser fruto de elecciones. Entiende por orientación sexual y conducta sexual, aquellos comportamientos que se fundamentan en una base biológica y en factores educativos, estereotipos culturales y el comportamiento elegido.

Señala que toda anomalía en la determinación biológica del sexo se presenta en la fase embrionaria, como por ejemplo los intersexos. El sexo psicológico, entendido como la conciencia de pertenecer a uno u otro sexo, se determina a los 2 años y medio a 3 años de edad y suele coincidir con el sexo biológico, salvo los transexuales que presentan sexo psicológico de varón y sexo cromosómico, gonadal, fenotípico de mujer o al revés. La orientación sexual se determina en la adolescencia.

Sobre otro tema se pronuncia, Olga Grau²⁰⁵ señalando que el comportamiento homosexual en distintos momentos históricos ha sido motivo de que surja el “pánico moral”, entendido como aquel motor que canaliza los temores o ansiedades sociales y que utiliza temas sexuales (prostitución, homosexualidad) o de adicción (drogas, alcohol) para construir tipos o grupos “inmorales” o “degenerados”, contra los que hay que actuar en contra.

Según los estudios de la autora, existen diversos discursos, sobre el tema de la homosexualidad, que difieren en su origen y contenido. Ella estudió los discursos culturales (médicos, psicológicos, feminista lésbicos), religiosos

²⁰⁴ ELÓSEGUI ITXASO, María. *La Transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*. Granada: ed. Comares, 1999, pp. 91-125.

²⁰⁵ GRAU, Olga. *Discurso, género y poder. Discursos públicos: Chile 1978-1993*. Santiago de Chile : La Morada, 1995, pp. 225-242.

(representantes de la Iglesia) y políticos (Brigada de Delitos sexuales, de Chile, creado en 1970).

Se basa en documentos públicos (periódicos) y entrevistas realizadas en Chile, entre los años de 1978-1993 y concluye con la presentación de ocho modelos argumentativos, que pasaremos a resumir brevemente:

1) Anormalidad o enfermedad

Se refiere a que la homosexualidad atenta contra el principio natural de la reproducción. En tanto, lo natural se define como la repetición del acto de creación divino (símbolo cristiano) y la continuidad de la especie; por esto se valora la heterosexualidad como fundamento de reproducción. Para otros, el hábito cultural es lo que debe mantener la primacía y valoración de la heterosexualidad, porque todo ya está organizado según las relaciones heterosexuales.

Según esta postura, la anormalidad de la homosexualidad, se debe a la existencia de un problema de comportamiento de los padres; por ejemplo un padre frío, autoritario, distante o una madre que muestra desprecio por su esposo, por los hombres, que acarrea la homosexualidad del hijo. Este argumento se pone énfasis en la determinación cultural que impone ciertos comportamientos como correctos.

Se argumenta también que la homosexualidad es una opción, una elección y señalan que es tan doloroso ser homosexual, por el rechazo social de cual son objeto, que es válido calificarlo como “enfermedad” y buscar su prevención y remedio.

2) Desviación de la moral natural

Se define el comportamiento homosexual como una desviación de los patrones normales que se basan en inclinaciones naturales, es decir la unión sexual entre hombre y mujer y la procreación. Estos argumentos provienen de la Iglesia Católica, en la cual la sexualidad y la moral que debe primar, gira en torno a la fertilidad y a la comunión (fundamentos bíblicos) entre hombre y mujer, mediante la cual se crece como ser humano.

3) Opción sexual

Se basa la elección del comportamiento homosexual; en base a la libertad y voluntad del sujeto. Hay dos vertientes de pensamiento en este tipo de discurso, por un lado el considerar la homosexualidad como una opción anormal y otra considerarla como una posibilidad normal del plano sexual.

4) Normalidad fundada en la naturaleza

Señala que la homosexualidad es natural, en tanto existe hasta en los animales. Dando a entender que existe en todas las especies y que basta su existencia para que sea válido.

5) Universalidad

Este argumento se basa en la presencia del comportamiento homosexual en todas las etapas de la historia de la humanidad y en todos los lugares donde ha habitado el hombre.

6) Criminalidad

Se discute sobre la penalización o no de actos homosexuales. Así como su carácter delincencial, o la legitimidad de tal comportamiento en la sociedad.

7) Androginia

Se basa en la naturaleza andrógina de la personalidad, en tanto lo masculino y lo femenino se expresan como una síntesis que pueden originar comportamientos diversos.

8) Diferencia

Se condena la discriminación, la violencia, la intolerancia contra los homosexuales. Sin embargo, acepta la violencia cultural en tanto impulsa a que se adecuen a lo socialmente correcto: la heterosexualidad, sin aceptar la diversidad.

La autora resalta ciertas particularidades que descubrió a raíz de su estudio, como que la homosexualidad puede ser concebida como dato natural o cultural, dependiendo de la sociedad. Otro aspecto, es que frente a la homosexualidad, se hace una separación entre el plano racional y el emocional para opinar sobre él. Otro tema, es que existe una invisibilidad cultural, que encierra la homosexualidad en el campo del tabú social y una invisibilidad de los homosexuales, que no se manifiestan en público como tales.

Como podemos apreciar, varios de estos argumentos son de uso universal, utilizados para justificar o condenar la existencia de la homosexualidad; como por ejemplo el de la universalidad y el de la desviación de la moral natural.

Cabría también cuestionarnos, si en el Perú actual se mantienen estos discursos y si se difunden; sea abierta o implícitamente, a través de los medios de comunicación, de la educación, de la religión, del silencio del Estado en cuanto a la implementación de políticas contra la discriminación por orientación sexual etc. Utilizando un método similar al de la autora; es decir el análisis de contenido, podríamos llegar a determinar modelos argumentativos que dirigen el pensamiento general o que se presentan mayoritariamente en la sociedad.

Finalmente, cabe señalar que se utiliza en los diferentes discursos y argumentaciones el concepto tanto de orientación sexual, como de opción sexual, esto a causa de la poca firmeza de un concepto único. Si se utiliza el término opción sexual, se está haciendo referencia a la capacidad de elección del individuo, por ende podría entenderse que cabe la posibilidad de iniciar o hasta de imponer un tratamiento de reversión para que la persona vuelva a ser heterosexual, en este sentido la persona DECIDE ser homosexual. Por otro lado, si se utiliza el término orientación sexual, se hace referencia a un proceso interno en donde se relacionan distintos factores psicológicos, sociales, biológicos etc., que definen la orientación sexual del sujeto y en donde no interviene su voluntad y por el cual la persona ES homosexual ²⁰⁶.

Por otro lado, se utiliza también las siglas GLBT (Gays, lesbianas, bisexuales y transgéneros) para definir al colectivo homosexual, distinguiendo a cada grupo particular. Esto con el objetivo de visualizar los intereses y necesidades de cada grupo. Por esto, la regulación que se determine a favor

²⁰⁶ Entrevista a Eddie Blume, durante el evento “Festival de la diversidad” (Lima, 2003)

del colectivo homosexual en general debe incluir las particulares necesidades de cada grupo ²⁰⁷.

Otra distinción que debemos precisar es entre la orientación sexual y el sexo. El sexo se define por las características genéticas del sujeto, es decir lo dado. Mientras que la orientación sexual se manifiesta en el proceso de desarrollo del sujeto. Este tema es importante, porque se discute mucho si el derecho a la no discriminación por orientación sexual, está protegido dentro del derecho a la no discriminación sexual. Si fuera así, no sería necesario el reconocimiento expreso del derecho a la no discriminación por orientación sexual. Por otro lado, si fuera así, no existirán en la actualidad violaciones contra este derecho, porque ya estaría protegido y podría exigirse sin ningún cuestionamiento o problema su respeto. Sin embargo, ante la inexistencia de una norma expresa que proteja el derecho a la no discriminación por orientación sexual y ante la urgencia de los hechos, se ha incluido el derecho a la no discriminación por orientación sexual en la norma que protege la no discriminación por motivo de sexo, así se pronuncia el Comité de Derechos Humanos de 1994, en el caso Toonen contra Australia, que afirmó “que la referencia al sexo que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual” ²⁰⁸.

Consideramos que los conceptos de sexo y orientación sexual, no deben ser confundidos. Por ende, deben ser regulados en normas distintas, especialmente porque en la actualidad se ha agudizado la violencia y discriminación contra los homosexuales y los jueces no interpretan la ley según

²⁰⁷ Seminario – taller Internacional, “Diversidad sexual y derechos humanos” (Lima, 2004) Entrevista a Paul Flores integrante de la Red Peruana GLBT, durante el evento “El amor no discrimina” (Lima, 2004)

²⁰⁸ Caso Toonen contra Australia, Comunicación No. 488/1992, p. 13.

preceptos de justicia sino según sus propios prejuicios, que muchas veces son de rechazo a los homosexuales.

Por otro lado, cabe precisar que la homosexualidad no debe ser confundida con la orientación sexual, pues ésta puede ser heterosexual, homosexual o bisexual.

1.4.2 La discriminación por orientación sexual: La homofobia

Como ya hemos señalado el género se determina por la imposición e influencia de los patrones que la sociedad acepta como correctos. Esta lógica “estigmatiza” a las mujeres que mantienen una vida sexual activa y libre y a los homosexuales, esto se manifiesta a través del sexismo y la homofobia. Se ejerce una violencia simbólica contra los homosexuales al señalar como “natural” la relación heterosexual. Esta lógica impone el patrón de heterosexualidad, pero en la práctica no necesariamente se cumple porque la “estructuración síquica” no siempre corresponde a estos patrones. Otra consecuencia de la lógica de género es que genera una reacción de temor; especialmente en los hombres, de alejarse del patrón de género que le corresponde. La masculinidad hegemónica que impera en la sociedad, crea mecanismos de control sobre el comportamiento de cada persona. De este modo, los gays y lesbianas se convierten en “el otro” contra el que los heterosexuales se comparan y definen ²⁰⁹.

²⁰⁹ LAMAS, Marta. *Cuerpo e identidad; ensayos sobre lo femenino y lo masculino*. Bogotá: Programa de Estudios de Género, Mujer y desarrollo, Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional, 1995, pp. 73-78. Sobre el mismo tema KIMMEL, Michael. “Homofobia, temor, vergüenza y silencio en la identidad masculina”. En: *Masculinidades, poder y crisis*. En: Isis Internacional. Número 24, 1997, pp. 49 – 61.

Todo esto se define como heterosexismo es decir “la creencia en la superioridad y deseabilidad de la heterosexualidad y su promoción o imposición como la alternativa más deseable - sino la única -para expresar la sexualidad voluntaria entre dos adultos” ²¹⁰ .

Puede presentarse:

a) El heterosexismo cultural, que es elemento de ideologías sobre la sexualidad y género y presenta las siguientes consecuencias:

- Los homosexuales son discriminados, porque su comportamiento no corresponde con los patrones de género aceptados.
- La homosexualidad es entendida como algo contrario a lo natural y lo natural sería la masculinidad y la femineidad.
- Los que no encajan en los patrones de género aceptados son discriminados y tanto heterosexuales, como homosexuales se cuidan de alejarse de aquellos patrones fuera de lo normal.

b) El heterosexismo psicológico, en el que no ha existido un contacto con homosexuales, por lo que se mantienen conceptos abstractos sobre ellos y se expresan los prejuicios del siguiente modo:

- Para una persona con determinados pensamientos; por ejemplo, religiosos, estos prejuicios pueden servirle para afirmar su religiosidad.
- Denigrando a otros grupos puede afirmar el status o pertenencia al grupo.

²¹⁰ SCIOLLLA, Andrés y FERNÁNDEZ – AIR MANY, Manuel. *Mariquitas y marimachos. Una guía completa de la homosexualidad*, op. cit, p. 67.

- Atacando al grupo homosexual, se ataca de manera simbólica los aspectos incorrectos e inaceptados de si mismo.

La homofobia puede definirse como aquel miedo a la homosexualidad, a las personas homosexuales y un exagerado heterosexismo. Se diferencia de la homonegatividad, puesto que esta última se expresa a nivel intelectual, a través de una valoración negativa y opiniones contrarias a la homosexualidad, mientras que la homofobia se expresa por actitudes dirigidas a sujetos específicos²¹¹.

La homofobia internalizada se refiere a aquella que está estrechamente vinculada a la persona, que no se percibe concientemente ni se cuestiona. Por lo general se presenta en los mismos homosexuales, que debido a la falta de respeto a su propio cuerpo y dignidad se dedican al alcohol, las drogas, la promiscuidad sexual²¹².

Por otro lado, Isaac Caro y Gabriel Guajardo definen la homofobia como la “hostilidad inclusiva de las dimensiones intrapsíquicas e intrapersonales de temor y odio, así como niveles sociales y culturales que comprenden opresión, prejuicio y discriminación”²¹³.

Estos autores citan a Blumefield quien señala que existen cuatro tipos de homofobia:

²¹¹ Ibid, p. 68.

²¹² Ibid, p. 80.

²¹³ CARO, Isaac y GUAJARDO, Gabriel. *Homofobia cultural en Santiago de Chile. Un estudio cualitativo*. Santiago de Chile:Ed. Fracso, 1997, p. 16 .

a) Homofobia personal

Consiste en creencias personales o prejuicios contra los homosexuales, como por ejemplo creer que son seres psicológicamente inmorales.

b) Homofobia interpersonal

Es aquella que afecta la relación entre personas. Incorporando actos discriminatorios como el rechazo, el abandono de los amigos y la familia, etc.

c) Homofobia institucional

La discriminación se presenta por parte del gobierno, empresas, centros educativos, instituciones religiosas o de profesionales. Por ejemplo a través de la creación de leyes discriminatorias.

d) Homofobia cultural

Se produce por parte de las normas sociales. Este tipo de homofobia se manifiesta por ejemplo en la restricción de acceso a los homosexuales a espacios políticos, sociales, se les fuerza a mantenerse en “ghettos” exclusivos para homosexuales impidiendo así la integración social, se crean estereotipos negativos para describir o definir a los homosexuales²¹⁴.

En suma, la homofobia es una manifestación de la discriminación contra los homosexuales, que se expresa a menudo en actos de violencia. Como se ha explicado, muchas veces la sociedad tolera estos actos, debido a ello para luchar contra la homofobia no bastan las prohibiciones legislativas, sino que

²¹⁴ Ibid, pp. 16-17.

es indispensable la implementación de campañas de carácter social, educativas, de difusión, a fin de que luchen contra los estereotipos sociales que contribuyen a mantener actitudes de intolerancia y violencia.

1.4.3 La lucha contra la discriminación: Los movimientos homosexuales

Jeffrey Weeks ²¹⁵, abarca este punto partiendo del tema de la identidad sexual. Señala que la identidad sexual se ha convertido en motivo central de discusiones en distintos ámbitos de estudio, porque trata asuntos importantes como las relaciones y elecciones sexuales. Por ello no sólo debe ser aspecto de interés para las minorías sexuales. Señala que existe una ambivalencia en el concepto de identidad, por un lado se refiere a aquellos elementos comunes que nos determinan como “normales” y por otro lado, también significa diferenciación, en tanto debe ser constituida personalmente y convierte al sujeto en una individualidad diferente a los otros.

El tema de la identidad sexual ha sido abarcado especialmente por los homosexuales. Y se dirige sobretodo a cuestionar las actitudes sexuales hegemónicas y tradicionales, que son consecuencia de la importancia que se le otorga socialmente a la “sexualidad correcta”.

Señala el autor que las identidades sexuales politizadas como las de gays y lesbianas se configuran a través de cinco condiciones:

- Numerosas personas se encuentran en la misma situación.
- Concentración geográfica.

²¹⁵ WEEKS, Jeffrey. *El malestar de la sexualidad. Significados, mitos y sexualidades modernas*. Madrid: Talosa, 1985, pp. 243 y ss.

- Objetivos comunes de lucha.
- Acontecimientos que influyen en su posición social.
- Liderazgo identificado.

Es difícil la concreción de identidades sexuales politizadas porque cada sujeto sufre por diferencias de clase, raza, edad etc., es decir el tema sexual no es el único que afecta al sujeto. Por otro lado, el participar de un grupo politizado implica una lucha contra todo lo ya establecido y todo lo que trata de mantenerse, es decir implica un desafío que no todos los afectados están dispuestos a realizar.

Sin embargo, este panorama ha ido modificándose por las siguientes razones:

- Los actos violentos y de opresión contra las minorías sexuales, ha ayudado a que se construya una identidad entre los afectados.
- La sociedad ha abierto posibilidades para la discusión de temas de sexualidad, en distintos ámbitos como la literatura, Iglesia, medios de comunicación. Esto también ha contribuido a la construcción de una identidad sexual para estas minorías.
- El desarrollo de la medicina sexual y la sexología, permitieron extirpar ideas anteriores de sexualidad hegemónica y de plasmar ideas sobre la diversidad sexual humana.

El autor define “minorías sexuales” como aquel grupo oprimido y discriminado, que lucha por la reivindicación de sus derechos. Sin embargo

señala que “la mayoría” es una construcción simbólica pues todos pertenecemos a una minoría particular, y por ende es justo que unas minorías busquen la reivindicación de sus derechos y la igualdad de poder como otras minorías.

No obstante, los homosexuales tienen gustos sexuales, conductas, deseos muy variados y distintos entre sí; por ello cada vez es más común referirse a “homosexualidades” que a “homosexualidad”. Por esto, el autor se cuestiona si es correcto hablar de una sola minoría sexual.

A nivel mundial, la lucha por la igualdad de derechos de los homosexuales surge en Alemania en 1864 liderada por Magnus Hirschfeld, quien protestó especialmente por la ley contra la sodomía, que iba contra la intimidad de la persona; en ese entonces el único país que no penalizaba la homosexualidad era Francia. Posteriormente, con el surgimiento de los nazis en 1933, se persigue a los homosexuales y se busca exterminarlos. En los años 50 resurge el movimiento por la reivindicación de la igualdad de derechos, primero en Suecia y Noruega (1948) con el movimiento llamado “NF48” y este influencia en movimientos de otros países.

Según Richard Parker, en América Latina, los movimientos por los derechos humanos surgieron a raíz de la lucha contra los regímenes autoritarios y por ello se dirigieron en un principio por lograr sus derechos políticos. Luego en los 80 y 90, al implementarse políticas económicas neoliberales e instalarse democracias, la lucha se amplió hacia los derechos económicos y sociales.

Es durante los últimos años de los gobiernos autoritarios (finales 70 y 80 mitad) que en Argentina, Brasil y México se formaron los primeros movimientos

feministas y gays de América Latina, ambos movimientos tuvieron historias distintas.

En países con fuertes regímenes autoritarios, la lucha gay y lesbiana fue obligada a diluirse en la lucha contra dichos regímenes, por ejemplo durante el régimen autoritario de Argentina, existían políticas de limpieza y control social contra gays y lesbianas. Por ello, en los años 80 el tema de la sexualidad fue dejado de lado para luchar por los derechos ciudadanos, en contra del régimen autoritario. En este contexto el movimiento feminista logró aliarse con movimientos socialistas y tomar posiciones en los nuevos grupos izquierdistas de aquellos países; los movimientos gays y lesbianas se mantenían limitados y marginados.

A mediados de los años 80 surgió la emergencia de la epidemia del VIH, sida y con este la emergencia del movimiento gay, con la muerte de la mayoría de activistas gays de la primera generación, reduciéndose así las fuerzas de luchas y liderazgo del movimiento gay. Sin embargo, nuevos movimientos surgieron a partir del tema del sida, aunque trataban de distanciarse del movimiento gay, crearon nuevas esperanzas al movimiento; permitieron llamar la atención sobre temas como la diversidad sexual, abrió las puertas a financiamiento en estos temas, asentó la base institucional para la organización política. Sin embargo eran los movimientos feministas quienes asentaban su presencia en los procesos oficiales; en especial sobre temas como la salud reproductiva y derechos reproductivos.

Según el autor, es necesario construir puentes entre los intereses de los movimientos feministas y aquellos de gays y lesbianas, entre el trabajo de temas de salud reproductiva y de SIDA y entre las preocupaciones de las

actividades del hemisferio norte y sur. Esta coalición debe ser lo suficientemente fuerte, para luchar contra la resistencia de incluir los derechos sexuales en temas de justicia social y derecho ²¹⁶.

La historia del movimiento lésbico en Latinoamérica es particular y cabe analizarlo para visualizar sus obstáculos y lento desarrollo. Esta particularidad se deriva de la especial posición de la mujer, que como hemos señalado sufre una de discriminación más compleja por ser mujer, por ser lesbiana, etc.

En este desarrollo existen tres momentos históricos que coinciden con las tres generaciones teóricas feministas:

- 1) La primera etapa se caracteriza por la búsqueda de las mujeres al igual acceso al orden simbólico y coincide con los planteamientos del feminismo liberal.

Los movimientos homosexuales que surgieron a partir de los años 70, buscaban la defensa de sus derechos civiles y políticos, vinculándose a la lucha de movimientos izquierdistas. Las primeras agrupaciones lesbianas participaban dentro de los movimientos homosexuales, que buscaban la igualdad y universalidad de derechos.

El movimiento lésbico se origina en Argentina en 1969 con el “Grupo Nuestro Mundo”, luego en 1971 aparece el “Frente de la liberación homosexual” en México y Argentina.

²¹⁶ PARKER, Richard. “Ciudadanía y derechos sexuales en América Latina”. En :*De amores y luchas. Diversidad sexual, derechos humanos y ciudadanía*. Lima:Centro de la mujer Flora Tristán, 2001, pp. 27-39.

Hasta entonces las lesbianas eran incluidas en el grupo homosexual. Es en 1975 que la palabra lesbiana surge con la influencia del movimiento feminista.

Las lesbianas participaron, en la I Conferencia Mundial sobre la Mujer México, 1975; entre ellas Laura Bewington del grupo Unión de Estudiantes Australianas dijo públicamente ser lesbiana, protestó por la marginación que sufren e hizo un llamado a que se respete la libre elección de las preferencias sexuales.

Las lesbianas asistentes presentaron públicamente una “Declaración de las Lesbianas de México”, en el que señalan que sus sentimientos eran normales, justos pero que no tienen una organización sólida, entre otras razones por la auto denigración de las propias lesbianas y que el propio sistema legal a través de sus normas, como aquellas contra las faltas a la moral, podría reprimirlas, además del maltrato policial. En esta conferencia aparece por primera vez a nivel público el término lesbiana ²¹⁷ .

2) En la segunda etapa, las mujeres rechazan el orden simbólico determinado por lo masculino. Se busca respetar la diferencia y exaltar la femineidad; coincide con lo planteado por el feminismo radical.

En esta etapa, el movimiento lésbico trata de separarse del movimiento homosexual (hombres), que muchas veces invisibilizaba la presencia de las lesbianas. La mayoría de protestas de los movimientos feministas entre los 70

²¹⁷ MOGROVEJO, Norma. “El movimiento lésbico latinoamericano : 25 años de historia”. En : *De amores y luchas .Diversidad sexual , derechos humanos y ciudadanía*, Centro de la mujer Flora Tristán, Lima, 2001, pp. 283-287.

y 80's, se basaba en la lucha por sus derechos reproductivos, como el aborto o luchar contra la violencia doméstica; todo esto visto desde la perspectiva de la relación heterosexual. Por ello las lesbianas que se consideraban parte de este movimiento protestaron ante la centralización en temas como la reproducción y las relaciones heterosexuales.

Tanto la invisibilidad de los intereses lésbicos en el movimiento homosexual, como en el feminista, evitaron que se planteen demandas propias. Con los planteamientos del feminismo radical, el movimiento lesbiano pudo expresarse, rechazando el orden simbólico masculino, el falocentrismo, la heterosexualidad como icono. Con esto el movimiento lesbiano latinoamericano se separa del homosexual y del feminista, a fin de plantear sus propias demandas ²¹⁸.

3) En esta etapa se rechaza la diferencia entre lo masculino y lo femenino y lo masculino vuelve a cobrar importancia, a esta etapa se le denomina de la diversidad o de la perspectiva Queer.

Lo masculino se entiende como interlocutor, sin identidad genérica y sexual fija. Esta etapa se caracteriza por la presencia de travestís, transgéneros etc., que rechazan el género determinado por las características biológicas. El movimiento lésbico amplía sus márgenes de interés, a la diferencia sexual dejando atrás la teoría del género. Esta nueva perspectiva surge producto de la teoría Queer. La palabra "Queer" significa "raro, singular, extraño, cuestionable" y esta teoría incluye intereses de gays, lesbianas, travestis, transgenéricos y otros.

²¹⁸ Ibid, pp. 288-290.

Se basa en la separación de la identidad de sexo y de género y la deconstrucción de categorías de identidad. Busca la deconstrucción de ideas como: minoría sexual, comunidad homosexual, gay, lesbiana, hombre, mujer.

Critica aquellos movimientos que se basan en una categoría fija de identidad puesto que estos son la base de la opresión y el poder político que pueden alcanzar. Buscan la formación de una teoría más desarrollada sobre la formulación de las identidades colectivas. Señalan que la identidad puede cambiar y que pueden ser objeto de renegociación.

Plantea un punto intermedio entre dos posturas: de la igualdad y la diferencia. El movimiento lésbico mantiene su autonomía pero actúan junto con otras diversidades sexuales sin perder su identidad ²¹⁹.

Un aspecto que cabe resaltar es la invisibilidad de las lesbianas en el proceso evolutivo de los movimientos y organizaciones homosexuales. Esto es reflejo de la posición subordinada de la mujer, no sólo con respecto a los hombres sino al hombre homosexual. Se confirma así la postura, que señalaba que la mujer es discriminada en un grado más intenso que el hombre. Según esto la mujer es discriminada por ser mujer y por ser mujer lesbiana.

Por otro lado en la actualidad los intereses de los homosexuales (gays, lesbianas, travestis, transgéneros) son múltiples y diversos, tanto que no puede decirse que exista una organización que represente los intereses de todos los homosexuales.

²¹⁹ Ibid, pp. 291-294.

1.4.4 Normatividad internacional sobre el derecho a la no discriminación por orientación sexual

La normativa que nos atañe analizar, fluctúa básicamente en los documentos finales de Conferencias Internacionales sobre población y sobre los derechos de la mujer, en tratados internacionales, en normas internas de organismos como la OIT, ACNUR.

Este tema se presenta en distintos niveles de presencia y con distintos resultados y como ya hemos señalado en el subcapítulo sobre los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la no discriminación por orientación sexual es parte de los derechos sexuales y reproductivos, por ende la normativa que regula éstos también se aplica al derecho a la no discriminación por orientación sexual.

a) Declaración Universal de derechos humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Como ya se ha explicado en el primer capítulo, se regula el derecho a la igualdad y a la no discriminación, a través de la Declaración Universal de derechos humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero no señalan de modo expreso la no discriminación por orientación sexual; aunque si plantean un mecanismo para encuadrar este tipo de discriminación dentro del ámbito protector de la norma a través de la llamada cláusula abierta, es decir la frase “ cualquier otra índole”. Este tema también se regula en la Declaración Americana de los derechos humanos y en la Convención Americana de los derechos humanos.

b) Plan Global de Acción de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II)

Fue celebrada en Estambul (Turquía) del 3 al 14 de junio de 1996.

El Plan Global de Acción de la Cumbre Habitat II, refuerza lo planteado por la Plataforma de Beijing, y señala la no discriminación “por otro status” (aquí estaría incluido la orientación sexual) en cuanto a vivienda y asentamientos humanos. Así lo señala en su párrafo 61, a :

“disponer que, en materia de vivienda, la ley prohibirá toda forma de discriminación y garantizará a todas las personas una protección igual y eficaz contra la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”²²⁰.

c) II Conferencia Mundial sobre derechos humanos (Viena, 1993)

Como antecedente de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena 1993 se realizaron los siguientes eventos, con el objetivo de discutir el tema de la discriminación por orientación sexual:

- Reunión Interregional “Human Rights at the Dawn of the XXI Century”, realizada en Estrasburgo del 28 al 30 de enero de 1993.

Se trató temas de género, en especial la discriminación por sexo y orientación sexual. Se ampararon en las leyes internacionales que garantizan el derecho a la igualdad y el principio de aplicación universal para sostener que

²²⁰ <http://www.unhabitat.org/unchs/spanish/hagendas/ch-4-s.htm#B> (revisado el 10/4/04)

los derechos de las minorías homosexuales y otras ignoradas anteriormente, debían ser reconocidos.

- Encuentro de ONG'S de América Latina y el Caribe, realizando en Quito en mayo de 1993.

Se concluye en este encuentro que era necesario solicitar el reconocimiento de las minorías sexuales, se condena todo acto discriminatorio contra ellas, como por ejemplo las políticas de "limpieza social" que tenían el objetivo de exterminar de modo masivo a los homosexuales, también se solicita a la ONU que determine los mecanismos necesarios para erradicar este tipo de violación de derechos.

- Foro de ONG's, realizado del 10 al 12 de junio de 1993.

Se basa en la universalidad de los derechos humanos, para proponer a la ONU la construcción de mecanismos que logren erradicar la discriminación contra diversos grupos, entre ellos los homosexuales. Propuso a los gobiernos implementar un clima favorable para el desarrollo de la libre manifestación de la orientación sexual.

Por otro lado, la "Asociación Internacional de Lesbianas y Gays, así como otras ONG'S propusieron que se incorpore expresamente "orientación sexual" en el contenido de la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena 1993); sin embargo no fue tomada en cuenta esta propuesta ²²¹ .

²²¹ MADDEN, Rose Mary. "Orientaciones sexuales". En :*Huellas de las mujeres en la Conferencia de Viena. Vientos del Sur*. Lima.CLADEM, 1993, pp. 70-71.

La Declaración de Viena plasma importantes adelantos como por ejemplo:

- Resalta las características de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos; sean estos de índole civil, cultural, económico, político y social. Concluyó reconociendo que los derechos humanos son intrínsecos al ser humano y que el Estado tiene el deber de protección y promoción de estos, con independencia de sus políticos, económicos, culturales.
- Se reconocen y regulan derechos específicos para grupos vulnerables como la mujer, discapacitados, niños, indígenas, etc.

De la Declaración y Programa de Acción de Viena, se puede resaltar el párrafo 18 que señala “Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalterable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional” ²²².

d) III Conferencia sobre Población y desarrollo, El Cairo, Egipto (5 – 13 de setiembre de 1994)

Esta Conferencia; aunque no reconoce el derecho a la no discriminación por orientación sexual, es importante porque determina el contenido de los

²²² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Las Conferencias Mundiales. Documentos de información de las Naciones Unidas*. Nueva York:ONU, 1997, pp. 33-38.

derechos sexuales y reproductivos que como hemos señalado son base constitutiva del derecho a la no discriminación por orientación sexual.

Aunque esta conferencia no se pronuncia sobre este derecho, éste estuvo presente en las discusiones y en especial en las materias motivo de reserva (el aborto, los derechos sexuales y reproductivos y el reconocimiento a las diversas formas de familia) lo que nos interesa exponer son aquellos argumentos que tienen relación con el tema de la orientación sexual:

- Los países de América Latina como El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Argentina, República Dominicana, Ecuador, Guatemala y Perú; se pronuncian en contra de estos temas cada uno con sus propias motivaciones.

Todos están en desacuerdo con que se permita la unión de las parejas del mismo sexo.

Un aspecto interesante es la postura de Argentina sobre el tema de la familia, que es la define como “La unión entre varón y mujer, de la cual se derivan los hijos” (Capítulo V, párrafo 21). Es interesante, porque sirve para visualizar la evolución de este tema en Argentina, dado que el 13 de diciembre del 2002 se aprobó en la ciudad de Buenos Aires la Ley de Unión civil de parejas de hecho homosexuales o no. Así mismo, el Estatuto Constitucional de la Provincia de Buenos Aires reconoce el derecho a ser diferente y a la libre orientación sexual (Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires, artículo 11).

También, cabe resaltar la postura de Ecuador que en esta Conferencia se expresa en contra de “ciertos conceptos, contra natura, de familia y otros

que pudieran atentar contra sus principios constitucionales” (Capítulo V, párrafo 24) Esta postura evoluciona hasta lo que señala en su Constitución de 1998, en donde se reconoce la prohibición de toda discriminación por motivo de orientación sexual.

- Otro grupo de países parten de los principios de la Ley Chermica, de sus particularidades culturales, valores ético morales y religiosos para hacer sus reservas como por ejemplo: Afganistán, Brunei Darussalam, Jordania, Kuwait Jamahiriya Arabe Libia, República Árabe Libia, Emiratos Árabes Unidos, Yemen, Djibouti, República Islámica del Irán.
- La Santa Sede esta en contra de considerar al aborto como parte de la salud sexual, derechos sexuales, salud reproductiva, derechos reproductivos. Mantiene su postura sobre aquellos métodos de planificación familiar que considera “moralmente inaceptables”. Sobre la expresión “parejas e individuos” señala que por ésta comprende a las “parejas y a cada una de los hombres y mujeres que constituyen esas parejas”.

e) IV Conferencia Mundial sobre la mujer, Beijing (del 4 al 15 de setiembre de 1995)

La IV Conferencia Mundial de la mujer fue realizada por la Comisión sobre status de la mujer de Naciones Unidas, nombrándose a Gertudre Mongella de Tanzania como Secretaria General de la Conferencia.

- Antecedentes a la IV Conferencia Mundial

1) Señala Rose Mary Madden que como actividad paralela a la conferencia un grupo de mujeres en su mayoría lesbianas propusieron lo siguiente:

a) Para la preparación a su participación en Beijing:

- Crear un centro de intercambio de información.
- Realizar un diagnóstico sobre la situación en distintos países
- Organizar encuentros regulares.
- Crear una comisión de seguimiento sobre lo que pueda definirse en Beijing.
- Elaborar estrategias para participar activamente en Beijing.

b) Para la conferencia se propone:

- Organizar un tribunal o foro, talleres, materiales.
- Asegurar su presencia en todas las etapas de la conferencia.
- Elaborar estrategias que impacten en todos las esferas sociales.
- Documentar información sobre: violencia, relación entre movimientos feministas y lésbicos, situación nacional y regional ²²³.

2) Reunión satélite de lesbianas Latinoamericanas (Lima, 1994)

En 1994 se realizó la “Reunión satélite de lesbianas Latinoamericanas”, en Lima-Perú, por iniciativa de la Asociación Internacional de lesbianas y Gays (ILGA) y el Movimiento Homosexual de Lima (MHOL), con el objetivo de plantear estrategias para su participación en la IV Conferencia Mundial sobre la mujer (Beijing 1995).

²²³ MADDEN, Rose Mary. “Orientaciones sexuales”, op. cit. ,pp. 70-71.

En su Declaración final parten de lo siguiente, para luego formular sus propuestas:

- Reconocen la importancia de la IV Conferencia Mundial de la mujer para promover y establecer relaciones igualitarias en todos los espacios sociales.
- Señalan que las lesbianas de América Latina y el Caribe sufren de diversas formas de discriminación y en distintos espacios como el laboral, educacional, vivienda, salud etc. Además sufren de actos de violencia física y psicológica en ámbitos privados y públicos. Señalan que la existencia de discriminación se contradice con lo recogido en diversos instrumentos internacionales y limita el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos y culturales. Además subsisten normas criminalizadoras de la homosexualidad, en diversos países.
- La existencia de prejuicios sociales, reproducidos e impulsados por instituciones religiosas, jurídicas, educativas, impide la participación de los homosexuales en instancias políticas, sociales, económicas. Además de limitar su derecho a la libre asociación y creación de organizaciones. Además les afecta, el no reconocimiento de los derechos a la reproducción, adopción, custodia de hijos.

Proponen lo siguiente a la ONU, sus organismos afiliados y a los Estados miembros:

- Reconocer la libertad de orientación sexual como derecho inalienable y universal. Exigen la eliminación de normas que criminalizan la homosexualidad.
- Incluir el concepto de familia lésbica, y la unión de hecho.

- Que los programas educativos incluyan programas de sensibilización sobre las lesbianas.
- Que las instancias de la ONU impulsen a los gobiernos a que respeten lo reconocido en los diversos instrumentos internacionales sobre la protección de los derechos humanos y que se incluya en el artículo 1 de la Declaración Universal de la ONU la libre orientación sexual. Además que propugnen la libre asociación y organización ²²⁴.

3) Conferencia Regional Latinoamericana y del Caribe (Mar de Plata, 1994)

Del 20 al 24 setiembre de 1994 se realizó la “Conferencia Regional Latinoamericana y del Caribe” en Mar de Plata, discutiéndose tres temas ejes:

- Igualdad, Democracia, Ciudadanía.
- Modelos de Políticas de ajuste en América Latina y el Caribe.
- Violencia contra las mujeres, paz y Derechos Humanos.

En esta conferencia se critican; entre otros temas, los siguientes:

- Condenan la restricción de la ciudadanía de las mujeres por motivos de género, clase, raza, edad, etnia, cultura y orientación sexual. Señalan que el poder se ha concentrado a favor de un grupo, obstaculizando la participación de la mujer y esto se deben a la existencia de una discriminación estructural, actitudinal y cultural; por ende no existe democracia.
- En el plano jurídico critican las normas internas que crean situaciones de discriminación, restringen, o se resisten a reconocer y proteger los derechos

²²⁴ “Declaración de la reunión satélite de las lesbianas de América Latina y el Caribe”. En; *Huellas de las mujeres en la regional de Mar de Plata. Diálogos de Mar y Viento*. Lima:CLADEM, 1995, pp. 52 – 53.

sexuales y reproductivos de las mujeres. Critican que no se implementen normas de acción positiva para revertir la desigualdad que sufren las mujeres. Así mismo critican las sentencias discriminatorias, la impunidad frente a las violaciones, la inobservancia de normas internacionales ratificadas etc.

- Los Estados de la región y la comunidad internacional, deben implementar medidas que garanticen los derechos de educación y salud, incluyendo el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos ²²⁵ .

Algunas propuestas planteadas en Mar de Plata tienen directa relación con el tema de la orientación sexual. Dentro del primer eje de debate “Igualdad, democracia y ciudadanía” se sostiene que:

- Para lograr el reconocimiento y pleno ejercicio de la ciudadanía de las mujeres se debería crear organismos internos especializados, para lograr la eliminación de todo tipo de discriminación contra mujeres.
- Se propone afirmar el derecho a la libertad de opción sexual.

En el tema de la violencia contra las mujeres, paz y derechos humanos se propone a los Estados:

- Que reconozcan que la violencia contra la mujer no sólo se basa en la desigualdad con respecto al hombre, sino también a otros factores entre ellos la orientación sexual.
- Que eliminen las normas que penalizan la homosexualidad. Eliminen o sancionen toda forma de discriminación de iure o de facto por motivo de

²²⁵ “América Latina y el Caribe: Hacia La IV Conferencia del Mujer” . En: *Huellas de las mujeres en la regional de Mar de Plata. Diálogos de Mar y ciento*. Lima: CLADEM, 1995, pp. 40 – 46.

orientación sexual, que tenga como objetivo o efecto anular o limitar el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos fundamentales sean políticos, sociales, económicos, culturales.

- Que promuevan el respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y que respeten la libertad de opción de las mujeres.
- Que desarrollen políticas educativas dirigidas a eliminar toda forma de discriminación y violencia contra la mujer, basadas (entre otros aspectos) en la orientación sexual.

Se proponen a los organismos internacionales y de cooperación (entre otras cosas):

- Que los organismos gubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales de América Latina y el Caribe realicen investigaciones y acciones que tengan como objetivo eliminar la violencia que sufren las mujeres negras, indígenas, discapacitadas, lesbianas etc.

Se propone al movimiento de mujeres y las ONG:

- Promover estudios sobre la violencia sufrida por las mujeres debido a su orientación sexual, entre otros aspectos.
- Fortalecer el movimiento de mujeres respetado el pluralismo y la diversidad de orientación sexual ²²⁶ .

²²⁶ “Síntesis de las principales propuestas acordadas en el Foro de Organizaciones no gubernamentales, (Primer borrador), Mar de Plata 24 de septiembre de 1994”. En: *De Nairobi a Beijing. Diagnósticos y propuesta*. Santiago de Chile: Isis Internacional, Ediciones de las mujeres, # 21- diciembre, 1994, p. 25-37.

4) 39ª sesión de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Estatus de la Mujer y la Conferencia Preparatoria (marzo de 1995, Nueva York)

En donde participaron lesbianas y evaluaron su organización y su relación con delegaciones oficiales de otros países y organismos internacionales. Le entregaron a la Secretaria de la Conferencia Preparatoria Gertrude Mongella, un documento con 6 mil firmas que apoyaban su participación.

- Durante IV Conferencia mundial sobre la mujer

La “IV Conferencia Mundial sobre la mujer: Acción para la igualdad, el desarrollo y la Paz”, se realizó en Beijing del 4 al 15 de setiembre de 1995, participaron 189 países. El 15 de setiembre de 1995 se aprueba por consenso la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing. Esta Conferencia fue organizada por la Comisión de la Condición Jurídica y social de la mujer y la División para el adelanto de la Mujer por el impulso generado al tema de la mujer en las anteriores Conferencias de la mujer y en la lenta y desigual aplicación de las Estrategias establecidas en Nairobi.

Durante la Conferencia se realizó, el Foro de las ONGS en Huairou, en donde hubo una carpa dirigida por lesbianas, que tenía como objetivo lograr la visibilidad de sus necesidades, intereses, elaborar estrategias, establecer contactos regionales, conocer el trabajo de otros grupos de lesbianas.

Fruto de este Foro de ONGs es la “Declaración de las organizaciones no gubernamentales” (15 de setiembre de 1995) que entre otras cosas solicitan a los gobiernos lo siguiente:

- Reconocer y asegurar la igualdad de la mujer en temas como el nivel de vida, salud, alimentación, vivienda, educación, asistencia legal.
- No mal interpretar o imponer creencias religiosas o costumbres tradicionales que violenten o nieguen los derechos humanos de las mujeres.
- Reconsiderar y transformar las estructuras que determinen la vida económica y social del país a fin de que tomen en cuenta sus recomendaciones. “Este proceso requerirá de la total y equitativa participación de todas las razas, etnias, religiones, clases, lenguas, niños, mujeres jóvenes y mayores, mujeres indígenas y de bases populares, mujeres urbanas y rurales, mujeres discapacidades, mujeres inmigrantes, refugiadas, mujeres desplazadas, mujeres de orientación sexual diferente y de todas las otras mujeres marginadas”.
- El acceso a las estructuras políticas y participación en la toma de decisiones. Libre acceso a diversas fuentes de información.
- La reestructuración de la actuación de los medios de comunicación sobre las imágenes negativas que proyectan sobre explotación y sexualización de las mujeres y las niñas y su reemplazo por otras positivas que respeten la dignidad y diversidad de las mujeres.
- Reestructuración de la educación incorporando mecanismos de sensibilidad sobre los derechos humanos, los temas de género, la paz mundial.
- Asistencia financiera, técnica y de otros recursos para cumplir con lo señalado en las Conferencias de Nairobi, Río de Janeiro, Viena, El Cairo,

Copenhague, Beijing, Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de discriminación contra la mujer ²²⁷.

Así mismo, en su Plataforma de Acción se reconoció el derecho de las mujeres y hombres de poder decidir libremente en todos los asuntos relacionados con su sexualidad, sin coerción, discriminación o violencia, se reconocen los derechos sexuales y reproductivos, en el párrafo 96, como ya se ha señalado en el subcapítulo anterior.

Durante esta Conferencia se discutió mucho la inclusión del término orientación sexual en los documentos resultantes. La representante de lesbianas que expresó las propuestas y necesidades fue Palesa Balerly Dilsie, del grupo Glow de Sudáfrica. En el debate sobre este tema se dividieron las posturas en dos visiones distintas: una que estaba a favor del respeto a la igualdad como principio fundamental y por esto en contra de la discriminación en especial por motivos de orientación sexual. Otra postura que estaba en contra de la inclusión expresa de la orientación sexual basándose en valores, religión y tradiciones culturales. Finalmente habiéndose manifestado 43 países, 25 a favor y 18 en contra; la presidenta de Mesa decidió eliminar el concepto orientación sexual de la Plataforma de Acción. Sin embargo, para el grupo de lesbianas su participación en la Conferencia de Beijing fue fructífera, pues brindó amplia visibilidad de su situación y los argumentos de apoyo brindando por distintos países son un punto de partida para próximos debates ²²⁸.

²²⁷ “Declaración de las organizaciones de las organizaciones no gubernamentales, Huairou, 15 de setiembre de 1995”. En: *Huellas de las mujeres en la Conferencia de Beijing. La Muralla y el Laberinto*. Lima: CLADEM, 1996, pp. 123 – 125.

²²⁸ CAREAGA, Gloria y JIMÉNEZ, Patria. “Las Lesbianas en Beijing”. En: *Huellas de las mujeres en la Conferencia de Beijing. La Muralla y el Laberinto*. Lima. CLADEM, 1996, pp. 34 – 37.

Por otro lado, cabría indicar, que el párrafo 46 de la Plataforma de Acción, reconoce que existen distintos factores que dificultan el respeto y progreso de la igualdad de las mujeres, como por ejemplo la raza, edad, idioma, etc. No se incluye entre estos factores la orientación sexual.

En esta Conferencia, los temas más polémicos y motivo de reservas son el aborto, la definición de familia, la inclusión de la orientación sexual como causal de prohibición de discriminación. Pasaremos a analizar lo sostenido por los países de América Latina (en especial) y aquellos que se pronuncian a favor o en contra de la libre orientación sexual:

- Los países de América Latina como: Argentina, Guatemala, Paraguay, Perú, Venezuela. Definen la familia como unión de hombre y mujer.

Argentina reafirma lo señalado en el Cairo en 1994, sobre la definición de familia.

Por otro lado, el Perú limita los derechos sexuales a las relaciones heterosexuales; en otras palabras los derechos sexuales no les corresponderían a todo individuo.

Otro aspecto resaltante es que países como Guatemala y Paraguay, definen el término género como aquel que se refiere sólo al hombre y mujer.

- Específicamente sobre el tema del derecho a la no discriminación por orientación sexual, se pronuncian los países de Israel, Sudáfrica y Estados Unidos criticando que no se haya recogido expresamente este derecho.

Israel declara sobre el párrafo 46, que “hubiera preferido que se hiciera referencia explícita a los obstáculos especiales a los que ha de hacer frente la mujer a causa de su orientación sexual...”, agrega que siguiendo lo planteado

por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas entenderá por el término “otra condición” como que incluye la orientación sexual.

Sobre este tema, Israel ha tenido un desarrollo importante. En 1988, se reforma un artículo del Código Penal que prohibía las relaciones sexuales entre hombres. En 1992, se reforma la ley de igualdad laboral, determinando ilegal toda discriminación por motivo de orientación sexual en la contratación, promoción o despido. En 1993, se permitió la participación de homosexuales en las fuerzas armadas. En noviembre de 1994, la Corte Suprema resolvió un caso sobre beneficios sociales de una pareja homosexual, en este caso se le otorgó a la pareja de un empleado auxiliar de vuelo de EL-AL los mismos beneficios que a las parejas de los empleados heterosexuales²²⁹.

Por su parte, Sudáfrica declara que interpretara el párrafo 96 de la Plataforma de Acción, como que “incluye el derecho de estar libre de coerción, discriminación y violencia por motivo de la orientación sexual”. Este párrafo se refiere al reconocimiento de los derechos humanos de la mujer, como el derecho a tener control sobre su sexualidad, salud sexual y reproductiva y decidir libremente sobre estos temas, sin coerción, discriminación y violencia; entre otros aspectos.

Cabe resaltar que Sudáfrica, el 6 de mayo de 1996 aprobó su nueva Constitución que incluye en la sección nueve de la declaración de derechos, expresamente la prohibición de la discriminación por orientación sexual. Lo resaltante, es que fue el primer país que incluyó en su Constitución la protección de la orientación sexual.

²²⁹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS. *Secreto a Voces, Orientación Sexual y los derechos humanos de las mujeres*. EE.UU: IGLHRC, 1997, pp. 125 – 130.

Por otro lado, Estados Unidos se pronuncia sobre la interpretación del párrafo 46 de la Plataforma de Acción señalando que “mantiene una firme política de no discriminación por motivo de la orientación sexual y considera que la omisión de esa referencia en el párrafo 46 y en otros lugares de la Plataforma de Acción no justifica en modo alguno este tipo de discriminación en ningún país”.

La no discriminación por orientación sexual está prohibida actualmente en diversos Estados de este país, como en: California, Connecticut, Hawai, Massachussets, Minnesota, New Jersey, Rhode Island, Vermont, Wisconsin.

- Por otro lado, Malasia se pronuncia en contra de la inclusión de este derecho. Señala que si bien ha aprobado el párrafo 96 no significa que “apoye la promiscuidad sexual, ninguna forma de perversión sexual o la conducta sexual basado en la homosexualidad, el lesbianismo” ²³⁰ .

- Después de la Conferencia

Posteriormente a la Conferencia Internacional sobre la mujer se desarrollan otras reuniones que versaron específicamente sobre el tema de la no discriminación por orientación sexual.

En Cocoyoc, México del 15 al 18 de noviembre de 1998, se reunieron representantes de organizaciones que luchan por los derechos humanos y salud de las mujeres a fin de evaluar los logros de Programa de Acción de El Cairo.

²³⁰ CONFERENCIA EPISCOPAL PERUANA. *Género: Alerta Global. Reservas al Documento final y a la Plataforma de Acción de Beijing*. Lima :Conferencia Episcopal peruana, 2002, p. 5 – 30 y PLATAFORMA DE ACCIÓN DE BEIJING, Capítulo 5, pp. 186 – 209.

Critican y proponen lo siguiente ²³¹ :

- Proponen que las políticas presupuestarias se dirijan a la reducción de la deuda, y al aumento del gasto social. La desigualdad económica agudiza las desigualdades de género, siendo las mujeres las más afectadas.
- Proponen la conformación de alianzas entre organizaciones de mujeres, ONG que luchan por los derechos sexuales y reproductivos y salud sexual y reproductiva, gobiernos, organismos internacionales, bancos de desarrollo y el sector privado; con el objetivo de lograr beneficios mutuos, y que alcance cada aliado sus metas y obligaciones con respecto al desarrollo equitativo y sostenible. En especial que contribuyan a la implementación de programas sobre los derechos y salud sexuales y reproductivos. Proponen que los gobiernos, organismos internacionales y donantes, apoyen económicamente a las mujeres a fin de que incrementen su capacidad organizativa.
- Sobre los temas de equidad e igualdad, señalan que todas las políticas sobre estos temas deben ser evaluados antes de su puesta en práctica para determinar sus posibles repercusiones en la equidad e igualdad. Por un lado, la equidad exige que todos sin distinción de raza, género, edad, orientación sexual, estado civil, discapacidad o cualquier otra condición, tengan acceso a los recursos y servicios. Por otro lado, la igualdad exige la redistribución del poder entre hombres y mujeres, tanto en temas económicos, de derechos, y de participación política.

²³¹ CLADEM. *Informe de la Conferencia. Desarmando la crítica: El Cairo, cinco años después.* México:CLADEM, 1998, pp. 232-240.

- Exigen a los gobiernos y a los organismos internacionales, que trabajen junto con las organizaciones que tienen como meta los derechos humanos y salud de las mujeres; a fin que se mejoren los mecanismos de rendición de cuentas, consulta, participación.
- Sobre el tema de equidad de género señalan que deben basarse en el reconocimiento de las necesidades específicas de las mujeres y que debe tener como meta la redistribución del poder entre hombres y mujeres sea en el ámbito económico, de derechos, participación política y relaciones personales.
- Reafirman el reconocimiento de los derechos sexuales como derechos fundamentales. Señalan que los derechos sexuales incluyen los siguientes derechos de la mujer: a la integridad corporal, al placer, a controlar y decidir sobre su vida sexual, a la información y a la protección sobre su salud sexual, al derecho a la no violencia, discriminación y persecución, incluso por motivo de, orientación sexual. Para esto proponen que los gobiernos creen leyes que prohíban y sancionen todo tipo de violencia y discriminación, incluyendo aquellos que se basan en la orientación sexual, condición de refugiada, edad, estado civil, etc. Además de crear mecanismos de denuncia de estos actos negativos.

Además, sostienen que debería incrementarse el apoyo económico para el desarrollo de actividades que tengan por objeto el respeto y defensa de los derechos sexuales.

Así como la inclusión de temas como sexualidad y salud sexual, en la capacitación de los trabajadores de salud.

También proponen que se implemente un marco legal adecuado que proteja los derechos sexuales y la formación de parejas distintas a los reconocidos por la ley.

- Sobre la salud sexual y reproductiva, proponen el aumento de recursos que los gobiernos y donantes asignan a estos sectores, a fin de lograr servicios de salud eficaces, de buena calidad, de alcance general. Señalan que la consignación de los recursos debe ser controlada por separado y en conjunto por el gobierno y por las organizaciones de mujeres.

En suma, como se ha señalado en el primer capítulo, los instrumentos internacionales analizados protegen de manera general el derecho a la no discriminación y algunos instrumentos específicos se dedican a regular la protección contra discriminaciones de distinto tipo por ejemplo de raza, de sexo etc. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos hace mención a la no discriminación por orientación sexual.

Este derecho específico no podría protegerse a través de las normas que regulan la no discriminación por sexo, puesto que no busca el reconocimiento de otro tipo de sexo o la creación de un tercer sexo, sino que busca la protección contra la discriminación en esta determinada esfera social. Pero, aunque no hubiere una determinación expresa de este tipo particular de derecho, por la aplicación y protección de otros derechos sí regulados, se podría proteger contra la discriminación por orientación sexual, como por ejemplo a través del derecho general a la igualdad y a la no discriminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

1.4.4.1 Protección del derecho a la no discriminación por orientación sexual por la OIT y ACNUR

a) Oficina Internacional de trabajo

En su informe global sobre discriminación en el trabajo (OIT/03/19) se refiere a la discriminación por orientación sexual señalando:

Si bien algunas de las formas más flagrantes de discriminación en el trabajo pueden haber disminuido, muchas continúan existiendo y otras han adquirido formas nuevas o menos visibles... Por ejemplo, el efecto combinado de la migración, la redefinición de los límites nacionales... los crecientes problemas económicos y las desigualdades han exacerbado ciertos problemas como la xenofobia y la discriminación racial y religiosa. Más recientemente, nuevas formas de discriminación por discapacidad, VIH/SIDA, edad u orientación sexual se han convertido en una causa de preocupación creciente²³².

b) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados

De acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados se señala que “un refugiado es una persona que tiene un fundado temor de ser perseguido a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opinión política y que al encontrarse fuera del país de su nacionalidad no puede o no quiere, debido a ese temor acogerse a la protección de su país.” El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados a hecho un aporte de suma importancia al incluir dentro de su marco de protección a los homosexuales que sufren ataques, tratamientos

²³² <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/newsroom/hechos/discrima.htm> (revisado el 11/4/04)

inhumanos o una sería discriminación por motivos de su orientación sexual “con base en persecución basada en la pertenencia a un determinado grupo social” y que cuyos gobiernos no puedan o no quieran protegerlos; deben ser reconocidos como refugiados.

Cabe señalar que la función principal de ACNUR, es verificar que los Estados están cumpliendo sus obligaciones con respecto a los refugiados y solicitantes de asilo. Los Estados tienen la obligación de no expulsar ni devolver a refugiados o solicitantes de asilo al país en el que puedan correr riesgo, además los refugiados gozan del derecho al asilo en condiciones de seguridad y a tener los mismos derechos que cualquier otro extranjero ²³³ .

1.4.5 Pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos, del Comité de derechos económicos , sociales y culturales, el Comité de derechos del niño y de la Comisión de Derechos humanos, sobre el derecho a la no discriminación no orientación sexual

Cabe señalar, que en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión Interamericana es la que se encarga de recibir y conocer de las consultas realizadas sobre derechos humanos, y en el caso de los Pactos los que deben interpretarlos son los distintos Comités.

a) Comité de derechos humanos

El Comité de Derechos Humanos se pronuncia sobre las normas que penalizan las relaciones homosexuales, en su Comunicación No. 488/1992 sobre el caso Toonen contra Australia. Señaló que “los apartados a) y c) del

²³³ http://www.acnur.org/index.php?id_pag=30 (revisada el 10 de abril de 2004)

artículo 122 y el artículo 123 del Código Penal de Tasmania representan una injerencia en la vida privada del autor...”²³⁴. Así mismo se pronuncia sobre la correcta interpretación de los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, señala “el Comité se limita a observar que a su juicio, se debe estimar que la referencia al “sexo”, que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual”²³⁵.

Así mismo se pronuncia sobre la interpretación del artículo 26 en la Observación general 23:

El derecho a la no discriminación, reconocido en el párrafo 1 del artículo 2, en el disfrute de los derechos amparados por el Pacto se aplica a todas las personas que se encuentren en el territorio o bajo la jurisdicción de un Estado, independientemente de que esas personas pertenezcan o no a alguna minoría. Además, en virtud del artículo 26 existe el derecho concreto a la igualdad ante la ley, a la igual protección de la ley y a la no discriminación respecto de los derechos reconocidos y las obligaciones impuestas por los Estados. Este derecho rige el ejercicio de todos los derechos, ya sea que estén amparados o no en virtud del Pacto.

En la decisión del Comité en Young contra Australia (CCPR/C/78/D/941/2000 18 de septiembre de 2003, Caso Nº 941/2000: Young contra Australia), el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha recomendado al gobierno australiano reconocer el derecho a pensión de viudez a las parejas homosexuales.

La opinión del Comité es que el gobierno australiano debía reconsiderar la solicitud de pensión del señor Young, sin discriminación basada en su orientación sexual, aun reformando la ley federal, si fuere necesario, dado que

²³⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación No. 488/1992, párrafo 8.2.

²³⁵ Ibid, párrafo 8.7.

el no reconocerle este derecho –pensión de viudez- viola el artículo 26 del Pacto, que protege la igualdad ante la ley (el Estado Parte no había ofrecido argumentos acerca de cómo una distinción entre los/as compañeros/as del mismo sexo, que son excluidos/as de los beneficios de pensión según la ley, y las parejas heterosexuales no casadas, a las que se les garantiza este beneficio, fuera razonable y objetiva).

Esta decisión confirma el sentido de la decisión del Comité en *Joslyn c. Nueva Zelanda*, que a pesar de declarar que el derecho al matrimonio se limitaba a las parejas entre un hombre y una mujer, limitar el reconocimiento de los efectos patrimoniales de las parejas de hecho a este tipo de parejas, violaba el artículo 26 del Pacto.

b) Comité de derechos económicos, sociales y culturales

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pronuncia a partir de los reportes presentados por los Estados partes, reconociendo la protección que da ese tratado a las personas con respecto a la discriminación basada en su orientación sexual.

Así lo señala en sus informes:

- Hong Kong, China (21/05/2001. E/C.12/1/Add.58)
 - D. Principales temas de preocupación:
La falla de la HKSAR en prohibir la discriminación por orientación sexual y edad...”.
- Suecia (30/11/2001. E/C.12/1/Add.70) se menciona lo siguiente:
 - B. Aspectos positivos:
 - ...5. El Comité...le da una cálida bienvenida a la adopción del Plan de Acción Nacional para combatir el Racismo, la Xenofobia, la Homofobia y la Discriminación, a principios del año 2001.
 - 8. El Comité reconoce que existe en el país un número de defensoras/es del pueblo, que atienden aspectos diferentes de los derechos humanos, enfocados en temas de discriminación. El

Comité le da la bienvenida a la creación de la Oficina de Defensoría contra la Discriminación por Orientación Sexual....

- Trinidad y Tobago, (05/06/2002 , E/C.12/1/Add.80) se señala:

Principales motivos de preocupación:

...14. El Comité está preocupado por la falta de legislación antidiscriminatoria, específica y comprensiva en el Estado-Parte. El Comité está preocupado en particular porque la Ley de Igualdad de Oportunidades no provee protección a los individuos con base en la orientación sexual, edad, condición VIH/SIDA, entre otros.

E. Sugerencias y recomendaciones:

37.El Comité recomienda que el Estado-Parte tome medidas legislativas y otras medidas efectivas para eliminar la discriminación, de acuerdo con el artículo 2.2 del Convenio. En particular, el Comité desea animar al Estado a ejecutar políticas proactivas para promover los derechos individuales, especialmente en relación con la orientación sexual y condición de VIH/SIDA....

- Finlandia (22/11/2000. E/C.12/2000/SR.63)

El Comité se pronuncia sobre los efectos patrimoniales y sobre el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales que tiene el principio de la no discriminación, señala:

7.El Sr. Hunt preguntó si el tema de las parejas homosexuales registradas estaba en la agenda política en Finlandia, si la discriminación por orientación sexual estaba prohibida legalmente y si, de ser ese el caso, persistía no obstante ello ¿Qué evidencias estadísticas poseía? ...

24.El Sr. Majuri (Finlandia) dijo que, en el nivel internacional, el modelo era que la legislación sobre registro de parejas homosexuales se desarrollara en tres etapas: despenalización, registro y garantía de los derechos de adopción. Hasta ahora, sólo Dinamarca había completado la tercera etapa, la cual estaba también en discusión en Holanda. La homosexualidad había sido despenalizada en Finlandia. La fase siguiente sería el registro de parejas homosexuales y las autoridades estaban preparando una propuesta en ese sentido para su consideración por el Parlamento. El registro tendría los mismos efectos legales que los matrimonios heterosexuales en los que intervienen la división de la propiedad al final de la relación y derechos de la herencia. ...

27.El Código Penal establece específicamente que la orientación sexual no se puede invocar como motivo para discriminar. Aunque

la Constitución no contiene previsiones específicas en este aspecto, la frase “u otras razones relativas a su persona” incluye la orientación sexual....

c) Comité de derechos del niño

Existen ciertas observaciones del Comité de los Derechos del Niño donde se observa la preocupación de los miembros de este Comité por las medidas que toman los distintos países respecto a la discriminación por orientación sexual, como en el 30º período de sesiones, en el examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención:

- Bélgica (CRC/C/15/Add.178 del 13 de junio de 2002)

18.-El Comité acoge con satisfacción el decreto de marzo de 2000 por el que se amplía el mandato del Centro de Igualdad de Oportunidades y Lucha contra el Racismo para incluir todas las formas de discriminación, incluida la discriminación por motivos de sexo, orientación sexual, nacimiento, estado civil, enfermedad, edad y discapacidad....

- Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte - Territorios de Ultramar (CRC/C/15/Add.135 del 16 de octubre de 2000)

26. El Comité recomienda que se revise la legislación interna de los Territorios de Ultramar para conseguir su conformidad completa con el artículo 2 de la Convención y para prevenir y reprimir las discriminaciones, en especial en materia de sexo, orientación sexual y circunstancias del nacimiento. En particular, los territorios deben modificar sus disposiciones legislativas para conseguir que los adolescentes varones gocen de una protección igual y adecuada contra los abusos y la explotación sexuales. El Comité recomienda además que se adopten todas las medidas apropiadas para reprimir la discriminación que tenga su origen en la asignación a unos y a otros de funciones sociales impropias y en la determinación consiguiente de actitudes sociales en relación con los niños que estén basadas en la condición sexual de éstos”.

d) Comisión de derechos humanos

La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en junio del año 2000, publicó una Carta donde manifestaba su voluntad de recibir denuncias de violaciones a los derechos humanos cometidas contra las personas por su orientación sexual, real o presunta ²³⁶.

El Relator Especial sobre la libertad de expresión estaría interesado en recibir información sobre minorías sexuales; habilidad para informar, discutir, hablar o hacer demostraciones sobre asuntos relacionados con minorías sexuales, representación por parte de los medios de comunicación sobre minorías sexuales; posibilidad de expresar públicamente la orientación sexual y la identidad de género (por ejemplo a través del vestuario, nombre de registro oficial, comportamiento público y privado). También solicitó información sobre el acceso a la información de interés público, de relevancia para minorías sexuales, incluyendo: información médica y de salud, derechos vigentes, legislación y mecanismos de protección, información sobre abusos y violaciones de los derechos de las minorías sexuales.

El Relator Especial sobre la independencia de jueces y magistrados, está interesado en recibir información sobre minorías sexuales: negación de acceso a representación legal; prácticas discriminatorias contra miembros de minorías sexuales dentro del sistema judicial, o dentro de las profesiones legales y fiscales (restricciones de entrada, discriminación en la promoción o despido, condiciones inequitativas de servicio, etc.); negación de un juicio justo;

²³⁶ MERENTES, José Ramón, Recurso de Interpretación Constitucional , Venezuela, texto enviado por el mismo autor .

interferencia en el proceso judicial; y hostigamiento o intimidación a jueces, abogados o fiscales en casos de minorías sexuales.

Los Relatores Especiales transmiten a los Gobiernos resúmenes de todos los casos comprendidos dentro de su mandato, pidiéndoles a los Gobiernos investigar dichas acusaciones; juzgar e imponer sanciones apropiadas a las personas culpables de la violación de derechos humanos; tomar medidas efectivas para prevenir la recurrencia de dichos actos y de compensar a las víctimas o a sus familiares de acuerdo con los estándares internacionales relevantes de derechos humanos. Así mismo, las demás Relatorías manifestaron ese mismo interés.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

2.1 Regulación del derecho a la no discriminación por orientación sexual en América del Sur y Central

A decir de Amnistía Internacional la defensa de los derechos de gays y lesbianas es un tema controversial, como cualquier otro implicado en el tema de los derechos humanos. Señala que, si se tolera la violación de los derechos de cualquier grupo minoritario se afectaría la entera estructura de protección de los derechos humanos, al violar en especial el derecho a la igualdad. Por otro lado, señala que la orientación sexual, al igual que el sexo y la raza, están relacionados directamente con la identidad humana y representa los deseos y expresiones más personales, por ende atañe a la esencia del ser humano ²³⁷ .

Según Denise Paiewonsky , los prejuicios sociales son la base de todo acto discriminatorio contra los homosexuales y nacen a raíz de la intolerancia frente a la diferencia y la diversidad. Señala que existen patrones que

²³⁷ AMNISTIA INTERNACIONAL. *El derecho a la propia identidad. La acción en favor de los derechos humanos de gays y lesbianas*. Madrid:Amnistía Internacional, 1999, pp. 13-14.

socialmente son valorados más que otros, es el caso de los paralelos hombre-mujer, blanco-negro, heterosexual-homosexual. Por ello la diferencia no se percibe como diversidad sino como desviación de la norma general y socialmente aceptada, que para nuestro tema sería la heterosexualidad. La existencia de dos categorías jerarquizadas es marco para que los prejuicios se manifiesten como legitimadores de la inferioridad de una de esas categorías y mantienen la subordinación de una sobre la otra. Según la autora, para que la sociedad se caracterice por la tolerancia y para que la justicia respete el derecho a la vida y a la dignidad debe realizarse lo siguiente:

- a) Todos los integrantes de la sociedad deben enfrentar y desmentir sus propios prejuicios aprendidos.
- b) Comprender que todos los prejuicios contra un grupo son parte de todo un sistema de opresión y por ende es necesario combatir todo tipo de discriminación ²³⁸.

La no discriminación por orientación sexual ha merecido la atención en algunos países de Latinoamérica, que han incluido en su normativa, leyes especiales contra este tipo de discriminación o han reconocido expresamente el derecho a la libre orientación sexual. Sin embargo, otros países como Puerto Rico, Nicaragua mantienen normas que penalizan las relaciones homosexuales.

En este apartado pasaremos a resumir la manera como está siendo legislado este derecho en los países de América Latina

²³⁸ PAIEWONSKY, Denise. *Homosexualidad y lesbianismo: una mirada desde los derechos humanos*, material mimeografiado, CLADEM, sin número.

2.1.1 Regulación Constitucional

a) Ecuador

Este caso es importante, porque Ecuador es el primer país latinoamericano que incluye en su Constitución Nacional la prohibición de discriminación por orientación sexual.

Su Constitución de 1998, en su artículo 23, inciso 3 señala que:

Todos las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole.

Por otro lado, el artículo 23.25 garantiza a la persona “el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual”²³⁹.

b) Argentina

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996) en su artículo 11 reconoce el derecho a la no discriminación por orientación sexual, señalando:

Todos las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condiciones psicofísicas, social, económica que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo²⁴⁰.

²³⁹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS. *Ha pasado ya el tiempo de la tolerancia. Orientación Sexual, mujeres y derechos humanos en América Latina y el Caribe 1995-1999*. San Francisco: IGLHRC, 2000, p.7.

²⁴⁰ Loc. Cit. y MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2001,p. 65.

c) Brasil

En algunos, Estados de Brasil (desde 1989) como Mato Grosso y Sergipe (Constitución 1989 artículo 3.2) se han incorporado en sus Constituciones la prohibición de actos discriminatorios, basados en la orientación sexual²⁴¹. La Constitución de Sergipe señala:

Artículo 3º Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei²⁴².

Los demás países de América, no incluyen expresamente una prohibición de este tipo en sus Constituciones. Pero puede entenderse incluida vía interpretación, en el derecho a la no discriminación o en una cláusula constitucional abierta, que diga “o cualquier otra índole”²⁴³.

2.1.2 Países que penalizan las relaciones homosexuales

a) Puerto Rico

La relación homosexual consentida entre adultos esta penada en Puerto Rico, en el artículo 103 del Código Penal vigente desde 1974 que señala:

²⁴¹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS. *Ha pasado ya el tiempo de la tolerancia. Orientación Sexual, mujeres y derechos humanos en América Latina y el Caribe 1995-1999*, op. cit, p.8.

²⁴² http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/editais/mp_sergipe_cons_sergipe.pdf (revisado el 14 de abril de 2004).

²⁴³ VASQUEZ SOTELO, Roxana y ROMERO BIDEGARAY, Inés . “Balance regional: ¿qué permanece y que ha cambiado”. En : *III Seminario Regional. Derechos sexuales y reproductivos. Derechos Humanos*. Lima:CLADEM ,2002, pp. 58-61.

Toda persona que sostuviere relaciones sexuales con una persona de su mismo sexo o cometiere el crimen contra natura con ser humano será sancionada con pena de reclusión por un termino fijo de diez años.

El Código español que regía en Puerto Rico antes del cambio de soberanía; ocurrido en 1898, no recogía este delito. Recién aparece esta figura en el Código Penal de 1902, cuyo artículo 278 señalaba que “toda persona culpable del infame crimen contra natura, cometido con un ser humano o con alguna bestia incurrirá en pena de reclusión de presidio por un termino mínimo de un año y máximo de diez años”. Este artículo es una reproducción de lo planteado en el Código Penal de California ²⁴⁴ .

En 1974 concluyó un proceso de reforma del Código Penal y se configuró la figura actual del delito de sodomía. Cabe señalar, que en el Anteproyecto original, no se incluía en la penalización las relaciones sexuales consensuales entre adultos, sin embargo esta postura no prosperó y se aprueba el contenido del actual del artículo 103.

El artículo 278 del Código Penal de 1902 se diferencia del artículo 103 del Código Penal de 1974 en lo siguiente:

- Se cambia de nombre al delito de infame crimen contra natura a sodomía.
- Se excluye el delito de bestialismo y se regula por separado (artículo 104).
- El artículo 103 mantuvo la prohibición del crimen contra natura y añade la prohibición de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo ²⁴⁵ .

²⁴⁴ DAVILA CABALLERO, José. “El Denominado estatuto de sodomía de Puerto Rico”. En: *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*. . Volumen 69:4:1185, 2000, pp. 1192-1194.

²⁴⁵ *Ibid*, pp. 1203-1206.

El actual artículo 103 contiene dos figuras:

1) La prohibición del acto contra natura.

El delito se configura con la penetración anal; aún la más leve, por el pene. El sujeto pasivo puede ser tanto hombre como o mujer. Se cumple el tipo penal aún si el acto hubiese sido consentido. Por otro lado, el artículo 103 determina una prohibición general para los sujetos casados o no.

Según Dávila Caballero, esta primera definición es limitada, porque podría prohibir conductas que aún el legislador o el tribunal no han especificado, pero que según el uso de los términos contra natura y sodomía podrían abarcar otras conductas como el sexo oral, la masturbación, hasta podría cuestionarse el sexo telefónico o cibernético como incluidos en la figura sexo contra natura ²⁴⁶.

2) Las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo

Esta segunda modalidad es más amplia y restrictiva que la anterior, en especial para los homosexuales que están prohibidos de realizar cualquier acto sexual, mientras que una pareja de hombre y mujer podrían (dependiendo de la definición contra natura) realizar el mismo acto.

Tanto las relaciones sexuales entre hombres, como entre mujeres esta prohibida y como no existe una determinación exacta del término relaciones sexuales, este artículo acarrea muchos problemas de interpretación. Por ende, el delito de sodomía y el crimen contra natura hacen referencia a la

²⁴⁶ Ibid, pp. 1206-1210.

realización de “actos”, pudiendo incluirse el acto oral u otros entre personas del mismo sexo o no²⁴⁷.

Cabe señalar que la Constitución del estado libre asociado de Puerto Rico de 1952, vigente, señala:

Artículo II - Carta de derechos

Sección 1. Dignidad e igualdad del ser humano; discrimen, prohibido.

La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la Ley. No podrá establecerse discrimen alguno por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas. Tanto las leyes como el sistema de instrucción pública encarnarán estos principios de esencial igualdad humana²⁴⁸.

En este artículo se protege el derecho a la igualdad de forma general, pero se limita el derecho a la no discriminación determinando una lista cerrada de causales prohibidas de discriminación, sin incluir la no discriminación por orientación sexual. Es muestra de que la prohibición de discriminación por sexo no incluye la de orientación sexual.

Se podría entender que la Constitución está permitiendo implícitamente un tipo de discriminación fuera de los prohibidos expresamente o que otro tipo de discriminación no está prohibida, en el sentido que no será reprimida, como por ejemplo los actos o normas discriminatorias contra los homosexuales. Esto demuestra la importancia del contenido constitucional sobre el tema de igualdad y no discriminación, ya que siendo la norma de más alta jerarquía impone una línea de actuación y sentido de la normatividad de un país.

²⁴⁷ Ibid, pp. 1210 –1217.

²⁴⁸ <http://www.lexjuris.com/lexprcont.htm> (Revisado el 24/12/03)

b) Nicaragua

En Nicaragua también se penaliza bajo la figura de sodomía las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. En el artículo N° 204 del Código Penal; reformado en 1992, se castiga la sodomía a quien “induzca, promueva, propagandice o practique en forma escandalosa el cubito entre personas del mismo sexo” ²⁴⁹ .

Así mismo el artículo 205 señala:

“El concubito entre personas del mismo sexo o contra natura constituye sodomía y los que lo practiquen en forma escandalosa ó ultrajando el pudor o la moralidad pública, sufrirán la pena de prisión de uno o tres años; pero si uno de los que lo practican, aun en privado, tuviere sobre el otro poder disciplinario o de mando como ascendente, guardador, maestro, jefe, guardián o en cualquier otro concepto que implique influencia de autoridad o de dirección moral, la prisión será para el de dos a cuatro años, lo mismo que cuando lo practique con un menor de quince años y se valga de fuerza o de intimidación” ²⁵⁰ .

Esta postura restrictiva contra los homosexuales, coincide con lo que señala la Constitución de Nicaragua en su artículo 27:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección, no habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social²⁵¹

Este artículo expresa una lista cerrada de causales prohibidas de discriminación. Se puede decir que sucede lo mismo que en Puerto Rico, la

²⁴⁹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS. *Ha pasado ya el tiempo de la tolerancia. Orientación sexual, mujeres y derechos humanos de América Latina y el Caribe 1995-1999*, op. cit. , p. 9 y COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS. *Secreto a voces. Orientación Sexual y los derechos humanos de las mujeres*, op. cit., p. 161.

²⁵⁰ [http:// www. Asamblea. Gob.ni](http://www.Asamblea.Gob.ni) (Revisado el 24/12/03)

²⁵¹ Loc . cit.

Constitución deja abierta la posibilidad de no reprimir o combatir actos discriminatorios que se motiven por causales distintas a las estipuladas.

c) Caribe Anglófono

Los países del Caribe Anglófono (excepto Bahamas) como Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, St. Kitts y Nevis, Sta. Lucia, St. Vincent y The Grenadines, Trinidad y Tobago; mantienen leyes que penalizan las relaciones sexuales entre personas adultas y con consentimiento.

En marzo de 1998, el Reino Unido ofreció la ciudadanía plena a los ciudadanos de los estados dependientes, con la condición que realicen reformas legislativas como la eliminación de la pena capital y aquellas normas que penalizan las relaciones homosexuales ²⁵² .

2.1.3 Progresos Normativos

a) Chile

Chile derogó el artículo 365 de su Código Penal en enero de 1999 (año en que entró en vigencia), dicho artículo penalizaba las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo, mayores de 18 años.

²⁵² COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS. *Ha pasado ya el tiempo de la tolerancia. Orientación sexual, mujeres y derechos humanos de América Latina y el Caribe 1995-1999*, op. cit., p. 9 y COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS. *Secreto a voces. Orientación Sexual y los derechos humanos de las mujeres*, op. cit., p. 161.

El artículo 365 del Código Penal; recientemente modificado, señalaba:

El que hiciere reo del delito de sodomía sufrirá de presidio menor en su grado medio. Se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo en presidio mayor en su grado medio al que cometiere el delito concurriendo algunas de las siguientes circunstancias:

1° Cuando se use fuerza o intimidación sobre la víctima y

2° Cuando se halle la víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa.

Se impondrá la pena de presidio mayor en su grado medio o máximo si el ofendido fuera menor de catorce años cumplidos, aun cuando no concorra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números del inciso anterior.

Estaba ubicado en el acápite número 6 titulado “Del estupro, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos”, y dentro de Título VII titulado “Crímenes y simples delitos contra el orden de familias y contra la moralidad pública”²⁵³.

Se castigaba la homosexualidad aunque el acto sea consentido. Además, se le consideraba un delito de acción pública, es decir no requería de querrela de parte. La pena era de prisión preventiva de libertad y el tiempo de duración fluctuaba de:

- De 541 días a 3 años (presidio menor en su grado medio)
- De 3 años a 5 años y 5 años y 1 día a 10 años.
- De 10 años y 1 día a 5 años y de 15 años y 1 día a 20 años.

En un principio el texto del presente artículo, sólo contemplaba el inciso 1°. Posteriormente, el 27 de setiembre de 1972, a través de la ley N° 17.727 se agrega el inciso 2° que contenía los numerales 1 y 2 actuales y un tercero que

²⁵³ CÓDIGO PENAL DE CHILE. Duodécima edición. Chile :ed. Jurídica de Chile, 1990, p.127.

señalaba “si el agredido es menor de catorce años cumplidos, aun cuando no concorra ninguna de las circunstancias indicadas en los números anteriores”²⁵⁴. Luego, por Decreto Ley N° 2.967 del 11 de diciembre de 1979, se suprime el numeral tres; antes citado y se agrega su contenido al artículo 365 como inciso tercero.

Según la jurisprudencia chilena estas dos modificaciones implicaban que el artículo 365 contemplaba dos situaciones:

- a) El inciso 1°, contemplaba la sodomía. Es decir el coito anal entre hombres libremente consentido, en el cual no existen víctimas sino copartícipes.
- b) El inciso 2°, contemplaba el caso de la sodomía forzada. En el que no existe consentimiento. En este caso existe un autor y una víctima, por ello la pena es mayor que en el inciso 1°.

Así mismo, según la jurisprudencia la sodomía era “contraria a la moralidad pública o a las buenas costumbres, aunque no termine con el orgasmo”²⁵⁵.

La sodomía era definida por la doctrina chilena como “el concubito realizado por los hombres por vía rectal... excluyendo del ámbito legal: la bestialidad (relación sexual con animales); la relación sexual entre mujeres (lesbianismo) y las practicas sexuales desviadas que no llegan al coito”²⁵⁶.

El objetivo de la penalización del delito de sodomía, no era defender el derecho a la libertad o pudor de la víctima, sino proteger a la sociedad “contra

²⁵⁴ Loc . cit.

²⁵⁵ VERDUGO MARINKOVIC, Mario. *Código Penal .Concordancias. Antecedentes históricos. Doctrina. Jurisprudencia.* Tomo III. Santiago de Chile: Ed. Jurídica Ediar – Conosur LTDA, 1986, p. 751.

²⁵⁶ Ibid, p. 749.

este vicio o si se quiere contra este pecado”²⁵⁷ . En suma, los bienes jurídicos protegidos por el delito de sodomía “eran la moralidad pública y el pudor público... el verdadero titular de la ofensa era la colectividad por la potencialidad corruptora que la sodomía encierra, por el peligro de que su contagio llegue a ser una plaga en la sociedad”²⁵⁸.

Como ya se ha señalado este delito se configuraba existiendo consentimiento o habiéndose actuado violentamente, en este último caso no sólo se iba contra la moral pública, sino que “se atenta contra los valores de pudor, honestidad y libertad personal, mereciendo lógicamente una pena mayor”²⁵⁹ .

Posteriormente, se despenaliza la sodomía mediante la ley del 23 de diciembre de 1998, que entra en vigencia en enero de 1999.

En la actualidad el artículo 365 expresa lo siguiente: “El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años en su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penalizado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”. Cuya última modificación se realizó el 12/07/1999 por ley 19617 (artículo 1, N° 10)²⁶⁰ .

Por otro lado, el actual artículo 37 del Código Penal (promulgado el 07/06/2001 y publicado el 22/01/2002) señala lo siguiente:

Sólo se consideran faltas graves lo siguiente:

...13) Abusar sexualmente, practicar sodomía o cometer cualquier abuso deshonesto”²⁶¹ .

²⁵⁷ BASCUÑAN VALDÉS, Antonio. *El delito de abusos deshonestos*. Santiago de Chile:ed. Jurídica de Chile, 1961, p.47.

²⁵⁸ Ibid, p. 143.

²⁵⁹ Loc. Cit.

²⁶⁰ www.bcn.cl/index2.html (Revisado el 24/12/03)

²⁶¹ Loc. Cit.

En suma, en la actualidad la ley chilena penaliza el abuso sexual contra natura a un menor de edad. Protegiéndose con esto los derechos personalísimos del menor y no el interés de la sociedad, como se configuraba en el código penal anterior a través del delito de sodomía.

b) Ecuador

En noviembre de 1997 , su Tribunal Constitucional declaró por unanimidad la inconstitucionalidad del inciso 1, artículo 516 del Código Penal de la República (resolución 106-1-97, publicada en el R.O. 203-S, 27-XI-97) que sancionaba las relaciones consentidas entre adultos del mismo sexo ²⁶².

Este artículo señalaba:

Artículo 516. - En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años.

Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo.

Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio, o institutores, en las personas confiadas a su dirección o cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años²⁶³.

c) México

En setiembre de 1999, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de México mediante reforma de su Código Penal, incluye en el artículo 281. b, la penalización de la discriminación por diversos motivos entre ellos la orientación

²⁶² COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS. *Ha pasado ya el tiempo de la tolerancia. Orientación sexual mujeres y derechos humanos en América Latina y el Caribe 1995 –1999*, op. cit, p.9.

²⁶³ <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/Codpenal.3.html#anchor1142407> (revisado el 14 de abril de 2004)

sexual. Se señala expresamente la penalización de la discriminación “por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen, posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud.”

Así mismo, en el artículo 201 ²⁶⁴ se señala que no debe de considerarse “corrupción de menores” la prevención y educación sexual por instituciones privadas o sociales y se elimina la exigencia de la “anuencia de la autoridad competente” quien revisaba previamente los programas de educación sexual en los colegios antes de ponerse en práctica ²⁶⁵ .

En el año 2003 se aprobó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación cuyo artículo 4 señala:

Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

²⁶⁴ Capítulo único Artículo 281 Bis.- Se impondrá pena de uno a tres años de prisión, de cincuenta a doscientos días multa y de veinticinco a cien días de trabajo en favor de la comunidad al que, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud: Provoque o incite al odio o a la violencia; En ejercicio de sus actividades profesionales, mercantiles o empresariales, niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho; Para los efectos de esta fracción, se considera que toda persona tiene derecho a los servicios o prestaciones que se ofrecen al público en general. Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas cuando dichas conductas tengan por resultado un daño material o moral; o Niegue o restrinja derechos laborales. Al que, siendo Servidor Público, incurra en alguna de las conductas previstas en este artículo o niegue o retarde a una persona un trámite o servicio al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo, y se le impondrá la destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta. No serán considerados como delitos contra la dignidad de la persona todas aquellas medidas tendientes a la protección de los grupos socialmente desfavorecidos. Este delito solamente se perseguirá por querrela de parte ofendida o de su legítimo representante. <http://www.worldpolicy.org/globalrights/sexorient/1999-df-antidiscrimination.html> (revisado en enero del 2004)

²⁶⁵ COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS. *Ha pasado ya el tiempo de la tolerancia. Orientación Sexual, mujeres y derechos humanos en América Latina y el Caribe 1995-1999*, op. cit. , p.7

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones²⁶⁶.

d) Colombia

Los principales avances en cuanto a la lucha contra la discriminación por orientación sexual son:

- En abril de 1998, la Corte Constitucional de Colombia por sentencia C-101-98 prohíbe la discriminación de alumnos, por motivo de su orientación sexual, en las escuelas religiosas.
- En setiembre de 1998 la Corte Constitucional de Colombia revocó la Ley de 1979 que permitía el despido de docentes por motivo de su orientación sexual²⁶⁷.
- La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (4/mayo/1999) en su informe N° 71/99- Caso 11. 656 se declara admisible el caso de una presidiaria lesbiana, a quien le niegan visita íntima de su pareja. En setiembre de 1994, Martha Lucía Álvarez solicita la visita íntima de su pareja femenina. Se recibe el permiso de la oficina del Fiscal pero los administradores de la prisión lo rechazan. En el ámbito judicial, el juez señaló que denegarle dicha visita iba contra sus derechos reconocidos en la Constitución, pero prefirió no tomar acción señalando que no existían pruebas del actuar de la administración del penal. La Corte Suprema de Justicia declina aceptar el caso, al igual que la Corte Constitucional. La demanda ante la Comisión Interamericana de los derechos humanos, fue

²⁶⁶ Entrevista a Sergio Alan Villareal (Organización: Medios LGBT - Red Nacional de monitoreo y Respuesta a los medios)- Ver Anexo 2.

²⁶⁷ COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS. *Ha pasado ya el tiempo de la tolerancia. Orientación Sexual, mujeres y derechos humanos en América Latina y el Caribe 1995-1999*, op. cit. , p.7

interpuesta el 18 de mayo de 1996, la peticionaria alegaba la violación de los derechos consagrados en los artículos 5, 11 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en suma sus derechos a la integridad personal, honra e igualdad.

- El 22 de agosto del 2001, la Corte Suprema de Colombia, se pronuncia sobre un caso similar en el que se le niega a una reclusa lesbiana la visita íntima de su pareja. La Directora de la Reclusión de Mujeres de Risalda negó dicha demanda, alegando que no existía un lugar adecuado en ese centro carcelario para la realización de visitas lésbicas, agrega la directora que “las conductas homosexuales en el interior de un centro carcelario, comprometen, y atentan derechos generales que van en contravía de la misma sociedad”²⁶⁸.

La Corte Suprema argumentó que las “simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales o los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes” para limitar un derecho. Agrega al analizar la proporcionalidad de una medida, el grado de afectación de un derecho cuando se potencia la realización de otro, esto para evitar que una política vulnere o afecte la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad.

La Corte Suprema concluye ordenando a la directora del Reclusorio que adopte las medidas pertinentes para que a la accionante se le otorguen los mismos derechos y condiciones que a las reclusas heterosexuales, entre ellas el acondicionamiento de un lugar para las visitas íntimas lesbianas,

²⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN- SECRETARIA DE INVESTIGACIONES DE DERECHO COMPARADO . *Investigaciones*. TOMO ½ (2001). Buenos Aires: Corte Suprema de justicia de la Nación, p. 13.

bajo los principios de moralidad, higiene, seguridad, respetando los derechos de los demás reclusas y las menores que estén acompañado a sus madres reclusas ²⁶⁹ .

e) Venezuela

El reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (Decreto 3.235) que entró en vigencia el 25 de enero de 1999, recoge en el párrafo e, artículo 8, del capítulo III sobre “Principios Fundamentales del Derecho del Trabajo”:

Principio de no discriminación arbitraria en el empleo, por razones de género o preferencia sexual, condición social, raza, religión, ideología política, actividad sindical, o cualquiera otra fundada en criterios de relevancia incompatibles con el ordenamiento jurídico. Este principio comprenderá las discriminaciones que pudieren suscitarse con antelación al nacimiento de la relación de trabajo, tales como, entre otros supuestos, imponer como condición de admisión a la empresa el abstenerse del ejercicio de actividades sindicales o el someterse a exámenes de embarazo ²⁷⁰ .

f) Costa Rica

En julio del 2003, ante una consulta expresa del CIPAC (Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos) el Instituto Nacional de Seguros aceptó el registro como beneficiario/a principal de sus pólizas de vida a parejas del mismo sexo, manteniendo aún las restricciones en lo que a acceso a crédito se refiere.

²⁶⁹ Ibid, pp. 13 –14.

²⁷⁰ COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS. *Ha pasado ya el tiempo de la tolerancia. Orientación sexual, mujeres y derechos humanos en América Latina y el Caribe 1995-1999*, op. cit., p. 7 y <http://www.gobiernoonlinea.ve/docMgr/sharedfiles/reglamentoleyorgtrabajo.pdf> (Revisado en enero 2004)

La única normativa que específicamente se refiere a los derechos de las personas homosexuales y aquellas portadoras del VIH/ SIDA es la Ley General de SIDA (No. 7771) que establece en su artículo 48:

Quien aplique, disponga o practique medidas discriminatorias por raza, nacionalidad, género edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica, estado civil o por algún padecimiento de salud o enfermedad, será sancionado con pena de veinte a sesenta días multa.

Según el CIPAC “esta única disposición establece una sanción cuya severidad es menor que en otros delitos no referidos a discriminación de personas. Esto revela claramente el estado de desprotección e indefensión en que se encuentra la población gay/ lésbica y personas que viven con el VIH/SIDA (PVVIH/SIDA) y la discriminación existente, inclusive, en la única ley que les reconoce como sujetos /as de derecho”.

Sin embargo, el CIPAC señala que aún se mantienen normas discriminatorias por motivo de orientación sexual como:

Código Penal

Señalan que la homosexualidad es sancionada si se practica de “forma escandalosa” por personas mayores de 17 años (artículo 378 del Código Penal). Critican la utilización del término de “forma escandalosa”, pues como concepto abstracto queda sujeto a la interpretación de los jueces y policías, que muchas veces se basarán en prejuicios (artículos 156,161 y 167 del Código Penal).

Código de Trabajo

Indican que la discriminación laboral es más social, pues las normas no los discriminan expresamente. Sin embargo, el Código de trabajo, tampoco regula un mecanismo procesal para evitar o eliminar la discriminación por orientación sexual.

Ley de vivienda

En esta norma se discrimina a las personas homosexuales, porque el Programa de vivienda, determina que las personas que pueden acceder a un financiamiento deben tener un núcleo familiar tradicional heterosexual, es decir, esposo, esposa, concubino, concubina, hijos, hijas. Así se limita la posibilidad de que las personas homosexuales accedan a estos financiamientos.

Código de Familia

Señalan que esta norma no protege a los homosexuales en temas de sucesión, pues los que heredan en caso de sucesión intestada los bienes son los familiares, esposo o esposa.

Tampoco contempla la unión de personas del mismo sexo, como consecuencia de ello no tienen derecho al seguro social, herencias, pensiones, status migratorio y otros.

Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer

Criticán el contenido de toda la norma porque está basada en la heterosexualidad. También critican el artículo 7 ya que este “manifiesta que todo inmueble otorgado por programas de desarrollo social (de los que las

parejas del mismo sexo están excluidas), deberá inscribirse a nombre de ambos cónyuges en caso de matrimonio (los homosexuales no pueden contraer matrimonio), de la mujer en caso de uniones de hecho (las uniones entre homosexuales no son reconocidas por la ley)".

Así mismo, señalan que el artículo 17 que se refiere a la obligación del Estado a fomentar la educación mixta, la responsabilidad compartida de derechos y obligaciones familiares (definido desde la familia tradicional heterosexual) y de solidaridad nacional. Critican este artículo señalando que "el sistema educativo nacional invisibiliza completamente otros tipos alternativos de familia, lo que fomenta el rechazo y el odio a las diferentes manifestaciones de la sexualidad humana y dificulta los procesos de auto aceptación y defensa de derechos"²⁷¹ .

g) Argentina

El 17 de diciembre de 1996, se emitió la Ordenanza 6321 en la ciudad de Rosario, que prohíbe la discriminación; entre otros motivos, por orientación sexual.

Su artículo 1 señala:

En la ciudad de Rosario se reconoce y garantiza el derecho de ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tienden a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social económica o cualquier circunstancia que amplifique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. Se promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que limitando de hecho la igualdad

²⁷¹ MADRIGAL, Francisco y SUAREZ, Daria. *Diagnóstico situacional de la población gay /lésbica de Costa Rica*. Material proporcionado por CIPAC, 2003.

y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad²⁷².

Presenta el mismo contenido que el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

En 1996, se dicta en la Provincia de Río Negro la Ley 3055, su artículo 1 señala “reconócese la orientación sexual como derecho innato de las personas implícito en la Constitución Provincial...”. Agrega su artículo 2 “Toda vez que las leyes, decretos, ordenanzas o cualquiera de otra norma de carácter general, mencionen expresamente que no podrá discriminarse por naturaleza alguna, deberá entenderse que queda comprendida la orientación en dicha enunciación”²⁷³.

Además, el 13 de diciembre del 2002 se aprobó en la ciudad de Buenos Aires la Ley de Unión civil de parejas de hecho homosexuales o no²⁷⁴.

h) Brasil

El caso de Brasil es interesante, pues es uno de los países latinoamericanos que más ha avanzado en la protección de este derecho. Existen normas que expresamente condenan la discriminación por orientación sexual como por ejemplo: la Constitución del Estado de Sergipe (1989), La Ley

²⁷² MEDINA , Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Santa fe:Rubinzal Culzoni, 2001, p. 66.

²⁷³ Loc. Cit.

²⁷⁴ Artículo 1º.- Unión Civil: A los efectos de esta ley, se entiende por Unión Civil

a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual.

http://www.sigla.org.ar/union_civil_en_la_ciudad_de_buenos_aires.htm (revisado el 25-9-04)

Orgánica del Distrito Federal (1993), dos leyes ordinarias en el Estado de Río de Janeiro (1999 y 2000).

En el 2000 el Tribunal Supremo Federal se pronuncia en contra de la discriminación por motivos de orientación sexual.

En enero del 2002, el Poder Judicial por primera vez se pronuncia a través de una medida cautelar sobre la custodia de un menor otorgándosela a una persona homosexual.

En 1995 se presentó la Ley N° 1.151-A al Congreso Nacional de Brasil, solicitando se garantice la unión civil de personas del mismo sexo, a fin de que se protejan derechos como la propiedad, sucesión y beneficios sociales. Abarca dos objetivos principales: por un lado garantizar la no discriminación y por otro lado utilizar medidas de acción positiva a fin de que los homosexuales gocen de aquellos derechos que antes se circunscribían a los heterosexuales²⁷⁵.

Sin embargo, socialmente aún se manifiestan actos discriminatorios, así lo manifiesta Miriam Martinho, quien critica el maltrato familiar, educacional y laboral que sufren las lesbianas en Brasil por ejemplo al ser expulsadas de sus hogares por motivos de su orientación sexual, al ser obligadas por sus padres a recibir tratamiento psicológico, además los ginecólogos parten suponiendo la relación sexual de una mujer con un hombre, las escolares que manifiestan lesbianismo son expulsadas del colegio aduciendo motivaciones distintas al de la orientación sexual, los psiquiatras intentan que las lesbianas cambien su

²⁷⁵PIMENTEL, Silvia. "Los derechos (homo) sexuales y los derechos humanos". En: *CLADEM, Revista informativa*. Número 3, 2002, pp. 28-30.

orientación sexual; si bien estos son sólo ejemplos de actos discriminatorios contra lesbianas también pueden manifestarse contra los gays.

A su parecer, aunque no existan normas expresas que prohíban las relaciones sexuales entre mujeres, existen normas que pueden ser utilizadas; por ejemplo por los padres, que quieran separar a la pareja de lesbianas o por la misma policía u otras autoridades que reprime cualquier manifestación de cariño, como besos o abrazos. Ejemplos de estas normas son:

- Artículo 214 del Código Penal, que penaliza el ataque sexual violento.
- Artículo 216 que penaliza el ataque sexual utilizando medios fraudulentos.
- Artículo 218 sobre corrupción de menores.
- Artículo 219-222 sobre rapto.
- Artículo 233, sobre actos obscenos

Agrega la autora, que las leyes anti-discriminatorias promulgadas en lugares como Sao Paulo, Río de Janeiro, Salvador, que prohíben la discriminación por orientación sexual tienen un valor simbólico pues no penalizan dichos actos, es decir no los reprimen de modo contundente, por ello es difícil su aplicación en casos concretos.

Otros abusos que sufren las lesbianas es la pérdida de la custodia de sus hijos, además las parejas lesbianas no reciben los mismos beneficios sociales, pensiones, herencia que las parejas heterosexuales ²⁷⁶.

Como podemos apreciar en este resumen normativo, la evolución legislativa que protege el derecho a la no discriminación en América del sur y central ha progresado pero aún existe dicha discriminación en la práctica

²⁷⁶ COMISION INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS. *Secreto a voces. Orientación sexual y los derechos humanos de las mujeres*, op. cit, pp. 23-31.

Se puede analizar esta evolución sobre la base de tres factores:

- El año de aparición de la norma
- El tipo de ley que protege este derecho
- El alcance de la norma

Sobre el primer punto, se puede decir que es en la década de los 90 en que empieza esta evolución normativa. Esto es muestra del lento avance en cuanto a la protección de este derecho en América Latina, a comparación de la evolución legislativa en países europeos. Lo que no significa que la discriminación por orientación sexual no haya existido o haya sido de menor grado en América Latina, sino que otros factores han obstaculizado este progreso, por ejemplo: la gran influencia de la Iglesia Católica en el ámbito político, una sociedad de costumbres más conservadoras, más represión y sanción social para los homosexuales debido a estas ideas conservadoras, un lento desarrollo del reconocimiento de los derechos humanos por los gobiernos autoritarios que se han sucedido, etc.

En cuanto al segundo tema, las normas que mayormente se han utilizado para la protección de este derecho son: la Constitución, las normas penales, leyes especiales.

Lo interesante es que a pesar de que sólo un país especifica este derecho en su Constitución nacional, otros países que reconocen el derecho a la no discriminación de forma general en sus Constituciones, han implementado una protección especial de este derecho a través de normas penales o leyes específicas. Por otro lado, si bien las normas penales tiene el objetivo de desincentivar la realización de actos discriminatorios contra los

homosexuales, consideramos que una norma represiva no es la mejor solución para el cese de la discriminación por motivo de orientación sexual, una solución más favorable sería el combinar una política social de información y visibilización de los problemas, necesidades y situación de los homosexuales, para que la sociedad por sí misma comprenda la importancia y urgencia de la regulación de este tema y que provenga de ella el cese de estos actos discriminatorios.

Por último, se regula este derecho en normas de alcance regional, es decir cada estado del país a través de su Constitución o de alguna norma especial regula el tema y también a través de normas de alcance nacional como por ejemplo la Constitución y el Código Penal. Consideramos que el objetivo principal de la lucha por el reconocimiento de este derecho es que sea recogido en una norma de aplicación nacional.

En suma, la evolución normativa que presenta América Latina permite deducir la tendencia que se va formando a reconocer, respetar y proteger los derechos de los homosexuales.

Además, el que se hayan creado normas a favor de los derechos de los homosexuales, implica que estos han salido de la invisibilidad política y son ahora considerados objeto de protección, sus problemas son discutidos en el parlamento, entre los ciudadanos, en el Poder judicial. Esto es importante porque permite la visibilización de la situación de los homosexuales. Además el plano político se va ampliando para incluir la participación de los homosexuales y con esto el Parlamento se iría acercando más a la realidad social, que tiene como característica la pluralidad y permitiría crear leyes más justas e inclusivas.

Otra consecuencia favorable de este desarrollo normativo, es que los espacios de actuación de los homosexuales se van ampliando, en la medida que se les respeta y protege pueden acceder sin problemas a centros educativos, a cargos públicos, a la participación en organizaciones civiles etc. Saldrían del espacio limitado y marginado en el que actuaban como peluqueros, costureros, prostitutas etc. Se podría decir, que la marginación que la sociedad les impone, les impide acceder sin problemas a otros espacios de actuación. Así lo manifestó Lohana Berkins²⁷⁷, quien señaló que por su condición de travestí se le impidió estudiar en un centro educativo argentino. Sin embargo, señala que en la actualidad existen 20 travestis estudiando y esto gracias a una resolución que obligó a los colegios de Buenos Aires a aceptarlos. Pero como ya hemos señalado, los actos discriminatorios no van a cesar sólo por la existencia de una norma que los prohíba, el cambio que se busca es el cambio social en tanto es la sociedad la que debe empezar a tolerar y respetar las diferencias.

2.2 Regulación del derecho a la no discriminación por orientación sexual en España, la Unión Europea y Sudáfrica

Se ha elegido analizar con más detalle la normativa de la Unión Europea porque es la más desarrollada en el ámbito mundial en cuanto a la protección del derecho a la no discriminación por orientación sexual, tanto en el plano normativo como jurisprudencial.

²⁷⁷ BERKINS, Lohana. SeminarioTaller , Diversidad sexual y derechos humanos (Lima, 26 /marzo/2004).

Se está analizando la legislación española porque es un referente legal importante para muchos países de América Latina, que toman como ejemplo su normativa para la construcción de sus propias normas.

Finalmente se analizará la regulación constitucional sudafricana porque fue el primer país que reconoció en el ámbito constitucional el derecho a la no discriminación por orientación sexual.

2.2.1 España

Cabe iniciar este tema, explicando la regulación del derecho a la no discriminación en la Constitución española (CE). El artículo 14 recoge la prohibición de discriminación enumerando expresamente ciertas condiciones y dejando abiertas otras posibles prohibiciones mediante una cláusula abierta y señala:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal.

El Tribunal Constitucional señala que este artículo se refiere a la discriminación en su sentido peyorativo, pues la lista de condiciones expresados son aquellas diferenciaciones históricamente arraigadas en la sociedad, que han colocado a ciertos grupos en posiciones desventajosas y contrarias a su derecho o la dignidad (STC 128/1987 de 16 de julio)²⁷⁸.

²⁷⁸ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “El principio de igualdad y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento español”, op. cit. , p. 158.

Un trato diferenciador surgido en base a algunas de las condiciones específicas prohibidas en el artículo 14 CE debería merecer un análisis mucho más detallado y una fundamentación objetiva y razonable más rigurosa que en caso se tratara de una desigualdad general. Esta idea es afirmada por el Tribunal Constitucional (STC 128/1987 del 16 de julio) a partir de un caso de discriminación sexual señalando que es necesario “un cuidadoso análisis de las causas subyacentes en la diferenciación” ²⁷⁹ .

El artículo 14 implica el deber de los poderes públicos de tener una “actitud positiva y diligente” con el objetivo de corregir la situación discriminatoria, además en caso que se mantenga una norma discriminatoria en un lapso de tiempo razonable, los actos que permiten su permanencia deberán ser declarados inconstitucionales (STC Z16/1991 de 14 de noviembre) ²⁸⁰ .

Sobre el significado de la cláusula residual del artículo 14 CE, García Morillo se cuestiona si el efecto jurídico de estas causas no expresadas es igual al de aquellas que sí están expresadas. Considera que el legislador ha elegido formular expresamente unas condiciones y no otras, porque son especialmente odiosas y contrarias a la dignidad, o porque históricamente son las más frecuentes o por su profundo arraigo social o porque el grupo afectado se encuentra en una situación de real inferioridad. Esta lista no es cerrada, por la inclusión de la cláusula abierta o residual, pero estas condiciones por estar expresamente señaladas en el artículo 14 implicarían una protección reforzada. Un trato desigual por uno de los motivos expresamente señalados en el artículo

²⁷⁹ Ibid, p. 160.

²⁸⁰ Loc. Cit.

14 CE se convierte en sospechoso de ser discriminatorio, además su fundamentación objetiva ha de ser especialmente manifiesta.

La carga de la prueba no se invierte al que ejecuta un trato desigual por alguna de las causales expresamente prohibida, sino que se le exige un plus de fundamentación sobre la objetividad y razonabilidad del trato desigual. Esta perspectiva se basa en el “escrutinio especialmente riguroso” utilizado por el Tribunal Supremo de EE.UU. Además el artículo 14 C.E debe entenderse en un sentido dinámico, puesto que impone el objetivo de lograr una “igualdad real y efectiva” a través de distintas medidas ²⁸¹.

Rodríguez Piñero ²⁸² señala que la lista de causas específicas puede dividirse en dos tipos:

- a) Características biológicas, como la raza, el sexo, condiciones personales.
- b) Producto principalmente de las decisiones del sujeto, como la religión, opinión, condición social. En este tipo de causas se vincula la violación a otros derechos. Sin embargo esta segunda división, sirve para reforzar la protección de esos derechos impidiendo limitaciones o actos diferenciadores ilícitos. Además, en los casos de los derechos de libertad religiosa o de opinión, cuando sufren un perjuicio sistemático a estos derechos ya no es sólo una violación al derecho de libertad religiosa o de opinión, sino que es una discriminación.

Estas causales de discriminación tienen “carácter relativo” en dos sentidos, desde el punto de vista operacional:

²⁸¹ GARCIA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad”, op. cit, pp. 182-184.

²⁸² FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda, RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. *Igualdad y discriminación*, op. cit, pp.64 y ss.

- a) El concepto de cada una de ellas puede merecer interpretaciones muy amplias.
- b) La relatividad de las causales proviene del origen social de la conducta, es decir de las prácticas sociales que según el lugar y el tiempo se permiten, se debe tomar en cuenta la causal de discriminación según el desarrollo de la sociedad en el que ocurre el hecho.

Sobre la cláusula abierta del artículo 14 CE, el TC por sentencia 20/1981 del 11 de junio (en BOE del 16 y otras) ²⁸³ confirma el carácter abierto de dicha cláusula, que permite generalizar la prohibición de discriminación a otros supuestos no formulados expresamente. Señala que todo trato diferencial puede reconducirse en cuanto se refiere a una condición externa o intrínseca del sujeto.

Para el autor, esta idea es insuficiente, por ello se basa en lo determinado en los Tratados Internacionales para resolver este cuestionamiento. Señala que en los tratados internacionales se ha utilizado una fórmula general para cerrar el listado, pues la intención de los redactores no era aceptar cualquier motivo como causal de discriminación dentro de la cláusula general, sino referirse a “cualquier motivo de discriminación”. Con esto se trata de diferenciar el contenido de la cláusula general de discriminación con cualquier trato desigual irrazonable. Un ejemplo puede ser el artículo 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuya cláusula final no tenía la intención de incluir cualquier motivo de desigualdad, sino que se refiere a

²⁸³ Ibid, p. 237.

aquellos factores que junto con la raza o el nacimiento, etc., “condicionan la situación social de la persona” ²⁸⁴.

La expresión “o cualquier otra condición” surge para determinar una expresión que refleje aquellas otras condiciones (no expresamente formuladas) que puedan producir una situación social de inferioridad.

El término “status” de la versión inglesa, expresa de mejor manera aquella situación que ocupa una persona en la sociedad y que cuando es sistemáticamente desfavorable y depende de que una persona pertenezca a un grupo social caracterizado por una condición en común, se configura un supuesto de discriminación.

Los términos “situación”, “status” no hacen referencia a actos de diferenciación que no “repercuten globalmente en la posición que ocupa el individuo en la sociedad” ²⁸⁵ un supuesto así puede ser una desigualdad de trato prohibido pero no una discriminación. Los supuestos a los que se refieren estos términos, son casos de discriminación jurídica o social de grupos sociales o culturales especialmente desfavorecidos como grupo.

Rodríguez Piñero ²⁸⁶ se cuestiona sobre la posibilidad de la aplicación directa del precepto de no discriminación. Para ello analiza:

a) El grado de concreción del precepto

El artículo 14 CE es preciso en su precepto de igualdad y de no discriminación, pero de distinto modo. La igualdad (ante la ley y en la ley) es

²⁸⁴ Ibid, p. 238.

²⁸⁵ Ibid, p. 239.

²⁸⁶ FERNANDEZ LOPEZ , María Fernanda, RODRÍGUEZ PIÑERO , Miguel. *Igualdad y discriminación*, op. cit., pp. 251 –264.

suficiente para vincular la actuación de los poderes públicos, sí se puede elegir directamente el principio de igualdad frente a actos de los poderes públicos. En cambio la no discriminación presenta dos sentidos, uno delimitado y que sí puede ejecutarse directamente y otro menos limitado.

La expresión “sin que pueda prevalecer discriminación alguna”, limita la actuación de los poderes públicos, actúa hacia el pasado denegando aquello discriminatorio y hacia el futuro impidiendo nuevos actos prohibidos. Además, esta expresión incluye aquellas actuaciones que tienen como fin no sólo de eliminar dichas discriminaciones, sino imponer a través de medidas ciertos actos compensadores. Esto debe ser claramente esclarecido por un desarrollo infraconstitucional sea de la Administración y los Tribunales.

b) Sujetos destinatarios de la prohibición de no discriminación

Serían los poderes públicos, esto lo afirma el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la vinculación del principio de igualdad. Se discute si también incluye a los particulares en el respeto de este derecho. La doctrina general sostiene que los derechos fundamentales se refieren a derechos frente al Estado. Pero el autor señala, que los derechos fundamentales también se deben respetar en el marco negocial privado.

Por otro lado, se discute si la Constitución española incluye en el segundo inciso del artículo 14 la prohibición de la discriminación por orientación sexual o no. Chacartegui señala que esta prohibición debería incluirse al reconocer la existencia de grupos con una posición secundaria en la sociedad, pese al reconocimiento formal de igualdad general. Lo relevante en este tema es la calificación por el resultado en perjuicio de una persona o grupo, ya sea

esta discriminación directa o indirecta. El problema es que esta causa de discriminación no se determina específicamente en el inciso 2 del artículo 14 de la Constitución. Por tanto, cabe determinar si este tipo de discriminación se incluirá dentro de la cláusula “cualquier otra circunstancia personal o social”. Según la doctrina “bajo ningún concepto es admisible que las palabras condición, situación o status puedan ser utilizados para hacer referencia exclusiva a actos puntuales de diferenciación desfavorable, cuando estos actos no repercuten globalmente en la posición que el individuo ocupa en la sociedad, y que fuera de estas capas podrá haber desigualdad de trato e incluso podrá estar prohibida pero no se trata de discriminación”²⁸⁷, es decir la persona o grupo perjudicado es discriminado social y culturalmente.

Según Chacartegui, que sigue los planteamientos de Rodríguez Piñero, los homosexuales son un grupo que sufre de constante trato desfavorable a nivel estatal y social, por ello deberían considerárseles como un grupo discriminado “por razón de las circunstancias personales o sociales de sus integrantes” y ser incluidos en la protección del último inciso del artículo 14 de la CE²⁸⁸.

Esa interpretación, señala la autora, es avalada por los progresos legislativos en otras áreas del Derecho. Por ejemplo, a través del Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre se incluye en el Código penal en el título XV “De

²⁸⁷ CHACARTEGUI, JAVEGA, Consuelo. *Discriminación y orientación sexual del trabajador*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, p. 96.

²⁸⁸ *Ibid*, pp. 97-98.

los delitos contra los derechos de los trabajadores” en el artículo 314 ²⁸⁹, la orientación sexual como motivo prohibido y castigado (si se produce) de discriminación en el empleo.

Así mismo, los artículos 510 al 512 del Código penal; que se ubican en el capítulo V, sección primera titulada “De los delitos cometidos en ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la constitución”, castigan al que incita al odio y discriminación contra las personas de orientación sexual distinta, a los que difunden informaciones injuriosas sobre grupos que se unen debido a su orientación sexual, al encargado de un servicio público que deniegue una prestación a una asociación o persona por su orientación sexual, también al que en ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales le niegue una prestación a persona por su orientación sexual.

Señala la autora, que la Ley orgánica 10/1995 progresa en el objetivo de lograr la igualdad efectiva entre las personas, “Pretendiéndose así adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que ya no es la honestidad de la mujer... sino la libertad sexual de todas” ²⁹⁰. Agrega la autora que el Código penal no es el instrumento más adecuado para lograr la igualdad efectiva, pero puede contribuir a lograrla especialmente sancionando actos discriminatorios.

²⁸⁹ Código Penal España. - Artículo 314. Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serían castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses.

²⁹⁰ CHACARTEGUI, Consuelo. *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, op. cit. .p.98.

2.2.2 Unión Europea

a) El Tratado de Amsterdam

El Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999, modifica y reenumera los Tratados UE y CE; trata de confirmar formalmente el respeto de los derechos humanos.

El Tratado de Amsterdam se esfuerza por reforzar el principio de no discriminación, añadiendo dos disposiciones al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. El nuevo artículo 13, reformula lo planteado por el antiguo artículo 6 acápites a del Tratado de Roma y se complementa con el artículo 12, que hace referencia a la discriminación por motivos de nacionalidad. El nuevo artículo dispone que el Consejo podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Según Chacartegui “las razones de la inclusión pueden ser múltiples, habiendo destacado la doctrina en el papel que ha tenido en este proceso la constante actividad de las organizaciones de defensa de los colectivos homosexuales en Europa, lo que se ha reflejado también en la búsqueda de apoyo de las instituciones europeas”²⁹¹.

La autora señala que el problema del tratado es el procedimiento que debe cumplir el Consejo para tomar las decisiones sobre estos temas. Se señala en el artículo 13 que el Consejo es el facultado para tomar las decisiones sobre las acciones a seguir contra la discriminación, esto será adoptado por unanimidad, y esto produce un retardo en la toma de decisiones

²⁹¹ Ibid, p. 52.

porque existen en los diversos países parte normatividades de contenido distinto sobre el tema. Por ejemplo mientras que en Noruega, Dinamarca, Suecia, Holanda existe una amplia protección a los derechos de los homosexuales, todavía en Austria se criminaliza la homosexualidad.

Además el artículo 13 no señala una orden directa de cambio con respecto a la regulación interna de los países parte, ni obliga a las instituciones comunitarias, el artículo se expresa de modo poco firme cuando dice “el Consejo podrá actuar”. Además las facultades para que la Comunidad dicte normas se limita a ámbitos de competencia normativa que el mismo tratado ha delimitado.

A pesar de este problema, el Tratado ha sido un medio legal para que las distintas instituciones europeas entre ellas el Parlamento Europeo, desarrollen a través de distintos instrumentos normativos una protección más directa con el objetivo de eliminar la discriminación por orientación sexual. Por otro lado, el artículo 13 del tratado se enmarca dentro de los principios de la Unión, lo cual refleja un avance con respecto a la situación anterior y obliga a los Estados miembros adoptar medidas internas con el objetivo de recoger en sus ordenamientos esta causa de discriminación, y aunque no se haya impuesto este derecho en un marco de normativa constitutiva, sí ha demostrado su importancia pues ha sido parámetro director para resoluciones y normativas posteriores incluyendo la Carta de los derechos humanos de la Unión Europea.

b) Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, se aprueba en la reunión del Consejo Europeo en Niza, (diciembre del 2000). Se construye a través de la recepción de codificaciones internacionales, la jurisprudencia de los tribunales europeos, regulaciones y prácticas nacionales²⁹².

Es un modelo abierto de protección de los derechos fundamentales, pues protege los derechos de todas las personas, no sólo de los ciudadanos de la Unión. En tanto la Unión Europea podría lesionar los derechos de todas las personas, sea directamente a través del poder comunitario o indirectamente a través de los actos de los Estados miembros²⁹³.

La Comisión Europea, a través de una comunicación señala que la Carta sirve como patrón de interpretación para el tribunal, de los derechos fundamentales²⁹⁴.

Chacartegui analiza el Proyecto de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea del 5 de mayo de 2000, el artículo del Proyecto que protege el derecho a la no discriminación por orientación sexual; ha reunido en su esencia los aspectos planteados por el artículo 14 de la Carta de 1950 y en especial lo planteado por el artículo 13 del Tratado de Amsterdam. En opinión de la autora esto refleja la gran importancia del Tratado de Amsterdam pues ha llegado ha ser fundamento para la constitución de la Carta de derechos fundamentales, además de ampliar las causalidades

²⁹² WEBER,Albrecht. “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”. En: *Revista española de derecho constitucional*. Número 64, año 22, enero/abril 2002,p. 84.

²⁹³ Ibid, p. 87.

²⁹⁴ Ibid, p. 81 .

de discriminación. Señala que estas normativas reflejan la intención de la Unión Europea, y la voluntad de las instituciones comunitarias de elaborar un conjunto de normas que busquen erradicar todo tipo de discriminación y que reúnan en un mismo cuerpo normativo una salida común a este problema ²⁹⁵.

En su artículo 21 inciso 1 de la Carta señala que:

Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Este apartado se inspira en el artículo 13 del Tratado C.E., en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, referente al patrimonio genético. En la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con éste.

Otros derechos que protege y que tienen una relación directa con el derecho a la no discriminación son:

- Protege el derecho a la dignidad, planteando que la dignidad humana es inviolable y que deberá ser respetada y protegida (artículo 1).
- El artículo 4 prohíbe de la tortura y penas o los tratos inhumanos o degradantes.
- El artículo 7 recoge el derecho al respeto a la vida familiar y privada, al respeto al domicilio y a la correspondencia.
- El artículo 8 plantea la protección de datos de carácter personal.
- Se recoge también el derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia, según las leyes nacionales que regulen su ejercicio (artículo 9).

²⁹⁵ CHACARTEGUI, Consuelo . *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, op cit , p. 88.

Este artículo está basado en el artículo 12 del CEDH, a cuyo tenor: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. La redacción de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia. Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca.

- Se protege la libertad profesional y el derecho a trabajar.
- El artículo 18 garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. El texto de este artículo se basa en el artículo 63 del Tratado CE, que impone a la Unión el respeto de la Convención de Ginebra sobre los refugiados.
- El artículo 19 plantea la protección en caso de devolución, expulsión y extradición. El inciso 2 plantea que nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.
- El artículo 20 protege la igualdad ante la ley. Este artículo corresponde al principio que figura inscrito en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia consideró un principio fundamental del Derecho comunitario.

- El artículo 30 plantea la protección en caso de despido injustificado.
- El artículo 31 recoge el principio del respeto de condiciones de trabajo justas y equitativas; señala que todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones determinadas que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.
- La protección de la salud – plantea- que toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones adecuadas, y que todas las políticas y acciones de la Unión Europea garantizarán un alto nivel de protección de la salud humana (artículo 35).
- El artículo 54 recoge la prohibición del abuso de derecho en el sentido de que Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocido en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.

c) Pronunciamientos del Parlamento Europeo sobre los derechos de los homosexuales

El Parlamento Europeo contribuye a afirmar la protección de los derechos de los homosexuales en la Unión Europea. Por ejemplo, por resolución del 8 de febrero de 1994 (Resolución A-0028/94) pide los Estados miembros que supriman leyes que criminalizan y discriminan las relaciones homosexuales, pide a la Comisión de la Comunidad Europea que presente

una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales²⁹⁶.

Así mismo, a través de su resolución del 17 de setiembre de 1998, sobre la igualdad de los derechos de las personas homosexuales en la Unión Europea. En el que se señala que las “diferencias de trato planteadas en algunas legislaciones europeas son un obstáculo para el desarrollo eficaz de la política contra la discriminación por motivo de orientación sexual, como lo señala el artículo 13 del Tratado de Amsterdam; citándose el caso de Austria, reiterando el pedido para que elimine toda norma interna que implique una discriminación sobre este tema como lo señalado en el artículo 209 del Código Penal Austríaco sobre la edad mínima legal para mantener relaciones

²⁹⁶ A los estados miembros

5. Pide a los Estados miembros que supriman todas las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo;

6. Pide que las limitaciones de edad con fines de protección sean idénticas en las relaciones homosexuales y heterosexuales;

7. Pide que se ponga fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas;

(...)

A la Comisión de la Comunidad Europea

12. Pide a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales;

(...)

14. Opina que la recomendación debería, como mínimo, tratar de poner fin:

§ A la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales.

§ A la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres.

§ A toda forma de discriminación en el derecho laboral y relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el derecho penal, civil, contractual y comercial.

§ Al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su conocimiento y consentimiento, o a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos.

§ A la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia;

§ A toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños;

<http://www.felgt.org/ParlaEuropeo.htm> (revisado 1 de junio del 2004)

homosexuales”²⁹⁷. Sobre el mismo tema el Parlamento Europeo se había pronunciado el 8 de abril de 1997 señalando la necesidad que se eliminase todo tipo de discriminación contra los homosexuales, sobre todo en disposiciones relativas a la edad mínima en la legislación austríaca, en igual sentido se pronunció luego el 17 de febrero de 1998. La diferencia entre estas resoluciones y el fallo del 17 de setiembre de 1998 es que el precepto al que recurre el Parlamento es el artículo 13 del Tratado de Amsterdam, lo que significa que sí ha logrado determinar un cambio en el momento en que se resuelven casos sobre discriminación²⁹⁸.

Por otro lado, el 17 de diciembre de 1998, se dicta la resolución referida al respeto de los derechos humanos en la Unión Europea, que en su apartado 10 señala la imposibilidad de que países que no respeten los derechos humanos se adhieran a la Unión Europea, y pide que la Comisión y el Consejo tomen más importancia durante el lapso de negociaciones a temas como derechos humanos de las minorías, citando expresamente a las minorías étnicas, lingüísticas, religiosas y los homosexuales. En el mismo sentido se pronuncia la resolución del 16 de marzo de 2000, que destaca la influencia del Tratado de Amsterdam en la construcción del nuevo contexto jurídico y político, señalando la prevalencia de los derechos humanos, del Estado de derecho y de las libertades (artículo 6), lo que es requisito de permanencia (artículo 7) y adhesión (artículo 49), subrayando el papel del artículo 13 del Tratado de Amsterdam en la consagración del principio de igualdad y no discriminación²⁹⁹

²⁹⁷ Ibid , p.55.

²⁹⁸ Ibid, p.56.

²⁹⁹ Ibid, p.57.

La lucha de la Unión Europea contra la eliminación de todo tipo de discriminación, ha sido constante desde que se constituyó; el resultado de este tipo de esfuerzos es el determinado sobre la base del artículo 13 del Tratado de Amsterdam y que forma un triple conjunto de medidas para erradicar la discriminación en distintos ámbitos. Por decisión del Consejo del 27 de noviembre de 2000 (2000/78/CE), que establece un programa de acción para luchar contra la discriminación, en temas de igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El otro instrumento que forma este conjunto de medidas es la directiva del Consejo de fecha 31 de mayo de 2000 que se refiere a temas de no discriminación por origen étnico o racial. La decisión del Consejo del 27 de noviembre del 2000 (2000 /750/ CE) plantea un plan de acción comunitario destinado a apoyar a los países miembros en su lucha contra la discriminación.

Por un lado, la directiva 2000/78/CE plantea un marco general que obliga a los Estados a respetar la igualdad de trato independientemente de su religión o convicciones, discapacidades, edad u orientación sexual. Abarca distintos temas como acceso al empleo, promoción y formación de profesionales, condiciones de trabajo etc.

La decisión del Consejo 2000/ 750 / CE que establece el programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación señala en su preámbulo acápite 5, que las distintas formas de discriminación no pueden ser clasificadas por orden de importancia y son todas ellas igualmente intolerables. Determina el compromiso que deben cumplir los Estados miembros implementando medidas efectivas para lograr este objetivo. Se señala también la facultad de supervisión y evaluación de la concreción de los objetivos señalados, por la parte de la Comisión. Sobre el tema de no discriminación por orientación

sexual, expresamente señala en su artículo 1 “La presente Decisión establece, para el período comprendido entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2006, un programa de acción comunitario destinado a promover medidas de lucha contra la discriminación directa, indirecta basada en motivos de origen, racial o étnico, de religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual...”.

Este programa de acción tiene los siguientes objetivos:

- Mejorar la comprensión de las cuestiones relacionadas con la discriminación y evaluar la eficacia de las políticas y medidas prácticas.
- Aumentar la capacidad para prevenir y para enfrentarse a la discriminación.
- Promover y difundir los valores y prácticas en que se basa la discriminación, incluidas las acciones de sensibilización.

Sobre la ejecución del programa de cooperación con los Estados miembros señala que la Comisión garantizará la ejecución de las acciones comunitarias del programa, y que mantendrá periódicamente intercambios de opiniones con representantes de organizaciones no gubernamentales y con interlocutores sociales. También se faculta a la Comisión para supervisar periódicamente el programa de cooperación con los Estados miembros.

En el anexo del documento titulado “Indicaciones para la ejecución del programa” se señala en el acápite 1 los ámbitos de acción como son la no discriminación en la Administración Pública y por parte de ellas, en los medios de comunicación y por parte de ellas, la participación en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas, económicas y sociales, el acceso en condiciones de igualdad a bienes y servicios como vivienda, transporte,

ocio, deporte, el control eficaz de la discriminación incluso la múltiple, la difusión de información sobre los derechos de igualdad de trato y no discriminación, la integración en los demás ámbitos de las políticas y prácticas antidiscriminatorias.

Este conjunto de medidas se basan esencialmente en lo planteado por el artículo 13 del Tratado de Amsterdam, de esto se vislumbra la importancia de este Tratado que expresamente señala la no discriminación por orientación sexual. Por otro lado el esfuerzo de la Unión Europea por la erradicación de la discriminación se traduce en una serie de normativas y directrices que encaminan el logro de este objetivo; es importante señalar que un principio que dirige la Unión Europea se fundamenta en el hecho de otorgarle a todo tipo de discriminación el mismo valor, es decir todo tipo de discriminación es intolerable. Sin embargo, consideramos que la lista de los ámbitos de aplicación del programa de acción – antes citado- debería de ser una lista abierta y pasible de adaptación a cualquier cambio. La normativa no señala expresamente esto, pero a través de una interpretación sistemática del Programa de Acción se llega a la conclusión que su objetivo es de erradicación en general de todo tipo de discriminación y en todo ámbito, por eso señala en su acápite 5 del preámbulo que “La presente Decisión puede contribuir a establecer una estrategia global para luchar contra toda discriminación basada en distintos motivos...” .

Además, estas decisiones son un antecedente directo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reúne a todo el conjunto de derechos protegidos por a Unión Europea.

d) Normativa de los países miembros de la Unión Europea

1. Protección del derecho a la no discriminación por orientación sexual (según Informe IGHRC 1997³⁰⁰)

Dinamarca

- Código Penal (artículo 266, en 1987)

Eslovenia

- Código Penal (artículo 141, 1995)

España

- Código Penal (modificación por Ley orgánica 10/1995)

Finlandia

- Código Penal (sección 9³⁰¹,1995)

³⁰⁰ Informe de la IGLHRC de 1997, http://www.iglhrc.org/news/factsheets/antidis_es.html (revisado el 2002).

³⁰¹ Section 9 - Discrimination (578/1995)

A person who in his/her trade or profession, service of the general public, exercise of official authority or other public function or in the arrangement of a public amusement or meeting, without a justified reason

(1) refuses someone service in accordance with the generally applicable conditions;

(2) refuses someone entry to the amusement or meeting or ejects him/her; or

(3) places someone in an unequal or an essentially inferior position owing to his/her race, national or ethnic origin, colour, language, sex, age, family ties, sexual preference, state of health, religion, political orientation,

political or industrial activity or another comparable circumstance shall be sentenced, unless the act is punishable as industrial discrimination, for discrimination to a fine or to imprisonment for at most six months.

<http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E8890039.PDF> (Revisado el 13-08-04)

Francia

- Código Penal 1985 (artículo 225-1³⁰²)
- Código Laboral (enmiendas realizadas en 1986 y 1990).

Suecia

- Por el acta 1999:133, se prohíbe la discriminación por orientación sexual en el trabajo³⁰³.
- En mayo de 1999, se instaura una nueva área de la Defensoría del Pueblo llamada "The Ombudsman Against Discrimination on the Basis of Sexual Orientation". Esta oficina fue creada con el objetivo de combatir la homofobia en todo ámbito social³⁰⁴.

³⁰² Article 225-1(Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 art. 1 Journal Officiel du 17 novembre 2001) (Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 art. 4 Journal Officiel du 5 mars 2002) – "...Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des moeurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales...". <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/VisuArticleCode?commun=CPENAL&code=&h0=CPENALLL.rcv&h1=2&h3=38> (Revisado el 13-8-04)

³⁰³ **Section 1** The purpose of this Act is to counteract discrimination in working life on grounds of sexual orientation(...)

Direct discrimination

Section 3 An employer may not disfavour a job applicant or an employee by treating her or him worse than the employer treats, has treated or would have treated someone else in a comparable situation, if the disfavour is connected to sexual orientation.

Indirect discrimination

Section 4 An employer may not disfavour a job applicant or an employee by applying a provision, a criterion or a method of procedure that appears to be neutral but which in practice disfavours persons with a particular sexual orientation. However, this does not apply if the provision, criterion or method of procedure can be justified for a reasonable goal and the means are appropriate and necessary in order to achieve the goal.

<http://www.homo.se/o.o.i.s?id=1226>(revisado el 29-9-04)

³⁰⁴ <http://www.homo.se/o.o.i.s?id=1210> (revisado el 26-9-04)

- En el Código Penal se penaliza por el delito de difamación a quien insulta a alguien por motivo de su orientación sexual³⁰⁵.

Países Bajos

- Código Penal (enmienda del artículo 137 y 429 en 1991, para prohibir la discriminación por “orientación tanto heterosexual como homosexual”³⁰⁶).

³⁰⁵ Chapter 5 On Defamation

Section 5. Crimes mentioned in Sections 1-3 may not be prosecuted by other than the injured party. If, however, the injured party notifies the crime for prosecution, and if for special reasons prosecution is considered necessary in the public interest, a prosecutor may prosecute for(...)4. insulting behaviour towards a person with allusion to his or her homosexual orientation.(...)

Chapter 29 On the Determination of Punishment and Exemption from Sanction
Section 2 In assessing penal value, the following aggravating circumstances shall be given special consideration in addition to what is applicable to each and every type of crime:
7. whether a motive for the crime was to aggrieve a person, ethnic group or some other similar group of people by reason of race, colour, national or ethnic origin, religious belief, sexual orientation or other similar circumstance. <http://www.homo.se/o.o.i.s?id=1224> (revisado el 28-9-04)

³⁰⁶ Art. 137c. - He who in public, orally, or in writing, or by image, intentionally expresses himself in a defamatory manner about a group of persons on the grounds of their race, their religion or personal beliefs or their hetero- or homosexual orientation, is liable to a term of imprisonment of a period of not more than one year or a fine of the third category.

Art. 137d.- He who in public, either orally or in writing or by image, incites hatred of or discrimination against persons or violence against persons or their property on the grounds of their race, their religion or personal beliefs, their sex or their hetero- or homosexual orientation is liable to a term of imprisonment of not more than one year, or a fine of the third category.

Art. 137e. 1. - He who, for any reason other than giving factual information:

1°. makes public a statement which he knows or should reasonably suspect to be offensive to a group of persons on the grounds of their race, religion, or personal beliefs, or their hetero- or homosexual orientation, or incites hatred of or discrimination against people or violence against their person or property on the grounds of race, religion or personal beliefs, their sex or their hetero- or homosexual orientation;

2°. Sends someone, other than on his request, or spreads or, with the objective of publication or dissemination keeps in stock an object which he knows or should reasonably suspect to contain such defamatory statement; is liable to a term of imprisonment of not more than six months or a fine of the third category.

2. If the offender commits any of the offences, defined in this article, in his profession, and if, at the time of committing the offence, less than five years have passed since any previous conviction of the offender for any of these offences became irrevocable, he may be discharged from practicing that profession.

Art. 137f. - He who takes part in, or extends financial or other material support to activities, aimed at discrimination against persons on the grounds of their race, their religion, their personal beliefs, their sex or their hetero- or homosexual orientation; is liable to a term of imprisonment of not more than three months, or a fine of the second category.

Art. 137g. - He who, while practising his office, profession or business, intentionally discriminates against persons on the grounds of their race, is liable to a term of imprisonment of no more than six months or a fine of the third category.

Art. 429quater. - He who, while practising his office, profession or business, discriminates against persons on the grounds of their race, their religion, their personal beliefs, their sex or their hetero- or

2. Reconocimiento de otros derechos

- Las uniones homosexuales

Alemania

- A partir del 10 de noviembre de 2000 la Ley “Eingetragene Partnerschaft” vigente desde 1 de agosto de 2001, permite derechos sucesorios a los convivientes homosexuales³⁰⁷.

Bélgica

- “Ley de cohabitación legal”, introducido al Código Civil y aplicable desde el 4 de enero de 2000, equipara situación de los convivientes homosexuales³⁰⁸.
- El 30 de enero del 2003, se aprobó un proyecto de ley que permite el matrimonio de las personas del mismo sexo, con esto Bélgica se convierte en el segundo país, junto con Países Bajos, que permite los matrimonios entre homosexuales, excluyendo los derechos a la adopción y filiación³⁰⁹.

homosexual orientation, is liable to a term of detention of a period of not more than two months or a fine of the third category.

<http://www.lbr.nl/euroinfo/english/nondiscr.html> (revisado el 18-9-04)

³⁰⁷ VEGA MERE, Yuri. La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LII, #37, agosto, 2002, p. 249.

³⁰⁸ Ibid, p. 247.

³⁰⁹ http://www.alliage.be/03/03a1_mariage.htm (revisado el 18-9-04)

La ley del 13 de abril del 2003, en su capítulo II titulado “Modificaciones a las disposiciones del libro Iero. del código civil”, en su artículo 3 señala:

L'article 143 du même Code, abrogé par la loi du 31 mars 1987, est rétabli dans la rédaction suivante, et est déplacé vers le Chapitre I^{er} du Titre V du Livre I^{er} du même Code :

« Art. 143. - Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage. Si le mariage a été contracté entre des personnes de même sexe, l'article 315 n'est pas applicable». http://www.notaire.be/info/mariages/020_mariage_entre_personnes_du_meme_sexe_loi.htm (Revisado el 18-9-03)

Dinamarca

- “Registered Partnership Act ³¹⁰” (tiene efectos desde el 1 de octubre de 1989) permite el registro de uniones homosexuales, excluye la adopción ³¹¹.

España ³¹²

- No existe una ley estatal sobre las uniones de hecho. Pero sí existen normas locales.
 1. Cataluña - Por su ley 10/1998 del 15 de julio de 1998 regula las uniones homosexuales, no confiere el matrimonio ni la adopción ³¹³.
 2. Aragón – Por Ley 6/1999 del 26 de marzo de 1999, regula las uniones tanto heterosexuales como homosexuales, excluye la adopción ³¹⁴.

³¹⁰ 1. Two persons of the same sex may have their partnership registered.

(...) 4.-(1) The provisions of the Danish Adoption Act on spouses shall not apply to registered partnerships. However, a registered partner may adopt the other partner's child unless it is an adopted child from another country.

<http://www.civildir.dk/regler/regpartnership.htm> (Revisado el 28-8-04)

³¹¹ Ibid, p. 245.

³¹² El día martes 29 de junio del 2004 el Congreso Español aprobó iniciar en setiembre el trámite de una ley que permitiría los matrimonios homosexuales, reformándose los artículos pertinentes del Código Civil, esta ley entrará en vigor en enero del 2005. (El Comercio, página A29, 4 de julio del 2004). El 1 de octubre del 2004 se aprueba el Anteproyecto de Reforma del Código Civil donde se legalizan los matrimonios homosexuales, esta reforma podría entrar en vigor en los primeros meses del 2005, tras su debate en el Parlamento.(http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_3708000/3708106.stm revisado 1-8-04)

³¹³ VEGA MERE, Yuri. “La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales”, op. cit., p. 251.

La Ley 10/1998 señala: CAPÍTULO II. UNIÓN ESTABLE HOMOSEXUAL.

Artículo 19. La unión estable homosexual.

Las disposiciones de este capítulo se aplican a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-110-1998.html

(Revisado el 18-9-04)

³¹⁴ VEGA MERE, Yuri. “Homosexuales, matrimonio y adopción”. En: *Actualidad jurídica*. No. 122, año 2004, p. 17.

La ley 6/1999 señala:
PREÁMBULO

3. Navarra - El 3 de julio de 2000 puso en vigor la “Ley Foral 6/2000” para la igualdad jurídica de las parejas estables, incluyendo las parejas homosexuales³¹⁵.
4. Madrid - Ley 11 /2001 del 19 de diciembre de 2002, sobre uniones de hecho. se aplica sin importar la orientación sexual³¹⁶.

... Por otra parte, junto a la pareja estable heterosexual, otro fenómeno similar, aunque de naturaleza y consecuencias bien diferentes, el de la pareja homosexual en convivencia marital estable, está dejando de ser también algo extraño y marginal. El principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución, y que tradicionalmente ha constituido la esencia y base del Derecho civil aragonés, obliga al legislador a aceptar que toda persona tiene derecho a establecer la relación de convivencia afectiva más acorde con su propia sexualidad....

Artículo 1. Ámbito de aplicación.

La presente Ley será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ar-16-1999.html

(Revisado 18-9-04)

³¹⁵ VEGA MERE, Yuri. *La eclosión de las legislaciones protectoras de las uniones homosexuales*, op. cit., p.253 y TALAVERA, Pedro. *Las uniones homosexuales frente a la adopción*, op.cit, p. 81.

La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, señala:

Artículo 1. Principio de no discriminación.

En la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual.

Artículo 2. Concepto de pareja estable.

1. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

http://www.juridicas.com/base_datos/CCAA/na-16-2000.html (Revisado el 18-9-04)

³¹⁶ VEGA MERE, Yuri. *La eclosión de las legislaciones protectoras de las uniones homosexuales*, op. cit., p. 254.

Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

PREÁMBULO

...En definitiva, la aprobación de la presente Ley tiene su justificación, además, en el artículo 7 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en el artículo 14 de la Constitución Española que garantiza la igualdad de los españoles ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones, entre otras, de sexo, opinión o cualquier condición o circunstancia personal o social, el artículo 9 de la Constitución Española relativo a la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad evitando situaciones en que pueda producirse discriminación, así como en la Resolución de 8 de febrero de 1994, del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, que reitera *la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico con independencia de su orientación sexual...*

Francia

- Por la Ley Nº 99 -944 sobre el “Pacto Civil de Solidaridad”, se añade al Código Civil el artículo 515-1³¹⁷ que permite las uniones heterosexuales como homosexuales³¹⁸.

Finlandia

- Con la ley del 28 de setiembre del 2001, se introduce la regulación a este tipo de uniones³¹⁹.

Hungría

- Desde el 21 de Mayo de 1996 existe una ley de registro de uniones homosexuales³²⁰.

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES.

Artículo 1. Ámbito de aplicación.

1. La presente Ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

2. Esta Ley únicamente será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad de Madrid.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ma-111-2001.html

(Revisado el 18-9-04)

³¹⁷ Article 515-1(inséré par Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 art. 1 Journal Officiel du 16 novembre 1999)

Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/VisuArticleCode?commun=&code=&h0=CCIVILL0.rcv&h1=2&h3=222> (revisado el 13-08-04)

³¹⁸ VEGA MERE, Yuri. *La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales*, op. cit., p. 246

³¹⁹ VEGA MERE, Yuri. *Homosexuales, matrimonio y adopción*. Ibid, p. 15-17.

³²⁰ VEGA MERE, Yuri. *La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales*, op. cit, p. 246.

Países Bajos

- “Registration of Partnership” (vigente desde 1998) reconoce las uniones homosexuales y la adopción del hijo del concubino ³²¹.
- El Parlamento sanciona una ley (12 de setiembre de 2000) que entró en vigencia el 2001 que consagra el matrimonio entre homosexuales, la adopción y el acceso a las técnicas de reproducción asistida ³²².

Portugal

- A partir del 15 de marzo de 2001 varias Leyes garantizan derechos de las uniones homosexuales ³²³.

Suecia

- Promulga una ley para el registro de las uniones homosexuales (vigente desde 1 de enero de 1995), excluye la adopción y el uso de las técnicas de reproducción asistida ³²⁴.

³²¹ Loc cit.

³²² Ibid, p. 254.

Por Ley del 21 de diciembre del 2000, que entró en vigor el 1 de abril del 2001, se regula el matrimonio de las parejas homosexuales, señala:

Article 1, e

...1. Une mariage peut etre conclue entre deux personnes de sexe différent ou de meme sexe.

<http://perso.wanadoo.fr/ciec-sg/Legislationpdf/NL-Loi21dec2000-MariageDesPersonnesDeMemeSexe.pdf>

(revisado el 18-9-04)

³²³ Ibid, p. 248.

³²⁴ Ibid, p. 245.

- La adopción por homosexuales

Dinamarca

- El 2 de junio de 1999, a través de la ley 360, se modifica la Ley 372 que impedía la adopción, añadiendo un inciso en la sección IV permitiendo la adopción del hijo de la pareja³²⁵.

Países Bajos

- Por la Ley 10 (21 diciembre 2002) reforma el Libro I de su Código Civil permite a las parejas homosexuales adoptar.
- Por la Ley 9 (21 diciembre 2002), modifica el libro I del Código Civil permitiendo el matrimonio entre las personas del mismo sexo³²⁶.

Suecia

- A través del acta del 1 de febrero del 2003, se reconoce a las parejas del mismo sexo registradas, los mismos derechos que las parejas casadas en cuanto a la adopción³²⁷.

España

- La Comunidad Asturiana, aprobó el 17 de mayo de 2002 la “Ley autonómica de Uniones de Hecho” permite el acogimiento simple de menores para parejas de hecho sin importar su orientación sexual³²⁸.

³²⁵ TALAVERA, Pedro. *Las uniones homosexuales frente a la adopción*, op. cit, p.79.

³²⁶ Ibid, p. 80.

³²⁷ <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/01/62/17/664ab73b.pdf> (revisado el 28-9-04)

³²⁸ Ibid, p. 81.

- La comunidad de Navarra con la Ley foral 6/2000 del 3 de julio , en su artículo 8 permite que las parejas estables adopten de forma conjunta con los mismo derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio³²⁹ .
- Uso de técnicas de reproducción asistida

Bélgica

- La inseminación de las parejas lesbianas queda a discreción de las clínicas médicas de reproducción³³⁰ .

Gran Bretaña

- El médico es quien decide a quién aplicar dichas técnicas, en virtud de la “Ley de fertilización Humana y embrionaria” (1990)

La Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, señala:

CAPÍTULO III.MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA.

Artículo 8. Acogimiento familiar de menores.

Los miembros de una pareja estable podrán acoger a menores de forma conjunta siempre que la modalidad del acogimiento familiar sea simple o permanente, de acuerdo con la legislación aplicable. http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/as-14-2002.html (revisado el 18-9-04)

³²⁹ Artículo 8. Adopción.

1. Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio.

2. Se adecuarán las disposiciones normativas forales sobre adopciones y acogimiento para contemplar el modelo de familia formado por parejas estables. http://www.juridicas.com/base_datos/CCAA/na-16-2000.html

(Revisado el 18-9-04)

³³⁰ MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2001, op. cit, p. 114.

2.2.3 Africa del Sur

Cabe relatar brevemente como se fue estructurando la Constitución de 1996 que prohíbe la discriminación por orientación sexual.

Desde la unión de Sudáfrica en 1910 hasta 1944 han habido tres Constituciones: la de 1910, la de 1961, la de 1983. Se caracterizaban por no tomar en cuenta la diversidad étnica, cultural y lingüística de la sociedad; motivo por el cual se generaron muchas protestas violentas entre 1980 y 1990.

El proceso de cambio se inicia el 2 de febrero de 1990 en el que el Presidente F.W. de Klerk anunció el inicio de un proceso para lograr la democracia³³¹. La primera fase de este proceso se inicia el 27 de abril de 1994, en que entra en vigor la constitución de los derechos de las minorías. Existía el tema de que el poder de la mayoría perjudicaría a la minoría, por lo que era necesario controlar dicho poder, la solución fue determinar la supremacía de la Constitución sobre cualquier ley o acción. Otro tema relacionado a la protección de derechos, era la composición de los tribunales de justicia cuyos jueces en su mayoría eran hombres blancos, con una formación, experiencia, postura política específica, que podía entorpecer la protección de los derechos de las minorías. Esto se solucionó creando una Corte Constitucional que sería la última instancia en temas de interpretación protección y aplicación de las normas constitucionales. También se creó la Comisión de Servicios Jurídicos, que tendría la función de designar a los

³³¹ SARKIN, Jeremy. "Innovaciones de la Constitución interina y de la Constitución de 1996 de Sudáfrica". En: *La Revista*. Número 60, junio, 1998, pp. 97-99.

jueces, a fin de constituir tribunales independientes, representativos con respecto a las razas y sexos ³³² .

Por primera vez en la historia Sudafricana una Constitución tenía un capítulo sobre los derechos fundamentales. El capítulo 3 de la Constitución interina se refería a los derechos humanos; realzando su importancia mediante el artículo 7, inciso 2 que señala: “Este capítulo se aplicará a todas las Leyes en vigor y a todas las decisiones administrativas tomadas y actos realizados durante el período de vigencia de la presente constitución” ³³³ .

El artículo 8 recoge el derecho a la igualdad. Es importante porque consagra la igual protección para todos, yendo en contra especialmente de la opresión racial que imperaba.

En el inciso 2 de este artículo se prohíbe :

la discriminación por motivos raza, sexo, origen social, étnico, color, orientación sexual, edad, discapacidad, religión, conciencia, creencia, cultura o idioma.

El inciso 3, exoneraba del control constitucional a las “medidas destinadas a lograr la protección adecuada y el progreso de las personas, grupos o categorías que han experimentado desventajas por una discriminación injusta” ³³⁴ .

La segunda y última fase de transición empezó en 1997, cuando entró en vigor la Constitución definitiva (adoptada el 8 de mayo de 1996) redactada por una Asamblea Constituyente elegida por el pueblo. La Asamblea Constituyente tuvo dos años para negociar el contenido de la Constitución

³³² Ibid, pp. 99-100 .

³³³ Ibid, p. 100.

³³⁴ Ibid, p. 101.

definitiva, se facilitó la participación de la población mediante la realización de audiencias públicas, líneas telefónicas abiertas, internet, opiniones verbales o escritos. Finalmente el 8 de mayo de 1996, el Parlamento adoptó el texto final que fue puesto a consideración entre el Tribunal Constitucional y ante la población en general, que expresó sus objeciones.

El 11 de octubre de 1996 la Asamblea Constituyente volvió a pronunciarse a favor del texto constitucional, recibió las objeciones entre el 18 y 20 de noviembre de 1996 y falló unánimemente a favor el 4 de diciembre de 1996. La Constitución definitiva entró en vigor el 4 de febrero de 1997³³⁵. Esta Constitución incluye un mayor número de derechos que la constitución interina y amplía la vinculación a los particulares y personas jurídicas. En cuanto al derecho a la igualdad, se refuerza lo contenido en la Constitución interina, incluyendo tres supuestos prohibidos de discriminación: embarazo, estado civil, nacimiento. Incluye la protección del derecho a la igualdad ante la ley; por ende esta constitución exige más que solo la igualdad formal ante la ley³³⁶.

Con esta Constitución (promulgada a través de la Ley N° 108) Sudáfrica se convirtió en el primer país del mundo en incluir la discriminación por orientación sexual como una categoría de protección dentro de su Constitución. En el Capítulo 2, en la sección 9 de la declaración de derechos de su Constitución establece:

(1) Todas las personas son iguales ante la ley y tienen el mismo derecho a recibir protección y beneficios legales.

(2) La igualdad incluye el pleno e igualitario disfrute de todos los derechos y libertades. Para promover el logro de la igualdad, se pueden tomar medidas legislativas y de otro tipo que protejan o mejoren la situación de personas, o categorías de personas, que se encuentren en desventaja debido a la discriminación injusta.

³³⁵ Ibid, pp. 111-112.

³³⁶ Loc. cit.

(3) El Estado no puede discriminar injustamente en forma directa o indirecta a ninguna persona sobre la base de uno o más criterios, entre los que se incluyen la raza, el género, el sexo, el embarazo, el estado civil, el origen étnico o social, el color, la orientación sexual, la edad, la discapacidad, la religión, las creencias, la cultura, el idioma y el nacimiento.

A parte de esta normativa de alcance general, se plantea también una cláusula de ámbito privado que señala:

(4) Ninguna persona puede discriminar injustamente a otra en forma directa o indirecta sobre la base de uno o más de los criterios enunciados en el párrafo 3. Se deben promulgar leyes nacionales que impidan o prohíban la discriminación injusta.

Señala también que toda discriminación debe ser motivada para que pueda ser considerada como justa:

(5) La discriminación basada en uno o más de los criterios enunciados en el párrafo 3 es injusta a menos que se establezca que se trata de una discriminación justa.

Así mismo, se ha reconocido la discriminación económica que sufren los homosexuales, por ello se otorgan a las parejas del mismo sexo los mismos beneficios que a los matrimonios heterosexuales, en temas de seguros de salud y vida. Los otros países de África aun luchan por la protección de este y otros derechos a favor de los homosexuales ³³⁷.

La Corte Constitucional de Sudáfrica a través de la sentencia del 9 de octubre de 1998, se pronuncia sobre la constitucionalidad de las normas que tipifican el delito de sodomía.

³³⁷ KLUGMAN, Bárbara. “Los derechos sexuales en el África del sur: ¿discurso de Beijing o necesidad estratégica”. En: *Derechos sexuales y reproductivos aportes y diálogos contemporáneos*. Lima: Flora Tristán, 2001, p. 197.

Se le solicita a la Corte Constitucional que confirme una sentencia dada por la Witwatersrand High Court en la cual se determinaba que las siguientes normas eran inconstitucionales e inválidas: el delito de sodomía del common law, la inclusión de la sodomía en los Anexos de la Criminal Procedure Act 51 de 1977 y de la Security Officers Act 92 de 1987 y la sección 20 A de la Sexual Offences Act 23 (1957), que prohibía las relaciones sexuales entre hombres en determinadas circunstancias ³³⁸. En su sentencia la Corte Constitucional de Sudáfrica, señala que dichos delitos que tienen como objetivo prohibir las relaciones sexuales entre hombres homosexuales, violan el derecho a la igualdad y discriminan a esas personas por motivo de su orientación sexual. Sostiene que este tipo de discriminación es injusta, porque la Constitución expresamente prohíbe la discriminación por orientación sexual. Además, al penalizar las relaciones íntimas de las personas homosexuales, se “devalúa y degrada” a esas personas, constituyéndose una violación a su derecho fundamental a la dignidad. Así mismo, se viola su derecho constitucional a la privacidad, al penalizar una conducta privada y voluntaria que atañe a la esfera más íntima de la persona ³³⁹.

Sobre el tema de la adopción, se pronuncia la Corte Constitucional de Sudáfrica el 10 de setiembre del 2002. Las peticionantes eran una pareja de lesbianas que solicitaron al Tribunal de Menores de Pretoria la adopción de hermanos de distinto sexo. En base a las normas contenidas en la Child Care Act, que sólo permite las adopciones conjuntas a las parejas casadas, el Tribunal de Menores sólo otorgó los derechos de custodia y tutela a uno de los

³³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Investigaciones*. Tomo 2 (1998), op. cit., p 262.

³³⁹ *Ibid*, pp. 262 – 263.

miembros de la pareja. Las peticionantes elevaron una solicitud al High Court de Pretoria e impugnan la constitucionalidad de ciertas normas de la Child Care Act, y de la Guardianship Act, sostenían que esas normas las discriminaban en base a su orientación sexual y estatus matrimonial, violentaban la dignidad de la peticionante a quién no se le otorgaron derechos a través de la sentencia anterior y violan el principio constitucional por el cual se determina la primacía del interés del menor. En su sentencia la High Court señala que las dos leyes violaban derechos constitucionales y autorizaban a las parejas homosexuales la adopción en forma conjunta.

La Corte Constitucional de Sudáfrica confirmó la sentencia anterior, señalando que dichas normas al permitir que sólo las personas casadas adopten en forma conjunta; discriminaban en base a la orientación sexual y al status matrimonial, al negarle a uno de las peticionantes su reconocimiento como progenitor de los niños, se violenta su derecho a la dignidad. Así mismo, dichas leyes violaban el principio de la primacía del interés superior del niño. La Corte Constitucionalidad dispone que la legislación debe permitir la adopción conjunta por parte de las parejas homosexuales, en caso demuestren ser padres aptos ³⁴⁰.

2.3.4 Regulación en otros países

a) Protección legal del derecho a la no discriminación por orientación sexual³⁴¹.

³⁴⁰ Ibid, 363.

³⁴¹ Informe de la IGLHRC de 1997 , http://www.iglhrc.org/news/factsheets/antidis_es.html (revisado el 2002).

Australia

- Acto federal australiano sobre la privacidad sexual (protección legal a la realización de actos sexuales consensuados entre adultos ³⁴²).
- Acto sobre derechos humanos y Comisión para la igualdad de oportunidades de 1986 (protegen contra la discriminación en el empleo por motivo de orientación sexual ³⁴³).

Canadá

- Acta Canadiense sobre Derechos Humanos (1996) ³⁴⁴.

³⁴² HUMAN RIGHTS (SEXUAL CONDUCT) ACT 1994 - SECT 4 Arbitrary interferences with privacy
 (1) Sexual conduct involving only consenting adults acting in private is not to be subject, by or under any law of the Commonwealth, a State or a Territory, to any arbitrary interference with privacy within the meaning of Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

2) For the purposes of this section, an adult is a person who is 18 years old or more.

http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/hrca1994297/s4.html (revisado el 27-9-04)

³⁴³ HUMAN RIGHTS AND EQUAL OPPORTUNITY COMMISSION ACT 1986 - SECT 3

Interpretation ...

"discrimination", except in Part IIB, means:

(a) any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin that has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation; and

(b) any other distinction, exclusion or preference that:

(i) has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation; and

(ii) has been declared by the regulations to constitute discrimination for the purposes of [this Act](#); but does not include any distinction, exclusion or preference:

(c) in respect of a particular job based on the inherent requirements of the job; or

(d) in connection with employment as a member of the staff of an institution that is conducted in accordance with the doctrines, tenets, beliefs or teachings of a particular religion or creed, being a distinction, exclusion or preference made in good faith in order to avoid injury to the religious susceptibilities of adherents of that religion or that creed.

http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/hraeoca1986512/s3.html (revisado el 26 de setiembre del 2004)

³⁴⁴ "(1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted." <http://www.canlii.org/ca/sta/h-6/sec3.html> (revisado 14 de mayo del 2004).

Estados Unidos

- Los siguientes Estados prohíben la discriminación por orientación sexual: California, Connecticut, distrito de Columbia, Hawaii, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Rhode Island, Vermont.
- Los siguientes Estados protegen la identidad de género: Connecticut, distrito de Columbia, Massachusetts, Minnesota, New Jersey, Rhode Island

Fiji

- Constitución de 1998 ³⁴⁵.

Islandia

- Código Penal 1996 (protección al Acceso de bienes, servicios y a la difamación por orientación sexual).

Israel

- Ley de prohibición de la discriminación por orientación sexual de empleados y solicitantes de empleo (1992).

Noruega

- Código Penal (1981).

³⁴⁵ “(2) A person must not be unfairly discriminated against, directly or indirectly, on the ground of his or her: (a) actual or supposed personal characteristics of circumstances, including race, ethnic origin, colour, place of origin, gender, sexual orientation, birth, primary language, economic status, age or disability...”
http://sources.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_the_Fiji_Islands (revisado el 14 de mayo del 2004).

Nueva Zelanda

- Acta Sobre Derechos Humanos protege a las minorías sexuales contra la discriminación (1994)³⁴⁶.

b) Reconocimiento de otros derechos a favor de los homosexuales

- Regulación de las uniones homosexuales

Canadá

- Permite el matrimonio entre homosexuales en Ontario³⁴⁷ y Columbia Británica³⁴⁸.

³⁴⁶ PART II UNLAWFUL DISCRIMINATION

21. Prohibited grounds of discrimination---(1) For the purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are---(m) Sexual orientation, which means a heterosexual, homosexual, lesbian, or bisexual orientation.

<http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/1993/se/082se21.html> (revisado el 26-9-04)

³⁴⁷ La Corte de apelaciones de Ontario se pronuncia el 10 de junio del 2003 señalando: [156] To remedy the infringement of these constitutional rights, we:

(1) declare the existing common law definition of marriage to be invalid to the extent that it refers to "one man and one woman";

(2) reformulate the common law definition of marriage as "the voluntary union for life of two persons to the exclusion of all others";

(3) order the declaration of invalidity in (1) and the reformulated definition in (2) to have immediate effect;

(4) order the Clerk of the City of Toronto to issue marriage licenses to the Couples; and ...

<http://www.ontariocourts.on.ca/decisions/2003/june/halpernC39172.htm> (revisado el 26-9-04)

³⁴⁸ La Corte de apelaciones de Columbia Británica se pronuncia el 8 de julio del 2003 señalando:

[8] In these circumstances, the Court is satisfied that it is appropriate to amend the order in these appeals to lift the suspension of remedies, with the result that the declaratory relief and the reformulation of the common law definition of marriage as "the lawful union of two persons to the exclusion of all others" will take immediate effect.

<http://www.courts.gov.bc.ca/Jdb-txt/CA/03/04/2003BCCA0406.htm> (revisado el 26-9-04)

Por otro lado, la primera petición de divorcio se dio el 15 de junio del 2004 en Ontario. Surgió la discusión sobre la inexistencia de una norma que regule el divorcio entre parejas del mismo sexo.

<http://www.samesexmarriage.ca/legal/div210704.htm> (revisado el 26-9-04)

Estados Unidos

- **Estado de Vermont** - El Parlamento sanciona la ley 91 “Act Relating to civil unions”³⁴⁹, vigente desde el 1 de julio de 2000 que incluye como reforma en la Constitución.

Así mismo, implementa un régimen de unión civil para las parejas homosexuales, permitiéndoles; entre otras cosas, la adopción, (artículo 1204, inciso 4)³⁵⁰.

- **Estado de Massachusetts** - El 17 de mayo del 2004 se convirtió en el primer estado en legalizar los matrimonios entre homosexuales.

Groenlandia

- “Danish Partners Act” (26 de abril de 1996) registro de uniones homosexuales³⁵¹.

Islandia

- El 4 de junio de 1996 promulga “Recognized Partnership”³⁵², registro de uniones homosexuales y admite la adopción del hijo del conviviente³⁵³.

³⁴⁹ TALAVERA, Pedro. “Las uniones homosexuales frente a la adopción”, op. cit, p. 81.

³⁵⁰ VEGA MERE, Yuri. “La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales”, op. cit, p. 248.

³⁵¹ Ibid, p. 246.

³⁵² 1. Two persons of the same sex can contract a recognized partnership.

(...) 6. The subsections on adoption in the Marriage Act shall not apply to the parties of a partnership. Regulations on who are entitled to artificial conception shall not apply to the recognized partnership. What the law says on the sex of a legally wedded spouse shall not apply to the recognized partnership. What is provided in the international agreements, signed by the Republic of Iceland, shall not apply to the recognized partnership unless all parties to the agreement approve of it.

<http://www.france.qrd.org/texts/partnership/is/iceland-bill.html> (revisado el 26-9-04)

³⁵³ VEGA MERE, Yuri. “La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales”, op. cit, p. 246..

Noruega

- “Act N° 40 Registered Partnership³⁵⁴” (30 de abril de 1993) aplica el régimen matrimonial sin que cuenten con una unión formalizada como el matrimonio, excluye la adopción ³⁵⁵ .

- Regulación internacional sobre la adopción por homosexuales

Estados Unidos

- El Estado de Connecticut, en mayo de 2002, se aprueba una ley que permite a las parejas del mismo sexo la adopción ³⁵⁶ .

- Los tribunales inferiores de varios Estados se han pronunciado a favor de que el conviviente homosexual adopte al hijo de su pareja, pero sin que el progenitor pierda sus derechos sobre el menor :Alaska, California, Illinois, Nevada, New México, New York, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Texas, Washington. En el mismo sentido, se pronuncia la Corte Suprema de Massachusetts y la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia ³⁵⁷ .

³⁵⁴ Act No. 40 of 30 April 1993 relating to Registered Partnership

Section 1 - Two persons of the same sex may register their partnership, with the legal consequences which follow from this Act.

(...) Section 4 - The provisions of the Adoption Act concerning spouses shall not apply to registered partnerships.

One of the registered partners may however adopt the other partner's child, cf. section 5 a, second paragraph, of the Adoption Act.

<http://odin.dep.no/bfd/engelsk/publ/handbooks/004071-120027/index-dok000-b-n-a.html>

(Revisado el 28-8-04)

³⁵⁵ VEGA MERE, Yuri. “La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales”, op. cit., p. 245.

³⁵⁶ TALAVERA, Pedro. “Las uniones homosexuales frente a la adopción”, op. cit., p. 81.

³⁵⁷ Ibid, p. 80

Islandia

- El “Recognized Partnership” (1996) admite la adopción del hijo del conviviente³⁵⁸.

- Regulación del uso de las técnicas de reproducción asistida

Australia

- En el 2000, un fallo de la Corte de Victoria – Australia, resolvió que no era necesario que las mujeres estén casadas o con parejas heterosexuales para que accedan a estas técnicas³⁵⁹.

Estados Unidos

- Algunos Estados protegen a las mujeres solteras a acceder a la inseminación artificial³⁶⁰.

Islandia

- En junio de 2000, se reforma la legislación sobre uniones homosexuales y se permite de las parejas registradas accedan a dichas técnicas³⁶¹.

³⁵⁸ VEGA MERE, Yuri. “La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales”, op. cit., p. 246.

³⁵⁹ MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*, op. cit., pp. 116 – 117.

El fallo de la Corte federal de Australia en el caso McBain contra el Estado de Victoria [2000] FCA 1009 (28 July 2000) señala lo siguiente en sus conclusiones:

The appropriate course is for me to declare

that s 8(1) of the State Act, to the extent to which it restricts the availability of any treatment procedure regulated by it to a woman who is married and living with her husband on a genuine domestic basis, or with a man in a de facto relationship as defined in s 3(1), is inconsistent with s 22 of the Commonwealth Act and inoperative by reason of s 109 of the Constitution ...

<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/cth/federal%5fct/2000/1009.html?query=%7e+mcbain>

(revisado el 29-9-04)

³⁶⁰ MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*, op. cit., pp. 114 – 115.

³⁶¹ Ibid, p. 114.

La ILGA en su informe de 1998-99/2000, hace una comparación cuantitativa de los países que reconocen o no derechos en favor de los homosexuales. Señala que de un total de 53 países de África, 18 países consideran que son ilegales las relaciones homosexuales entre mujeres, mientras que 26 países consideran que es ilegal las relaciones entre hombres. En el caso de los países de Asia y Oceanía, de los 44 países en total, en 8 son ilegales las relaciones lesbianas y en 23 países sucede lo mismo con las relaciones entre hombres. En el caso de los países de Europa, de un total de 50 países, sólo 6 consideran ilegales las relaciones entre hombres: Anguilla, Armenia, Azerbaijan, Macedonia, Monserrat, Turks e Islas Caicos³⁶².

En el caso de Estados Unidos el progreso se da a nivel de cada Estado, algunos presentan una mayor evolución que otros y hasta hay estados que aún penalizan las relaciones homosexuales. Por un lado, las relaciones homosexuales son legales en 29 estados: Alaska, California, Colorado, Connecticut, Hawaii, Illinois, Indiana, Iowa, Kentucky, Maine, Maryland, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New México, New York, North Dakota, Ohio, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Vermont, Washington State, West Virginia, Wisconsin y Wyoming. Por otro lado, el sexo anal y oral homosexual es ilegal en 4 estados: Arkansas, Kansas, Oklahoma y Texas³⁶³.

Como se puede apreciar de la información citada, la mayoría de países de Europa protegen el derecho a la no discriminación por orientación sexual.

³⁶² ILGA, Informe anual de los derechos de GLBT's 1998-99/2000. <http://www.cogales.org/ilga/informe2000.pdf> (revisado el 13 de mayo del 2004)

³⁶³ Loc cit

Una importante contribución a este desarrollo es la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea que impulsa a los Estados parte a adecuar su normativa según estos planteamientos.

Los temas que son ejemplo de mayor desarrollo normativo son: el reconocimiento del derecho a la no discriminación por orientación sexual, la penalización de actos discriminatorios, el reconocimiento de las uniones homosexuales. Los derechos a la adopción y el uso de las técnicas de reproducción asistida son aún motivo de discusión, en tanto se cuestiona si su no reconocimiento implica una discriminación para los homosexuales.

De toda esta reseña normativa, podemos concluir señalando que la tendencia mundial se orienta a la protección de los derechos de los homosexuales. Si bien son pocos los países que reconocen el derecho a la no discriminación por orientación sexual en su Constitución (Canadá, Ecuador, Fiji, Sudáfrica), son varios los que protegen este derecho en sus Códigos penales, laborales o en normas especiales sobre los derechos humanos. Esto demuestra que los países han utilizado diferentes instrumentos legales para proteger este derecho, la diferencia entre el uso de un instrumento u otro sería el efecto de la norma en la realidad. Por otro lado, también son varios los países que reconocen las uniones homosexuales y la adopción de los hijos de la pareja, sin embargo son pocos los que reconocen la adopción en general y el uso de las técnicas de reproducción asistida.

Por otro lado, se podría decir que las normas que regulan la no discriminación por orientación sexual aparecerán no sólo con el fin de que cesen las agresiones contra los homosexuales, sino que a través del debate de estos temas se elimine el carácter de invisibilidad de los homosexuales en el

plano social y político. La aparición de espacios de discusión, de normas, de organizaciones civiles, contribuyen a que la sociedad sea más tolerante a la pluralidad, en tanto permite la existencia de estos espacios y que la persona homosexual rompa con ese carácter de invisibilidad y de participación limitada en la sociedad y participe más activamente en el debate público y político, no sólo sobre temas que le conciernen sino sobre toda problemática social. Con esto se les estaría reconociendo el espacio que siempre debieron tener en la sociedad y que por los actos de discriminación y violencia en su contra se les mantuvo al margen de toda protección y participación social y esto repercutió en ellos mismos; por ejemplo al preferir negar su homosexualidad para evitar las agresiones.

Por todo esto, podemos concluir diciendo que a más tolerancia social y respeto por la diferencia y pluralidad de las personas, los espacios de actuación limitada o marginada de los homosexuales se eliminarán y las normas que se creen serán más inclusivas, en tanto realmente serán generales, es decir abarcaran la problemática, intereses y necesidades de todas las personas de la sociedad.

Se podría decir que la tendencia general es a reconocer y garantizar los derechos de los homosexuales, en especial el derecho a la no discriminación, ya que una de sus motivaciones de su reconocimiento es la agresión sufrida por los homosexuales. En otras palabras, este reconocimiento responde a una urgencia social de protección a estas personas, dado los actos discriminatorios que los afectan. Esto se ve confirmado con la propuesta de Brasil en la 59 reunión de las Naciones Unidas ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la resolución sobre "derechos humanos y orientación sexual "

(E/CN.4/2003/L.92), la resolución afirma la universalidad de los derechos humanos y el principio fundamental según el cual los homosexuales tienen derecho a la misma protección de sus derechos que las demás personas. La resolución fue firmada por Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, España, Suecia y Gran Bretaña. Posteriormente se unieron Croacia, Chipre, Nueva Zelanda, Polonia, Serbia y Montenegro, Eslovenia y Suiza. Sin embargo otros países se opusieron como: Corea, Japón, algunos países latinoamericanos y del Este europeo. Posteriormente, la Comisión de Derechos Humanos votó por aplazar la discusión sobre la resolución para la sesión 2004³⁶⁴. En esta sesión se aplazó nuevamente la votación hasta el año 2005.

A pesar que este tema no ha sido debatido en las Naciones Unidas, el ambiente de discusión que ha alimentado sirve para fortificar los lazos entre las organizaciones que luchan por los derechos de los homosexuales y otras organizaciones de derechos humanos, así como la unión y trabajo conjunto de las diversas agrupaciones homosexuales y contribuye a que se preste atención a la regulación interna de este tema.

³⁶⁴ <http://www.brazilianresolution.com/22418/26107.html> (revisado el 11 de abril del 2004).

CAPÍTULO III
EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN
SEXUAL EN LA CONSTITUCION PERUANA.

3.1. Antecedentes de regulación de la homosexualidad en el Perú

3.1.1 Derecho Prehispánico

El principal problema del análisis que este tema es que no existen fuentes idóneas para la reconstrucción exacta y comprensión del derecho prehispánico ³⁶⁵. Sin embargo existen otras fuentes como por ejemplo las representaciones pictóricas o en cerámica y las narraciones de cronistas como Cieza de León y Garcilaso de la Vega, que pueden resolver este problema.

Es así que a través de las representaciones en muchas piezas de cerámica de la cultura mochica o moche (período intermedio temprano 200 a.c. - 600 d.c.) se comprueba que la sodomía era una práctica prohibida en esa cultura ³⁶⁶.

³⁶⁵ BASADRE AYULO, Jorge. *Historia del Derecho*. Tomo II. Lima:Gráfica Horizonte, 2001,p. 43

³⁶⁶ *Ibid*, p. 44.

Durante el Incanato se castigaba severamente la sodomía. Javier Vargas; citado por Basadre Ayulo, señala que la pena de muerte era la pena utilizada en los estos casos ³⁶⁷. Silfredo Hugo agrega que la hoguera también era una pena contra los sodomitas.³⁶⁸

Según Basadre Ayulo, la sodomía estaba considerada dentro de las infracciones de orden privado³⁶⁹, es decir aquellas que iban contra la vida, el orden familiar y la propiedad³⁷⁰. Según la clasificación de los delitos que realiza Carlos Zúñiga Guardia; citado por Silfredo Hugo Vizcardo, entre los delitos contra las buenas costumbres estaba la sodomía³⁷¹.

Javier Vargas señala que antes de la conquista inca la sodomía era practicada libremente en algunos valles de la costa, pero durante el Imperio incaico fue severamente castigada ³⁷² cita a cronistas como Cieza de León, Garcilaso de la Vega, Vaca de Castro para reafirmar su planteamiento.

Javier Vargas cita a Garcilaso de la Vega, señalando que en sus “Comentarios Reales”, en el capítulo XXV al narrar las conquistas de Cápac Yupanqui por los valles de la Costa “mandó con gran diligencia hiziessen pesquisa de sodomitas, y en pública plaza quemassen vivos los que hallassen, no solamente culpados, sino indiciados por poco que fuessen, así mismo quemassen sus cosas y las derribasen por tierra...”, señala que lo mismo realizó cuando conquistaba las provincias de Huailas y Chíncha ³⁷³.

³⁶⁷ Ibid, pp. 77-78.

³⁶⁸ HUGO VIZCARDI, Silfredo. *Derecho Penal General. Fundamentos Generales. Teoría de la Ley Penal*. Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 110.

³⁶⁹ BASADRE AYULO, Jorge. *Historia del Derecho*, op. cit., pp. 77-78.

³⁷⁰ HUGO VIZCARDI, Silfredo. *Derecho Penal General. Fundamentos Generales. Teoría de la Ley Penal* op. cit. , p. 109 .

³⁷¹ Ibid, p. 110 .

³⁷² VARGAS, Javier. *Historia del Derecho Peruano. Parte general y derecho incaico*. Lima: Universidad de Lima, 1993, p.222.

³⁷³ Ibid, pp. 222-223.

El mismo tema es tratado en el capítulo XIII, del Libro tercero, referido a las conquistas inca por los valles de la costa, señala Garcilaso que “El Inca general Auqui Titu y sus maeses de campo...habían hallado que había algunos sodomitas.... Y en particular mando ...en pública plaza quemasen vivos los que hallasen, no solamente culpables sino indiciados, por poco que fuese, asimesmo quemasen sus casas y las derribasen por tierra y quemasen los árboles de sus heredades...”³⁷⁴. También señala que “en la provincia de Huayllas castigó severisimamente algunos sométicos, que en mucho secreto usaban el abominable visio de la sodomía”³⁷⁵.

Cieza De León también relata los castigos contra los sodomitas, señalando “...no embargantes, que entre ellos había mujeres muchas, ya algunas hermosas, los más de ellos usaban (a lo que a mi me certificaron) pública y descubiertamente el pecado nefado de la sodomía...el capitán Pacheco y el capitán Olmos...hicieron castigo sobre los que cometían el pecado susodicho, amonestándolos cuánto de ello el poderoso dios se derive y los escarmentaron de tal manera , que ya se usa poco o nada de este pecado...”³⁷⁶.

3.1.2 Derecho Indiano

El Derecho Penal de la Colonia tenía como fuentes primarias a las ordenanzas de intendencias, la Recopilación de Leyes de Indias, las

³⁷⁴ GARCILASO DE LA VEGA, Inca. *Comentarios Reales*. Tomo I, Libro tercero, capítulo XIII. Lima:ed. Peisa, 1973, p. 162.

³⁷⁵ GARCILASO DE LA VEGA, Inca. *Comentarios Reales*. Tomo II, Libro sexto, capítulo XI, p. 140.

³⁷⁶ CIEZA DE LEON, Pedro. *La Crónica del Perú*. Capítulo XLIX . Lima:Peisa, 1973, p. 134.

Ordenanzas de Toledo, las Leyes municipales y el Catálogo de Matraya. Como fuentes supletorias tiene al Derecho de Castilla cuyas normativas principales eran el Fuero Juzgo, Fuero Real, las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, Ordenanzas de Montalvo, Leyes de Toro y la Nueva Recopilación³⁷⁷.

En el Fuero Juzgo, Fuero Real, Las Partidas, La Novísima Recopilación se castigaba los delitos sexuales, entre ellos la sodomía. En esta época la Iglesia ejerció una gran influencia sobre el Derecho español, sobretodo con respecto a las relaciones sexuales fuera del matrimonio. Los conceptos de delito y pecado se confundían³⁷⁸.

Las Siete Partidas definen la sodomía como “sodomítico dicen al pecado en que caen los homes yaciendo unos con otros contra bondat et costumbre natural...” (Título XXI)³⁷⁹. Así mismo señalan que:

Cada uno del pueblo puede acusar á los hommes que facen pecado contra natura. Et este acusameiento debe seer fecho delante del judgador del lugar do ficiesen tal yerro: et si les fuere probado, deben morir por ende, tambien el que lo face como el que lo consiente, fueras ende si alguno de ellos lo hobiese á facer por fuerza ó fuese menor de catorce años, ca entonces non debe recibir pena... (Título XXII, Ley II)³⁸⁰.

La Novísima Recopilación señala que

qualquier persona, de qualquier estado, condición , preeminencia o dignidad que sea, que cometiere el delito nefado contra naturam...que sea quemado en llamas de fuego ... y que asimismo haya perdido por ese mismo hecho y derecho, y sin otra declaración todos sus bienes así muebles como raices...si acaesiere que no se pudiere probar el dicho delito en acto perfecto y acabado y se probaren uy averiguaren actos muy propinquos y cercanos a la conclusion dé, en tal manera que no

³⁷⁷ HUGO VIZCARDO, Wilfredo. *Derecho penal General. Fundamentos generales . Teoría de la Ley penal.* op. cit, pp. 112-113.

³⁷⁸ BASCUÑAN VALDEZ, Antonio. *El delito de abusos deshonestos*, op. cit, p.31.

³⁷⁹ REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA. . *Las Siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio.* Tomo III, Partida VII. Madrid: Imprenta Real, 1807, p. 664.

³⁸⁰ Ibid, p. 665.

quedase por el tal delincente de acabar este dañado yerro, sea habido por verdadero hechor del dicho delito, y que sea juzgado y sentenciado , y padezca aquella misma pena³⁸¹ .

Así mismo , agrega en la Ley II que:

probándose dicho pecado nefado por tres testigos singulares mayores de toda excepcion, aunque cada uno dellos deponga de acto particular y diferente , ó por quatro, aqune sean participes del delito , ó padezcan otras cualesquier tachas que no sean de enemistad capital, ó por tres de estos, aunque padezcan tachas en forma dicha, y hayan sido ansimismo participantes, concurriendo indicios ó presunciones que hagan verísimiles sus deposiciones, se tenga por bastante probanza...³⁸² .

3.1.3 El Derecho en la República

Posteriormente a las normas penales del virreinato y con la aparición de la República, se presentan las siguientes normas que regulan la homosexualidad.

a) Proyecto Vidaurre de 1828

El delito de sodomía era recogido en la ley 4, del título 5, que señalaba:

El sodomista pierda por diez años los derechos de ciudadanía, no pueda entre ellos adquirir herencias ni legados de sus parientes, ni de ninguna otra persona del secso femenino. Sea multado la quinta parte de sus bienes a favor de las casas de educación. Si reincide, sea espatriado para siempre³⁸³ .

³⁸¹ *Novísima Recopilación de leyes de España*. Tomo 4, Libro XII, título XXX. Paris: Imprenta de H. Formier, 1846, p. 638 .

³⁸² *Ibid*, p. 639.

³⁸³ DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo . *Proyecto de un Código Penal*. Boston:Hiran Tupper, 1828, p. 219.

b) Código penal de 1863

También castigaba el delito de sodomía, en el artículo 272 que señalaba:

Las mismas penas de los anteriores artículos se aplicará respectivamente al reo de sodomía³⁸⁴. Se refería a aquellas penas por los delitos de violación, estupro, recogidos en el título II de la sección octava “Delitos contra la honestidad.

c) Código penal de 1924

El tema de la sodomía era penado en el artículo 199, que fue modificado primero por el artículo 3 del decreto - ley No 17388, y posteriormente por el decreto - ley No. 20583³⁸⁵. Esta última norma señala:

Artículo 199 - Será reprimido con pena de muerte el que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de siete o menos años de edad.

La represión será penitenciaria no menor de diez años, si la víctima contara con siete a catorce años de edad y estuviera comprendida en la circunstancia agravante prevista por este artículo. La pena será penitenciaria o prisión no menor de cinco años, cuando tratándose de estos menores no medie dicha circunstancia. Constituye circunstancia agravante de responsabilidad si la víctima es discípulo, aprendiz o domestico del delincuente o su descendiente su hijo adoptivo o hijo de su cónyuge o conviviente o su hermano, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado u hospedado.

Manuel Espinoza Vasquez señala que los elementos constitutivos del tipo penal eran³⁸⁶ :

- Acto sexual contra natura con un menor de catorce años. Señala el autor, que la víctima de este delito podía ser tanto un hombre como una mujer menor de catorce años.

³⁸⁴ CALLE; Juan José. *Códigos penal y de enjuiciamientos en materia criminal*. Lima: Imprenta Gil, 1914, p. 83.

³⁸⁵ Ver ESPINOZA VASQUEZ, Manuel. *Los delitos sexuales en el Código penal peruano*. Trujillo: ed. Bolivariano, 1974, p. 66.

³⁸⁶ ESPINOZA VASQUEZ, Manuel. *Los delitos sexuales en el Código penal peruano*, op. cit., pp.76 – 77.

- Consentimiento de la víctima o empleo de la violencia o intimidación.
- Voluntad criminal

A decir del autor, las relaciones entre lesbianas no se ubicaban dentro de este delito. Sin embargo, si se castigaban los actos contra una menor de catorce años, a través de la figura del acto deshonesto, contrarios al pudor y a las buenas costumbres ³⁸⁷.

El autor considera que para que se configure el delito de sodomía, a través del acto contra natura, “es necesario que el sujeto activo introduzca el miembro viril en el conducto anal” ³⁸⁸.

Agrega el autor que supuestos agravantes; según la última modificatoria, eran:

- La víctima sea menor de siete años
- La víctima sea aprendiz, doméstica, descendiente, hija adoptiva, hija de su cónyuge o niña confiada al cuidado del agresor o hija de su conviviente, o hermana o una hospedada.

Por otro lado, los actos contra natura realizados entre personas adultas no era considerado dentro del delito de sodomía como lo señala la siguiente sentencia: “La sodomía o concúbito entre personas de un mismo sexo, mayores de edad, practicada aun sin consentimiento del ofendido...no esta calificada como delito en el Código Penal... debe imponerse al acusado una sanción severa en aplicación del artículo 166 del Código Penal”³⁸⁹.

³⁸⁷ Ibid, p. 78.

³⁸⁸ Loc. cit.

³⁸⁹ ESPINO PEREZ, Julio. *Código penal*. 5ta edición. Lima :ed. Jurídica, 1974, p. 239.

d) Código penal de 1991

El artículo 170 tipifica el delito de violación señalando:

“El que con violencia o grave amenaza obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo será reprimido con pena privativa de libertad no menor a cuatro ni mayor de ocho años...”.

Bramont Arias señala que este artículo al ubicarse en el capítulo sobre los “Delitos contra la libertad”, protege la libertad sexual como derecho personal. En cambio en el Código de 1924 este delito se ubicaba en la Sección Tercera “Delitos contra las buenas costumbres”, protegiéndose el interés de la sociedad, es decir se castigaba “la manifestación ilícita de prácticas viciosas” que vayan en contra de las buenas costumbres³⁹⁰.

En este Código tampoco se penalizan los actos contra natura realizados entre personas adultas y con consentimiento.

e) Código de Justicia Militar

Por otro lado, el Código de justicia militar vigente en su artículo 269 señala:

El militar que practicare actos deshonestos o contra natura con persona del mismo sexo, dentro o fuera del lugar militar será reprimido con expulsión de los Institutos Armados si fuera oficial y con prisión si fuese individuo de tropa.

Si ejerciere violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción para perpetrar el delito, será reprimido, además, si fuese oficial, con pena de prisión, aplicándosele la pena de expulsión como accesoria. En los individuos de tropa se tendrá esta circunstancia como atenuante³⁹¹.

³⁹⁰ BRAMONT- ARIAS , Luis. *Código Penal anotado*. Lima: ed. Rhodas, 1995, p. 381

³⁹¹ CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA . *Ley orgánica de justicia militar y código de justicia militar*. Lima: Consejo Supremo de Justicia,, 1998, p. 141.

Esta sería la única norma vigente que castiga las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo y aunque su ámbito de aplicación es específico, es reflejo de que se mantiene una mentalidad represora contra estas personas³⁹². Por otro lado, cabría cuestionarnos sobre el grado de respeto de este artículo del derecho a la no discriminación.

Como hemos podido apreciar de esta reseña normativa, la historia legal del Perú en sus inicios se orientaba al castigo de las relaciones homosexuales consensuadas entre adultos, posteriormente con el Código Penal de 1924 se elimina esta pena. Sin embargo, la vigencia del Código de justicia militar es claro reflejo de que se mantiene la misma lógica de pensamiento que regía en los Códigos Penales anteriores.

Lo que nosotros cuestionamos es el castigo a las relaciones sexuales consensuadas entre adultos, no nos oponemos al castigo del delito contra la libertad sexual.

³⁹² Recientemente el Defensor del Pueblo ha interpuesto una acción de inconstitucionalidad contra algunos artículos del Decreto Ley 23201 (Ley Orgánica de Justicia Militar) y el Decreto Ley 23214 (Código de Justicia Militar), cuya fecha de vista fue el 9 de junio del 2004. Se alega entre otras cosas que el artículo II del Título Preliminar de la LOJM al señalar que los tribunales militares están encargados del mantenimiento de moralidad, el orden y la disciplina y no aluden a la protección de bienes jurídicos castrenses constituye una afectación a la dignidad de la persona humana consagrada en el artículo 1º de la Constitución. Sumado a esto, la LOJM y CJM transgreden el derecho de acceder a tribunales o jueces imparciales e independientes y al derecho de defensa, esto último ya que la defensa es ejercida por un oficial, es decir profesional militar sujeto a la cadena de mando y sin formación jurídica en algunos casos. También, afecta el principio y derecho a la igualdad, esto debido a que los oficiales y suboficiales son sancionados de diferente forma. El Tribunal Constitucional aún no se pronuncia al respecto. http://www.tc.gob.pe/cgi-bin/db_search.cgi (revisado el 22/7/04)

3.2 El derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación en las Constituciones del Perú

El Constitucionalismo Latinoamericano tiene como bases la Constitución Española de las Cortes de Cádiz de 1812, la Constitución Norteamericana, y la normativa aprobada luego de la Revolución Francesa. Esta influencia no ha sido total porque cada país ha impuesto particularidades distintas.

La protección de los derechos humanos por las constituciones; a decir de Enrique Bernales, responde a que son considerados valores universales, aunque su puesta en vigencia y grado de respeto difiera de país en país, dependiendo de cuan organizada es la sociedad, de los niveles de participación, el tipo de democracia, la autonomía de la administración etc³⁹³.

Cabe agregar, que la Declaración Universal de Derechos Humanos marca un punto de quiebre en el contenido del Derecho Constitucional y suscitó la modificación Constitucional en diversos países, ejemplo de ello son las nuevas Carta Francesa de 1958 y la de España de 1978. A partir de aquí se considera que no basta el reconocimiento de los derechos humanos sino que es necesaria la implementación de una defensa efectiva de estos en el derecho positivo, lo que ahora se conoce como garantías constitucionales³⁹⁴.

La regulación de los derechos humanos en el Perú se inició con el Estatuto Provisional de 1821 promulgado por San Martín, que reconocía ciertos derechos como el honor, la libertad, la propiedad etc. A partir de la

³⁹³ BERNALES, Enrique, RUBIO, Marcial. *Constitución: Fuentes e interpretación. Teoría y documentación del Proceso Constitucional y la Constitución de 1979*. Lima: Mesa Redonda editores, 1988, p. 73.

³⁹⁴ OTAROLA PEÑARANDA, Alberto. *La Constitución explicada*. Lima :Constitución y sociedad, 1997, p. 26.

Constitución de 1823 ya se incluía un capítulo sobre los derechos y garantías civiles. Luego con la Constitución de 1920 se incluye el reconocimiento y protección de los derechos sociales, posteriormente las Constituciones de 1933 y 1979 se encargarían de ampliar su reconocimiento. Esta última, ubica los derechos y deberes fundamentales en el primer título de la Constitución, lo que refleja el máximo progreso a nivel formal de reconocimiento e importancia de la protección de los derechos humanos ³⁹⁵.

En cuanto a la regulación del derecho a la igualdad en las Constituciones Peruanas, se puede decir que desde la Constitución de 1823 la protección del derecho a la igualdad ante la ley estaba presente, a excepción de lo expresado en la Constitución de 1837.

La redacción de la norma que recoge el derecho a la igualdad ante la ley se ha repetido desde lo planteado por el artículo 23 de la Constitución de 1823 que señalaba “Todos los ciudadanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue”.

De esta manera se recoge en el artículo 142, de la Constitución de 1826, en los artículos 149 y 157 de la Constitución de 1834, en el artículo 160 de la Constitución de 1839, en el artículo 18 de la Constitución de 1920³⁹⁶.

El tema del derecho a la no discriminación tal como fue planteado en la Constitución de 1979 en adelante, se presentó de algún modo en las constituciones anteriores al determinarse la caducidad de privilegios, y el rechazo a la organización de una sociedad aristocrática que mantenía las divisiones raciales y sociales. Estos temas se incluyen en el artículo 23 de la

³⁹⁵Loc. cit.

³⁹⁶ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima: Fondo editorial PUCP, 1999, p. 41.

Constitución de 1823, en el artículo 147 de la Constitución de 1826, en el artículo 160 de la Constitución de 1828, en el artículo 170 de la Constitución de 1834, en el artículo 163 de la Constitución de 1839, en el artículo 6 de la Constitución de 1856, y de la Constitución de 1860, en el artículo 5 de la Constitución de 1867 en el artículo 6 de la Constitución de 1920 ³⁹⁷.

El tratamiento de estos temas se modifica a partir de la Constitución de 1933 que señalaba en su artículo 23 lo siguiente:

“La Constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República. Podrán expedirse leyes especiales porque lo exija la naturaleza de las cosas pero no por la diferencia personas.”

Cuya esencia se repite en las Constituciones de 1979 y 1993 y que regula dos aspectos:

- a) Declaración genérica de igualdad.
- b) El mandato que las leyes sólo pueden hacer diferencia por motivo de la naturaleza de las cosas

Cabe señalar, que la Constitución de 1933 comenzaba refiriéndose en su título I al Estado, al territorio y la nacionalidad, dejando para su segundo título “Garantías constitucionales”, el tema de la protección de los derechos humanos, especialmente en el capítulo II “Garantías constitucionales”.

Recoge el derecho a la igualdad ante la ley en su artículo 23 que señalaba “La constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República”.

El derecho a la no discriminación se regula en el mismo artículo al señalar “Podrán expedirse leyes especiales por la naturaleza de las cosas pero

³⁹⁷ Loc. cit.

no por la diferencia personas”, como se puede apreciar el derecho a la no discriminación no es recogido expresa y claramente en este artículo.

La única garantía constitucional reconocida en esta Constitución era el habeas corpus, regulado en el artículo 69 que señalaba “Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de Habeas Corpus”. La regulación de este tema era simple, se limitaba la protección de los derechos humanos a una sola garantía constitucional, lo que hace confuso la definición y alcances del habeas corpus.

El tema de los tratados, así como el de la acción de la inconstitucionalidad no está regulado en esta Constitución.

3.2.1 El derecho a la igualdad y a la no discriminación en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 regulaba el tema de los derechos humanos bajo el título “Derechos y Deberes Fundamentales de las Personas”. Para Marcial Rubio, la regulación de los derechos humanos en la Constitución de 1979 es una “posición de avanzada porque permite respaldar constitucionalmente a los derechos humanos de manera extensiva. Es una opción que debe ser mantenida”³⁹⁸. Esto debido a que ésta reconoce todos los derechos que se derivan de la dignidad de la persona, del principio de soberanía del pueblo, de la forma republicana de derecho etc., además se reconoce jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos.

³⁹⁸ Ibid, p. 22.

César Elejalde, está de acuerdo con la estructura como presenta la Constitución de 1979, a los derechos humanos que comienza por una declaración de principios incluida en el preámbulo para luego pasar a enumerar (no taxativamente) los derechos fundamentales de la persona. Señala que el contenido del preámbulo es importante para interpretar, en especial, temas relacionados a los derechos humanos, ya que en caso se presente alguna confusión este preámbulo sirve “como fuente de inspiración que nos oriente sobre el verdadero sentido de las normas cuyo significado medular en él encontraremos”³⁹⁹.

Además, la Constitución de 1979 señala que el Estado está al servicio de la persona y de la sociedad, esto se refleja en el artículo 1 que señala “La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla.” Este artículo esta de acuerdo con lo señalado en el primer párrafo del preámbulo y el primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Así como con el preámbulo y primer artículo tanto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, que reconocen los derechos inherentes de la persona, señalando que se caracterizan por ser iguales, inalienables y anteriores al Estado⁴⁰⁰.

Es importante analizar este artículo porque al señalar que la persona es el “fin supremo” de la sociedad, quiere decir que no puede ser considerada un medio para la obtención de un objetivo. Al señalar que “todos tienen la

³⁹⁹ ELEJALDE ESTENSSORO, César. *Derechos y deberes fundamentales de la persona en la Constitución de 1979*. Lima:ed. Luis Cambe Velez, 1990, p. 161.

⁴⁰⁰ Ibid, p. 163.

obligación de respetarla y protegerla” impone el deber de toda persona de respeto y protección de los derechos humanos⁴⁰¹.

Se refuerza más esta idea a través del artículo 80 que señala “Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos...” Estos dos artículos son ejemplos de la intención; que se vislumbra a lo largo de la Constitución de 1979, de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y en especial el derecho a la igualdad y la no discriminación como bien lo señala el preámbulo de dicha Constitución “... Creyentes en la primacía de la persona humana y en todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado. Decididos a promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados no explotadores, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social. ”

El derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación están reconocidos en el inciso 2 del artículo 2, que se ubica en el capítulo I “De la persona”, en el título I “Derecho y deberes fundamentales de la persona”.

Dicho artículo reconocía el derecho “A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón”.

Este inciso, contiene tres partes:

- a) La protección al derecho a la igualdad ante la ley.
- b) La prohibición de cinco tipos de discriminación.
- c) Una referencia especial a los derechos de la mujer.

⁴⁰¹ Ibid, pp. 178-179.

Este artículo es importante porque recoge por primera vez el derecho a la igualdad y a la no discriminación, como “declaración de orden principista y general ... que guarda concordancia con el texto de todo el articulado”⁴⁰². Además por primera vez se hace referencia a la igualdad de oportunidades y responsabilidades entre hombre y mujer. Lo criticable de este inciso es que hacía un listado cerrado de aquellas causales prohibidas de discriminación.

La Constitución de 1979 incluye una visión general del derecho a la igualdad, en el inciso 2 del artículo 2 y en otros artículos incluye este derecho dentro de ámbitos específicos, por ejemplo en el artículo 6 al referirse a la igualdad de derechos de los hijos, el artículo 24 que se refiere a la igualdad de oportunidades en la educación, el artículo 42 que establece la igualdad de trato en régimen laboral, el artículo 43 que se refiere a la igualdad de remuneración del hombre y la mujer en caso el trabajo se haya prestado en “idénticas condiciones” y al mismo empleador, el artículo 65 que señala el valor igual de los votos ⁴⁰³.

Otro artículo interesante para el estudio de nuestro tema de tesis, es el artículo 22 que impone “...La enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria en los centros de instrucción civiles y militares”.

Este artículo es importante porque obligaba la difusión del conocimiento de la Constitución y de los Derechos Humanos, pero como señala César Elejalde “no solo se haga conocer los textos, sino que se enseñe a respetar la Constitución y los derechos humanos, para lo cual, lo primero que

⁴⁰² Ibid, p. 180.

⁴⁰³ COLOMA MARQUINA, José. “Definiciones y contenido del principio de igualdad”. En: *Lecturas sobre temas constitucionales*. Lima: CAJ, 1994, p. 196.

hay que hacer es formar maestros inculcándoles una adecuada escala de valores que les permita transmitir...”⁴⁰⁴.

3.2.2 El derecho a la igualdad y a la no discriminación en la Constitución de 1993

El derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación están regulados en el inciso 2, del artículo 2, ubicado en el capítulo I “Derechos fundamentales”, del título I “De la persona y de la sociedad”. Reconoce el derecho de toda persona:

a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Este artículo regula de modo similar a la Constitución de 1979 el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, sin embargo la Constitución de 1993 añade al listado de la Constitución de 1979 la prohibición de otras causales de discriminación como origen, condición económica. Incluye también una cláusula general de prohibición de discriminación “cualquier otra índole”, aparte de los especificados.

En suma ,este inciso, tiene dos partes:

- a) La protección al derecho a la igualdad ante la ley.
- b) La prohibición de siete tipos de discriminación y la inclusión de una cláusula abierta (o de cualquier otra índole).

⁴⁰⁴ ELEJALDE ESTENSSORO, César. *Derechos y deberes fundamentales de la persona en la Constitución de 1979*, op. cit. , p. 166.

Sobre el alcance de esta cláusula abierta poco han dicho los autores⁴⁰⁵, en suma plantean que es una norma cuyo objetivo es el evitar que se cometa alguna violación contra la igualdad formal. Sin embargo, a pesar de este vacío doctrinario podemos remitirnos a lo señalado en el capítulo anterior sobre la regulación de este tema en la Constitución de España. De este modo, Alberto Pedrieri⁴⁰⁶, al analizar el artículo 14 nos dice que la lista de causales prohibidas que recoge el artículo sólo es ejemplificativa. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal constitucional Español, señalando que dicha cláusula puede generalizarse a fin de prohibir supuestos no recogidos por la norma⁴⁰⁷. De la misma manera podemos argumentar sobre la cláusula abierta de la Constitución de 1993, que a diferencia del artículo 14 de la Constitución de España no se refiere ni a las condiciones personales ni a las sociales, entendiéndose que éstas están incluidas en la frase “o cualquier otra índole”.

Se elimina el segundo párrafo del inciso 2, artículo 2 de la Constitución de 1979 que señalaba:

...El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón....

⁴⁰⁵ BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado* Lima: Konrad Adenauer – Stiftung y CIEDLA, 1999, p. 96. OTAROLA PEÑARANDA, Alberto. *La constitución explicada*, op. cit., p. 32.

RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la constitución política de 1993*, tomo 1. Lima: Fondo editorial PUCP, 1999, p. 143.

⁴⁰⁶ PREDIERI, Alberto. *La Constitución española de 1978*. Madrid: ed. Civitas, 2nda edición, 1988, p. 283.

⁴⁰⁷ FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda, RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel . *Igualdad y discriminación*, op. cit., p. 237.

A opinión de Marcial Rubio esta eliminación ha sido un error, pues recogía dos normas importantes respecto a la situación de la mujer en relación al hombre, estos son:

- a) La igualdad de oportunidad y responsabilidad, lo que implica compensaciones a favor de la mujer en aquellos casos en que el hombre por su naturaleza tenga más oportunidades.
- b) Al reconocer a la mujer derechos no menores al varón, cabría la posibilidad que se reconozcan derechos mayores al de los hombres. Permitiendo con esto que se logre un equilibrio entre los derechos de los hombres y de las mujeres⁴⁰⁸.

En nuestra opinión, la Constitución de 1993 no falla al omitir este precepto pues era muestra clara de la tematización de la situación de la mujer, lo conveniente hubiera sido regular la igualdad de oportunidades y responsabilidades de toda persona. Tampoco falla al omitir el precepto que impedía a la mujer tener menores derechos que el hombre, pues siguiendo la idea de Marcial Rubio este precepto daba a entender la posibilidad que se adoptaran medidas de discriminación inversa y se otorgaran en ciertos casos derechos mayores a la mujer que compensasen la larga subordinación de la mujer al hombre, sin embargo como ya hemos señalado en el capítulo I las medidas de discriminación inversa o acción positiva no se circunscriben sólo a beneficiar a la mujer sino que se utilizan en toda situación en que un grupo este en situación de desventaja en comparación a otros grupos.

⁴⁰⁸ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución política de 1993*, op cit, pp. 143-144.

Enrique Bernales analiza los tipos de discriminación que señala expresamente el inciso 2 del artículo 2 y en su análisis de la no discriminación por sexo señala que entiende por sexo “las características diferenciales de varón y mujer”⁴⁰⁹. Incluye en su análisis la situación de los homosexuales, que define como aquellos que hacen “explícita su preferencia sexual y su elección libre y mutuamente consentida entre personas del mismo, sexo”⁴¹⁰. Según el autor, la situación de los homosexuales en el Perú tiene aspectos no discriminatorios como “el acceso a los derechos humanos propios del individuo en tanto tal y de la persona en sociedad”⁴¹¹ y aspectos discriminatorios como la limitación al “acceso a los derechos que suponen una relación típicamente heterosexual” es decir el acceso al matrimonio civil, a la formación de una familia⁴¹².

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación del siguiente modo:

- “El derecho de igualdad, en efecto, no sólo se proyecta prohibiendo tratamientos diferenciados, sin base objetiva y razonable, en el contenido normativo de una fuente formal del derecho, sino también en el momento de su aplicación. Ella se ha de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedando proscritas, por tanto, diferenciaciones basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios, salvo que estas se encuentren estipuladas en la misma norma. ... Para que se genere una violación del derecho de igualdad en la aplicación de la ley, aparte de la necesidad de que se trate de un mismo órgano administrativo que los haya expedido, es preciso que exista una sustancial identidad entre los supuestos de hecho resueltos por el órgano administrativo en forma contradictoria. Tal identidad de los supuestos de hecho, desde luego, no tiene por qué ser plena. Basta que existan suficientes elementos comunes como para considerar que los supuestos de

⁴⁰⁹ BERNALES , BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, op. cit, p. 94.

⁴¹⁰ Ibid, p. 95.

⁴¹¹ Loc. cit.

⁴¹² Loc. cit.

hecho enjuiciados son jurídicamente iguales y que, por tanto, debieron merecer una misma aplicación de la norma. (exp. n.º 1279-2002-aa/tc sentencia del Tribunal Constitucional 18 de diciembre de 2003)⁴¹³ ”.

- “En puridad, el principio de igualdad se constituye simultáneamente de la manera siguiente:

- a) como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos;
- b) como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder;
- c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y
- d) como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres.

- El principio de igualdad se concretiza en el plano formal mediante el deber estatal de abstenerse de la producción legal de diferencias arbitrarias o caprichosas; y en el plano material apareja la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos.

- La igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes:

- a) Paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes; y
- b) Paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva, para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones.

- ...la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato.

- Es notorio que existe infracción del principio de igualdad cuando en la formulación o interpretación-aplicación de la ley, se contempla en forma distinta situaciones, hechos o acontecimientos que son idénticos. Ello con el objeto de discriminar o segmentar política, económica, social o culturalmente a algún o algunos seres humanos.

⁴¹³ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/1279-2002-AA.html>

- ...la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite:

- a) la existencia de una norma diferenciadora;
- b) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación;
- c) una finalidad específica;
- d) razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales;
- e) racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue; y
- f) proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad.

... Se trata pues de un tema que, en la doctrina, se conoce con el nombre de "discriminación inversa", esto es, un caso en el cual se debe realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Para ello se incita a que el Estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización. (exp n.º 0261-2003-aa/tc sentencia del Tribunal Constitucional 26 de marzo de 2003, exp. n.º 2510-2002-aa/tc sentencia del Tribunal Constitucional 31 de marzo de 2004, exp. n. 018-2003-ai/tc sentencia del Tribunal Constitucional 26 de abril de 2004) ⁴¹⁴.

- "... con el objeto de determinar cuándo se está frente a una medida que implica un trato desigual no válido a la luz de cláusula de la igualdad, la medida diferenciadora no sólo debe sustentarse en una base objetiva, sino, además, encontrarse conforme con el test de razonabilidad. Mediante este test se controla si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación. En segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación. Y, finalmente, determinar si se trata de una medida adecuada y necesaria, esto es, si respeta el principio de proporcionalidad. (exp. n.º 649-2002-aa/tc sentencia del Tribunal Constitucional 20 de agosto de 2002, exp. n.º 1277-2003-hc/tc sentencia del Tribunal Constitucional 17 de junio de 2003, exp. n.º 2090-2003-hc/tc resolución del Tribunal Constitucional 16 de setiembre de 2003) ⁴¹⁵ "

⁴¹⁴ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0261-2003-AA.html> ,
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/2510-2002-AA.html> ,
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0018-2003-AI.html>

⁴¹⁵ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0649-2002-AA.html> ,
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1277-2003-HC.html> ,
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/2090-2003-HC%20Resolucion.html>

Por otro lado, este inciso debe concordarse con el artículo 103 de la Constitución que no permite la creación de leyes especiales motivadas en la diferencia de las personas. Cabe indicar que este artículo tiene como antecedentes el artículo 187 de la Constitución de 1979 y el artículo 23 de la Constitución de 1933, que se ubicaba en el capítulo que regulaba las garantías nacionales y sociales y que protegía también el derecho a la igualdad ante la ley. Por otro lado, el artículo 103 coincide y respeta lo planteado en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala que “todos tienen el derecho a la igual protección contra todo tipo de discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”⁴¹⁶.

Sobre el sentido de este artículo se pronuncia el Tribunal Constitucional señalando:

- Cuando el artículo 103° de la Carta Fundamental estipula que pueden expedirse leyes especiales “porque así lo exige la naturaleza de las cosas”, no hace sino reclamar la razonabilidad objetiva que debe fundamentar toda ley, incluso, desde luego, las leyes especiales. Respetando el criterio de razonabilidad legal, el Estado queda facultado para desvincular a la ley de su vocación por la generalidad y hacerla ingresar en una necesaria y razonable singularidad. Necesaria, porque está llamada a recomponer un orden social que tiende a desvirtuarse, y razonable, porque se fundamenta en un elemento objetivo, a saber, la naturaleza de las cosas. ... cuando el artículo 103° de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales “en razón de las diferencias de las personas”, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2°, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos. (exps. acums. n.º 0001/0003-2003-ai/tc sentencia del Tribunal Constitucional 4 de julio de 2003, exp. n.º 018-2003-ai/tc sentencia del Tribunal Constitucional 26 de abril de 2004, exp. n.º 0008-2003-ai/tc sentencia del Tribunal Constitucional 11 de noviembre de 2003)⁴¹⁷.

⁴¹⁶ BERNALES, BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, op. cit., p. 94.

⁴¹⁷ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0001-2003-AI%200003-2003-AI.html>

Otro artículo que se relaciona con los derechos a la igualdad y a la no discriminación es el artículo 3 de la Constitución de 1993, que tiene como antecedente; de redacción casi exacta, el artículo 4 de la Constitución de 1979 y que señala:

Artículo 3 – La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Se diferencia de lo planteado por el artículo 4 de la Constitución de 1979, porque en la vigente Constitución se utiliza el término “establecidos”, mientras que la anterior utilizaba el término “reconocen”. A opinión de Marcial Rubio el término correcto es reconocer, porque los derechos son anteriores a la Constitución y al Estado, además el mismo artículo se refiere a la dignidad de la persona; es decir se contradice con lo primero que señala, ya que al referirse a dignidad se utiliza un pensamiento iusnaturalista de los derechos de la persona. Concluye Marcial Rubio señalando que entiende que la Constitución quiso referirse a reconocer y no a establecer⁴¹⁸.

Este artículo es importante porque recoge una lista abierta de derechos. Siguiendo lo planteado por Díaz Revorio, este artículo reconoce que los derechos mencionados en los artículos de la Constitución no implican la exclusión del reconocimiento de otros derechos. Por otro lado, este artículo otorga un mayor grado de discrecionalidad a los tribunales, quienes se encargaran de interpretar y aplicar la Constitución ⁴¹⁹ y en suma son los que

⁴¹⁸ RUBIO CORREA; Marcial. *Estudio de la Constitución política de 1993*. Tomo I., op. cit., p. 549.

⁴¹⁹ DIAZ REVORIO, Javier. “Tribunal constitucional y derechos constitucionales no escritos”. En : *La justicia constitucional en el estado democrático*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 234.

determinarán cuáles son esos derechos no enunciados que protege este artículo.

Por su parte Gros Espiell señala que este artículo tiene su fundamento en la filosofía iusnaturalista, que establece que los derechos son inherentes a la persona y por ende anteriores a la Constitución y al Estado ⁴²⁰. Agrega que la Convención Americana sobre Derechos humanos recoge en su artículo 29 inciso c una norma similar:

Artículo 29- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
... c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

Este artículo es importante porque, vincula a los Estados parte de esta Convención, tengan o no una norma interna similar.

Por otro lado, el artículo 31 de la Convención señala:

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

Cabe señalar que el artículo 76 se refiere al procedimiento para incluir enmiendas en la convención y el artículo 77 regula el procedimiento para elaborar proyectos de protocolos adicionales.

Señala el autor que es la Comisión y la Corte Interamericana los que determinaran si un derecho no enunciado cumple con las condiciones

⁴²⁰ GROS ESPIELL, Héctor. “Los derechos humanos no enunciados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29 c) de la Convención Americana sobre los Derechos humanos”. En: *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*. Número 4, 2000, p.146.

determinadas en el artículo 29 inciso c y por ende pueda ser incorporado al régimen de protección de la Convención ⁴²¹ .

El Perú así como otros países de América (Argentina, Uruguay, Brasil, Bolivia, Colombia, Honduras, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Paraguay, República Dominicana y Venezuela) tiene una norma constitucional que reconoce la existencia de los derechos no enunciados ⁴²² .

El artículo 3 de la Constitución peruana de 1993, sólo se refiere a los derechos, no se pronuncia sobre las garantías, como lo hace Argentina ⁴²³ , Uruguay ⁴²⁴ , Brasil ⁴²⁵ entre otros países. Tampoco hace referencia a los deberes como lo hace Uruguay, Guatemala ⁴²⁶ y República Dominicana ⁴²⁷ .

Sin embargo, este es un artículo más amplio que el de las otras Constituciones americanas. Señala varios supuestos por los cuales se puede deducir la existencia de otros derechos:

1) Otros derechos que la Constitución garantiza y otros análogos.

Se refiere a aquellos derechos que la Constitución reconoce a lo largo del texto, no se circunscribe al artículo 2 o a los primeros capítulos de la Constitución.

⁴²¹ Ibid, pp. 168 –172.

⁴²² Loc. Cit.

⁴²³ Artículo 33 de la Constitución Argentina de 1994 : “Las declaraciones , derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

⁴²⁴ Artículo 72 de la Constitución Uruguaya de 1996 : “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros derechos que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

⁴²⁵ Artículo 5, numeral 77,2 de la Constitución de Brasil de 1980 : “Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”.

⁴²⁶ Artículo 44 de la Constitución de Guatemala de 1985 : “Los derechos , deberes y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuran expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”.

⁴²⁷ Artículo 10 de la Constitución de República Dominicana de 1944: “ La enunciación contenida en los artículos 8 y 9 no es limitativa , y por consiguiente no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza”.

Según Marcial Rubio por derechos análogos se entiende aquellos que no están recogidos en la Constitución ⁴²⁸.

2) Los derechos que se fundan en la dignidad del hombre

Esto refleja que se ha seguido el pensamiento iusnaturalista que plantea la inherencia de los derechos humanos y que como señala Gros Espiell son “resultantes de la dignidad de la persona, anteriores al Estado y a la Constitución”⁴²⁹.

3) Los derechos que se fundan en la soberanía del pueblo, del estado democrático de derechos y de la forma republicana de gobierno.

Esto se diferencia del contenido de artículos similares en otras constituciones de América, porque se refiere a los principios mientras que las otras constituciones se refieren a los derechos que derivan de la soberanía como dice la Constitución de Bolivia ⁴³⁰, Honduras ⁴³¹ o la forma de gobierno (republicano o democrático) como dice la Constitución de Argentina, Bolivia, Honduras⁴³².

Marcial Rubio señala que el artículo 3 por ser una norma constitucional, les otorga rango constitucional a los derechos que incorpora. Agrega que este argumento afirma la constitucionalidad de los derechos reconocidos en los tratados, porque permite reconocer derechos no enunciados en el texto

⁴²⁸ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución política de 1993*, op. cit. , p.550.

⁴²⁹ GROS ESPIELL, Héctor. “Los derechos humanos no enunciados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29 c) de la Convención americana sobre Derechos Humanos”, op. cit. , p 171.

⁴³⁰ Artículo 35 de la Constitución de Bolivia de 1964: “ Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

⁴³¹ Artículo 63 de la Constitución de Honduras de 1982: “ Las declaraciones, derechos y garantías que enuncia esta Constitución no serán entendidos como negación de otras declaraciones , derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía , de la forma republicana , democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre”.

⁴³² GROS ESPIELL, Héctor. “Los derechos humanos no enunciados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29 c) de la Convención Americana sobre Derechos humanos”, op. cit. , pp. 148 –167.

constitucional y que pueden estar incluidos en tratados ratificados o no por el Perú.⁴³³

Además este artículo permite el uso de las acciones de garantía para proteger aquellos derechos derivados de este artículo⁴³⁴.

Sobre el artículo 3 se pronuncia el Tribunal Constitucional señalando:

- Resulta conveniente recurrir a la doctrina de los derechos "no enumerados" o derechos "no escritos"... Es bien conocido que en un sinnúmero de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales", cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3° de nuestra Constitución.
- Desde luego que la consideración de derechos no enumerados debe distinguirse de los "contenidos implícitos" de los "derechos viejos". En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente. Es lo que sucede con el derecho a un plazo razonable y su consideración de contenido implícito del derecho al debido proceso. Ese es también el caso de aquellos "contenidos nuevos" de un "derecho escrito". Y es que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional.
- Nuestra Constitución Política recoge en su artículo 3° una "enumeración abierta" de derechos, lo cual no obsta para pensar que en ciertos derechos constitucionales explícitamente reconocidos, subyacen manifestaciones del derecho que antaño no habían sido consideradas. El Tribunal Constitucional considera que, en la medida

⁴³³ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución política de 1993*, op. cit., pp. 151 –152.

⁴³⁴ OTAROLA PEÑARANDA, Alberto. *La Constitución explicada*, op. cit., p. 58.

en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos "no enumerados" y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita.⁴³⁵ (EXP. N.º 0895-2001-AA/ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 19 de agosto de 2002)

- ...no se puede hacer una interpretación restrictiva de derechos constitucionales.⁴³⁶ (EXP. N.º 324-99-AA/TC SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 9 de julio de 1999).

Por otro lado, Marcial Rubio cita una sentencia de la Corte Suprema (22 de julio de 1992), que explica el tema de los derechos no enunciados. Cabe señalar que en la Constitución de 1979, este tema estaba regulado en el artículo 4, que coincide con lo señalado en el artículo 3 de la Constitución de 1993. Dicha sentencia señalaba que el artículo 4 de la Constitución de 1979 "... consagra una cláusula abierta a fin de que la jurisprudencia pueda establecer nuevos derechos tutelables por ser inherentes a la persona humana y que por lo mismo no pueden ser indicados taxativamente⁴³⁷".

Según Bernaldes para determinar los derechos que incorporara el artículo 3, se tiene que tomar en cuenta lo señalado en la cuarta disposición final y

⁴³⁵ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0895-2001-AA.html>

⁴³⁶ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/0324-1999-AA.html>

⁴³⁷ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución política de 1993*, op. cit, p. 523

transitoria⁴³⁸ , ya que ambas normas incorporan derechos reconocidos en los tratados y les otorgan validez⁴³⁹.

En el mismo sentido se pronuncia Víctor García Toma, señalando los derechos a los que se refiere la cuarta disposición final y transitoria, estarían dentro de lo estipulado en el artículo 29⁴⁴⁰ de la Convención Americana sobre derechos humanos. Continúa el autor señalando, que el fundamento del artículo 3 responde a una perspectiva iusnaturalista, que afirma la existencia de facultades inherentes a la persona humana, anteriores y superiores al Estado⁴⁴¹.

Continúa el autor determinando que por el término derechos fundamentales debe entenderse:

- Los derechos relacionados con la libertad y seguridad, recogidos en el artículo 2.
- Los derechos económicos, sociales y culturales, recogidos entre los artículos 4 y 42 de la Constitución.

⁴³⁸ Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú

⁴³⁹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993: Análisis comparado*, op. cit., p. 156.

⁴⁴⁰ Convención Americana sobre derechos humanos-artículo 29-Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes , grupo o persona , suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertad reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b)limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c)excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d)excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁴⁴¹ GARCIA TOMA, Víctor. *Los derechos humanos y la constitución*. Lima:Gráfica Horizonte, 2001, p. 192.

- Los derechos relacionados con las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional recogida en el artículo 139.
- Los derechos no mencionados pero que tengan la naturaleza análoga o que se basen en la dignidad humana.
- Los derechos que responden a la forma política señalada por la Constitución⁴⁴².

Por ende, la enumeración de los derechos fundamentales de la persona es sólo referencial. Como señala el autor, es función de los órganos supranacionales e internos, el incrementar el reconocimiento de otros derechos por vía jurisprudencial⁴⁴³.

Según Rodríguez Brignardelo, este artículo permite que puedan constitucionalizarse derechos recogidos en los Tratados de Derechos humanos, pues cumplen con ser análogos a los recogidos en la Constitución, se basan en la dignidad de la persona y respetan los principios de soberanía del pueblo, de estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. No siendo preciso que se expresen directamente en la Constitución, basta que “se declare jurisdiccionalmente la constitucionalización respectiva”⁴⁴⁴ por el Tribunal Constitucional, que es el órgano de control constitucional y resuelve en última instancia las acciones de garantía.

⁴⁴² Ibid, p. 193.

⁴⁴³ Loc. Cit.

⁴⁴⁴ RODRIGUEZ BRIGNARDELO, Hugo. “Los tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1993”. En: *Derecho y Sociedad*. Número 12, año VIII, II etapa, Lima, 1997, p. 98.

Por otro lado, la garantía que protege estos derechos es la acción de amparo. Se regula en el inciso 2 del artículo 200 de la Constitución de 1993 y señala:

La acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario, o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

Este artículo es más específico que el artículo 295 de la Constitución anterior, que sólo hacía referencia a los “demás derechos”, mientras que la Constitución de 1993 se refiere a los hechos u omisiones pasibles de ser objeto de acción de amparo y define a los actores de tales vulneraciones. Además agrega dos límites para la procedencia de la acción de amparo, no puede ser utilizado en contra de normas legales o resoluciones emanadas de proceso regular.

En suma, la regulación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en las Constituciones de 1979 y 1993 muestra un gran avance en comparación a la Constitución de 1933, que no tenía un capítulo específico sobre los derechos humanos y regulaba el derecho a la igualdad y a la no discriminación en un capítulo referido a temas diversos como el presupuesto nacional, la moneda, los préstamos nacionales, los cargos públicos, la libertad de asociación, la propiedad, la situación de los extranjeros etc.

El derecho a la igualdad ante la ley se expresa idénticamente en las Constituciones de 1979 y 1993. En cambio, el derecho a la no discriminación se regula de modo distinto y más ampliamente en la Constitución de 1993 que añade dos tipos prohibidos de discriminación (origen, condición económica) y

una cláusula abierta (cualquier otra índole) que permitiría la prohibición de otros tipos de discriminación no incluidos expresamente en el listado del inciso 2 del artículo 2. Además, el artículo 3 y la cuarta disposición final y transitoria también son importantes cuando se trata de determinar qué otros tipos de discriminación están prohibidos por nuestro ordenamiento.

A partir de estos artículos (inciso 2 del artículo 2, artículo 3 y cuarta disposición final y transitoria) se puede concluir señalando que los derechos que la Constitución protege no se reducen a los que señala expresamente en alguno de sus artículos y que a través del desarrollo jurisprudencial y de la correcta interpretación de la cláusula abierta del artículo 2, inciso 2 y del artículo 3 se puede concluir que otros derechos; como el derecho a la no discriminación por orientación sexual, están reconocidos y protegidos constitucionalmente.

Otro artículo que nos interesa resaltar es el artículo 14, que señala "...la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorios en todo el proceso educativo civil o militar...". Este artículo tiene como antecedente el artículo 22 de la Constitución de 1979 y es importante para nuestro tema de tesis, porque permite comprender que el rol de la Constitución no se limita a reconocer derechos y deberes, sino que ésta impone el deber de propagar su conocimiento y de los derechos humanos. Además esta enseñanza implica que tendrá que darse amplia información sobre el contenido de los derechos que ésta reconoce, propiciando con este conocimiento una comprensión desprejuiciada sobre la orientación sexual y el

derecho a no ser discriminado por tener una orientación sexual diferente a la generalmente aceptada ⁴⁴⁵.

3.3 Tratados y Conferencias relacionados a la no discriminación por orientación sexual ratificados por el Perú

Dado que los derechos a la igualdad y a la no discriminación están protegidos por varios Tratados Internacionales, cabe analizar la fuerza jurídica especialmente de los tratados sobre derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico.

3.3.1 Regulación de los tratados en la Constitución de 1993

Cabe señalar brevemente la regulación de ese tema en la Constitución de 1979. Este tema era regulado en el capítulo V “De los Tratados”, que se ubicaba en el título II “Del estado y la nación”, a través de los artículos 101 al 109.

Utilizaba equivocadamente el calificativo internacional, ya que por definición no existen tratados internos, el tratado se realiza entre sujetos de derecho internacional como por ejemplo los Estados.

⁴⁴⁵ Cumpliendo con el mandato del artículo 14 de la Constitución, el diseño curricular de la educación secundaria de menores; diseñado por el Ministerio de Educación, plantea dentro del área de ciencias sociales la enseñanza de la constitución y las leyes en el segundo grado de secundaria. Así como la enseñanza de los derechos humanos y de la Carta democrática internamericana, en el primer grado de secundaria. Resolución Ministerial No 019-2004-ED. Lima:Ministerio de Educación, 2004.

Dos aspectos importantes que se reconocían en esta Constitución:

a) Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos

El reconocimiento del rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos en el artículo 105, que señalaba:

Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

Miguel De La Lama señala que la jerarquía constitucional que se reconoce a los tratados sobre derechos humanos, coincide con lo regulado en el Título Primero de la Constitución que reconoce los derechos estipulados en la Declaración Universal de 1948 y con el Título Quinto que a través de las garantías constitucionales protegen el respeto de los derechos humanos. Esta jerarquía constitucional implicaba que estos tratados sólo podían ser modificados por el procedimiento de reforma constitucional⁴⁴⁶.

Este artículo debía ser interpretado en relación con la disposición general y transitoria décimo sexta⁴⁴⁷ que ratifica constitucionalmente varios tratados de derechos humanos como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Convención Americana sobre derechos humanos, entre otros.

⁴⁴⁶ DE LA LAMA, Miguel. “La Constitución Política de 1979 y los Tratados”. En: *La Constitución política de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima :Cultural Cuzco, 1987, p. 485.

⁴⁴⁷ Disposición general y transitoria – Decimosexta, Constitución de 1979 - Se ratifica constitucionalmente en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Se ratifica igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la comisión interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

b) Conflicto entre los tratados sobre derechos humanos y otras normas

En cuanto al tema de la primacía de los tratados sobre la ley, explica Delgado citado por Gros Espiell, que los Tratados sobre Derechos Humanos además de gozar del rango constitucional, son oponibles a cualquier norma inferior a la Constitución, como lo establece el artículo 87 que señala “La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal...”. Este artículo tiene relación con lo estipulado en el artículo 101 que señala “... En caso de conflicto entre tratado y la ley, prevalece el primero”, aunque este artículo no haga referencia a los tratados sobre derechos humanos establecía la primacía de los tratados en general sobre las leyes⁴⁴⁸.

Según Miguel De La Lama esta Constitución presenta una tendencia monista, determinando la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho nacional, en tanto:

- a) Incluye a través del artículo 103 la posibilidad de aprobar a través del mismo proceso de reforma constitucional.
- b) La primacía de los tratados sobre el derecho interno (artículo 101).
- c) La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos (artículo 105) que sólo pueden ser modificados por el procedimiento de reforma constitucional (artículo 306)⁴⁴⁹.

En la Constitución de 1993, el tema de los tratados es regulado en el capítulo II “De los tratados”, del título II “Del Estado y la nación”, a través de los artículos 55, 56 y 57. La estructura de la regulación de este tema es idéntica a

⁴⁴⁸ GROS ESPIELL, Héctor. “Los derechos humanos no enunciados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29 c) de la Convención Americana sobre Derechos humanos”, op. cit., p. 37.

⁴⁴⁹ DE LA LAMA, Miguel. *La Constitución política de 1979 y los tratados*, op. cit., p. 491.

lo determinado en la Constitución de 1979, en tanto presenta un título y un capítulo que coinciden en su denominación con la Constitución actual. Sin embargo, se diferencian en el número de artículos que recoge el capítulo correspondiente a los tratados, en la Constitución anterior el tema se recogía en nueve artículos, en contraste a esto la Constitución de 1993 sólo recoge tres artículos. Otra diferencia es la claridad con la que se regula en la Constitución de 1979 el tema de la jerarquía y primacía de los tratados de derechos humanos.

Fabián Novak ⁴⁵⁰ define al tratado como “todo acuerdo de voluntades, complejo o simplificado, cualquiera sea su procedimiento de celebración, modalidad o nomenclatura”⁴⁵¹. Por eso, está de acuerdo con la eliminación del vocablo “internacionales”, ya que no existen tratados internos. También está de acuerdo con el uso, sólo del término tratado a lo largo de los articulados de la Constitución, resolviendo con esto la confusión que se producía en la Constitución de 1979 que utilizaba en distintos artículos términos diferentes como tratados, convenios, acuerdos⁴⁵².

Pasaremos a analizar los artículos que regulan el tema de los tratados en la Constitución de 1993: artículo 55, artículo 56, artículo 57, inciso 4 del artículo 200, cuarta disposición final y transitoria.

El artículo 55 señala “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Lo que significa que son normas de obligatorio cumplimiento dentro del Estado peruano.

⁴⁵⁰ NOVAK TALAVERA, Fabián. “Los tratados y la Constitución Peruana de 1993”. En: *Agenda Internacional*. Año 1, número 2, julio-diciembre 1994, p. 72.

⁴⁵¹ Loc. Cit.

⁴⁵² Ibid, p. 73.

Novak está de acuerdo con la redacción del artículo 55, pues su antecedente el artículo 101 de la Constitución de 1979, se refería sólo a los tratados celebrados con otros Estados, limitando el concepto de tratado, que como señala el autor pueden ser celebrados no sólo con Estados sino con otros sujetos de Derecho Internacional con capacidad para celebrar tratados, como las organizaciones internacionales⁴⁵³.

Agrega Landa , que conforme al artículo 55 los tratados aprobados y ratificados forman parte del derecho nacional y por ende, en caso de conflicto entre tratados y leyes no se aplicaría el principio de jerarquía, sino el principio de prevalencia de la norma especial sobre lo general y prevalece la norma posterior sobre lo anterior⁴⁵⁴.

El artículo 56⁴⁵⁵ se refiere a la aprobación por parte del Congreso de los tratados que versan sobre determinadas materias, entre ellas los derechos humanos. Se establece que los Tratados sobre Derechos humanos, deben ser aprobados por el Congreso mediante Resolución Legislativa y posteriormente ratificados por el Presidente de la República. Ruth Gonzalez Velatiño⁴⁵⁶ explica las razones por las cuales se reservan ciertas materias a la aprobación del Congreso:

⁴⁵³ Ibid, p. 75.

⁴⁵⁴ LANDA, César. “ La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y las decisiones de las cortes internacionales, especialmente en materia de derechos humanos”. En: *Taller de derecho*. Año, I, número 1, 2002, p. 164.

⁴⁵⁵ Constitución de 1993, artículo 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos humanos
2. Soberanía, dominio o integridad del estado.
3. Defensa nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

⁴⁵⁶ GONZALES VELAPATIÑO, Ruth. “Tratados y Constitución”. En: *Derecho y Sociedad*. Año 6, número 10, 1995, p. 175.

- La importancia de las materias.
- El peligro si se utiliza la vía simplificada para la aprobación de tratados sobre materias, como soberanía, defensa nacional etc.
- El respeto por las competencias exclusivas del Congreso, como la aprobación del endeudamiento del Estado, la creación y modificación de tributos.

Por otro lado, el artículo 57 en su primer párrafo ⁴⁵⁷ señala que no es necesario la aprobación del Congreso previa a la ratificación del Poder Ejecutivo, en aquellos casos que el tratado verse sobre temas distintos a las detalladas en el artículo 56.

Bernales señala que esta Constitución progresa en ordenar y clarificar la competencia del Congreso y del Presidente, para aprobar los diferentes tipos de tratados ⁴⁵⁸. En el mismo sentido se pronuncia Novak, que considera que la Constitución de 1993 hace bien en distinguir entre los acuerdos complejos o solemnes que requieran el control parlamentario previo y los simplificados o convenios ejecutivos que son celebrados a sola firma del Presidente de la República. Con esto se superaba la confusión planteada por el artículo 104 ⁴⁵⁹ de la Constitución de 1979, que hacía referencia a la capacidad del Presidente de celebrar, ratificar, adherirse a tratados que versaran sobre “materias de su

⁴⁵⁷ Constitución de 1993, artículo 57, primer párrafo- El Presidente de la República puede celebrar o ratificar Tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos debe dar cuenta al Congreso.

⁴⁵⁸ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, op. cit, p. 297.

⁴⁵⁹ Constitución de 1979, artículo 104 – el Presidente de la República puede, sobre materias de su exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios con estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherir a ellos sin el requisito previo de la aprobación del congreso. En todo caso debe dar cuenta inmediata a éste.

exclusiva competencia” sin previa aprobación del Congreso, sin especificar cuáles eran estas materias de exclusiva competencia ⁴⁶⁰. Se elimina también la atribución facultativa del Presidente de elegir la vía simplificada o compleja de aprobación de un tratado ⁴⁶¹. Novak señala “que la condición jurídica de *ius cogens* de las normas sobre derechos humanos, hacían necesario un tratamiento preferencial de los mismos en el derecho interno, estableciendo un procedimiento de aprobación riguroso, donde el Congreso ejerciera un control previo”⁴⁶².

El segundo párrafo del artículo 57 ⁴⁶³ señala que si el contenido del Tratado “afecta disposiciones constitucionales”; es decir, que modifica alguna disposición de la Constitución, debe ser aprobado a través del mismo procedimiento que se utiliza para la reforma constitucional (regulada en el artículo 206 de la Constitución⁴⁶⁴). A decir de Marcial Rubio el objetivo de esta norma es evitar el caso en que un Tratado ratificado no pueda ser cumplido por contradecir alguna norma constitucional⁴⁶⁵.

Landa analiza el artículo 57 de la Constitución, como parte de la tesis del rango supraconstitucional, señala que este artículo deja abierta la posibilidad

⁴⁶⁰ NOVAK, Fabián. “Los tratados y la constitución peruana de 1993”, op. cit., pp. 81-82.

⁴⁶¹ Ibid, p. 83.

⁴⁶² Loc. Cit.

⁴⁶³ Constitución de 1993, artículo 57 , segundo párrafo- ...Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República...

⁴⁶⁴ Constitución de 1993, artículo 206- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con la aprobación del consejo de ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

⁴⁶⁵ RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 176.

de prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre la Constitución, en caso su adopción implique una modificación constitucional. Agrega que si un tratado que afecte una disposición constitucional no fuera aprobado a través del procedimiento agravado de votación para una reforma constitucional, sería inconstitucional y podría deducirse su nulidad⁴⁶⁶.

Otro artículo que regula el tema de los tratados es la cuarta disposición final y transitoria⁴⁶⁷. Landa se cuestiona sobre si estos tratados deben tener cumplimiento como normas obligatorias o ser de aplicación supletoria en caso de vacío o duda en la aplicación de una norma constitucional o legal. Se basa, en que la Constitución enumera no taxativamente los derechos humanos, permitiendo una visión amplia sobre el tema como lo señala el artículo 3 de la Constitución y que los tratados son parte del derecho nacional (artículo 55) y por eso, son normas de cumplimiento obligatorio por los órganos constitucionales y los ciudadanos⁴⁶⁸. Concluye, señalando que el sentido de esta norma es que los órganos judiciales deben interpretar los derechos y libertades directamente a través de los tratados y a través de las sentencias, opiniones y recomendaciones que la justicia internacional haya determinado sobre los derechos humanos. Con esto se cumple con lo estipulado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, según las cuales no se puede invocar una norma interna para justificar el incumplimiento del tratado⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ LANDA, César. “La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y las decisiones de las cortes internacionales, especialmente en materia de derechos humanos”, op. cit, pp. 163-164.

⁴⁶⁷ Constitución de 1993, cuarta disposición final y transitoria- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

⁴⁶⁸ Ibid, p. 166.

⁴⁶⁹ Ibid, p. 167.

Otro artículo que regula el tema de los tratados es el inciso 4 del artículo 200⁴⁷⁰ que señala que se puede interponer acción de inconstitucionalidad contra los tratados. Se establece como instancia única para resolver este proceso al Tribunal Constitucional (inciso 1 artículo 202⁴⁷¹). Por otro lado, en el inciso 4 del artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que podrían ser impugnados “Los tratados internacionales que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución”⁴⁷².

Cabe señalar que en la Constitución de 1979 la acción de inconstitucionalidad no procedía contra tratados (artículo 298 de la Constitución de 1979⁴⁷³ y artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales⁴⁷⁴). Tenía como objetivo asegurar la primacía de la Constitución, con respecto a otras normas, no actuaba con el objetivo de proteger los derechos subjetivos, por ello su ubicación estaba dentro de las Garantías del ámbito de la Justicia Constitucional Orgánica⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ Constitución de 1993, inciso 4, artículo 200- La acción de inconstitucionalidad que procede contra normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

⁴⁷¹ Constitución de 1993, artículo 202, inciso 1- Conocer en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

⁴⁷² COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Garantías constitucionales*. Lima:CAJ, 1998, p. 102.

⁴⁷³ Constitución de 1979, artículo 298 – El Tribunal de Garantías constitucionales tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para:

1. Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la constitución por la forma o por el fondo...

⁴⁷⁴ Ley 23385, artículo 19 – Mediante el proceso de declaración de inconstitucionalidad regulado en este título el Tribunal garantiza la primacía de la constitución, y declara si son constitucionales o no, por la forma o por el fondo los siguientes normas que sean impugnadas:

1. Las leyes
2. Los decretos legislativos
3. Las normas regionales de carácter general y
4. Las ordenanzas municipales

⁴⁷⁵ DANOS, Jorge; SOUSA, Martha. “Constitucionalidad de las normas”. En : *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima:Cultural Cuzco, 1987, pp. 331-335.

Fabían Novak, critica la inexistencia en la Constitución de 1979 de algún tipo de control reparador o preventivo de la constitucionalidad de los tratados. Se adhiere a la postura de Guillermo Fernández Maldonado ⁴⁷⁶ quién también hace la misma crítica y pone como ejemplo el caso de la Constitución Española, que en el artículo 95.2, recoge el control constitucional previo a la aprobación y ratificación de los Tratados⁴⁷⁷.

Novak esta de acuerdo con la norma de la Constitución de 1993 que consigna el control posterior de constitucionalidad de los tratados, a través de la acción de inconstitucionalidad⁴⁷⁸. Sin embargo, agrega que “la ley orgánica que regule el ejercicio de esta garantía así como sus efectos, deberá tomar en cuenta la materia específica de los tratados, a fin de evitar posibles contradicciones”⁴⁷⁹, se está refiriendo a la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que regula específicamente el tema de acción de inconstitucionalidad.

Ruth Gonzalez Velapatiño señala que se establece por primera vez un control constitucional sobre los tratados; sean aprobados por vía solemne (como los tratados sobre derechos humanos) o simplificado, según su opinión de modo indirecto otorga grado constitucional a los tratados⁴⁸⁰.

Se opone a estos planteamientos Rodríguez Brignardelo quien sostiene que dicha acción no puede establecerse contra los Tratados de Derechos Humanos ya adoptados porque estos forman parte del derecho interno y por

⁴⁷⁶ Ver FERNANDEZ MALDONADO Guillermo. “Los tratados internacionales y el Sistema de fuentes de derecho en el Perú”. En: *Derecho*. Número 43-44, 1989 -diciembre1990, pp. 337 y ss.

⁴⁷⁷ NOVAK TALAVERA, Fabián. “Los tratados y la Constitución peruana de 1993”, op. cit, p. 93.

⁴⁷⁸ Ibid, p. 94.

⁴⁷⁹ Loc. cit.

⁴⁸⁰ GONZALEZ VELAPATIÑO, Ruth. “Tratados y constitución”, op. cit., p. 176.

ello no pueden ser inconstitucionales. Tampoco puede darse contra aquellos que en el futuro puedan adoptarse, porque estos necesariamente tendrán que respetar la Constitución, aunque puede darse el caso que su normativa no coincida con la Constitución. Por ende, la acción de inconstitucionalidad tendría que impulsarse contra las resoluciones legislativas (emanadas del Congreso) que aprueben la incorporación de los Tratados sobre Derechos Humanos al ordenamiento interno⁴⁸¹.

Sobre otro aspecto se refiere Bernales, señala que la acción de inconstitucionalidad tiene por efecto (en caso sea declarada fundada) dejar sin efecto la norma, es decir tiene efecto análogo a la derogación de la norma contra la que se interpuso la acción de inconstitucionalidad⁴⁸². Esto no concuerda con lo establecido en los artículos 56 y 57, que determinan la existencia de dos tipos de tratados según como el proceso de aprobación, es decir aquellos tratados que aprueba el Congreso tiene rango de ley (dictados por resolución legislativa) y aquellos que aprueba el Presidente tienen rango de norma ejecutiva (son dictados por Decreto Supremo). Agrega el autor, que aquellos tratados aprobados por el Congreso que tienen rango de ley (artículo 56) podrán ser impugnados por la acción de inconstitucionalidad y aquellos que aprueba el Presidente podrán ser impugnados por acción popular. Los tratados señalados en el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución de 1993, no podrán ser impugnados, si hubiera alguna incompatibilidad primará lo contenido en el tratado por ser “no sólo posterior a la Constitución, sino también un acuerdo con otros Estados”. Al ser aprobado por el procedimiento

⁴⁸¹ RODRIGUEZ BRIGNARDELO, Hugo. “Los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Constitución peruana de 1993”, op. cit, pp. 95 – 96.

⁴⁸² BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado, op. cit, p. 711.

de reforma constitucional, tiene rango constitucional y por ende, no pueden ser impugnados por acción de inconstitucionalidad⁴⁸³.

Elizabeth Salmón en su análisis sobre la Constitución de 1993, propone que se realice un control a priori de constitucionalidad de los tratados, para evitar la situación de no poder aplicar a nivel interno el tratado por la presencia de una sentencia que declara su inconstitucionalidad y sin embargo a nivel internacional seguir obligado a respetarlo.⁴⁸⁴ Basa su planteamiento en el inciso 1, del artículo 95 de la Constitución de España que establece:

La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional⁴⁸⁵.

En suma, a partir del inciso 4 del artículo 200; que se refiere a la acción de inconstitucionalidad, surgen dos problemas:

- Podría considerarse que los tratados sobre derechos humanos tienen rango de ley, al enumerar dentro del listado de normas con rango de ley a los tratados, sin especificar qué tipo de tratados o sobre qué temas deben referirse.
- Podría considerarse válida la acción de inconstitucionalidad posterior a la ratificación de un tratado sobre derechos humanos.

Por estas confusiones, en nuestra opinión lo correcto sería que existiera una norma que especifique el rango de los tratados sobre derechos humanos y

⁴⁸³ Ibid, p. 712.

⁴⁸⁴ SALMÓN, Elisabeth. "Las normas internacionales en la propuesta de la Comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional del Perú". En : *Agenda Internacional*. Año VII, número 16, 2002, p. 74.

⁴⁸⁵ Ibid, p. 75.

que la evaluación de la constitucionalidad del tratado que se piensa ratificar se de previamente a la ratificación a fin de decidir modificar las normas constitucionales que se requieran o no ratificar dicho tratado. Así se evitarían posibles pedidos de acción de inconstitucionalidad de un tratado sobre derechos humanos en vigor, que no coincida; por ejemplo, con normas o políticas creadas por algún gobierno autoritario que no quiera respetar los derechos humanos.

- **Jerarquía de los tratados de derechos humanos y primacía en caso de conflicto con otras normas**

Dos temas que no se presentan con la misma claridad que en la Constitución de 1979 son la jerarquía y la primacía de los tratados sobre derechos humanos, por ello cabe hacer un análisis sobre el tema. En cuanto a la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos, la Constitución de 1993 no incluye una disposición parecida al artículo 105 de la Constitución de 1979, que le otorgaba a los tratados sobre derechos humanos rango constitucional.

Landa señala que la Constitución de 1993 no incluye un artículo como el 105 de la Constitución anterior y por ello, un sector de la doctrina sostiene que los tratados de derechos humanos no tienen rango constitucional y otro sector se basa en el artículo 3 de la Constitución de 1993 para sostener que los tratados sobre derechos humanos “al regular materia de nivel constitucional equivalente a lo dispuesto fundamentalmente en el Capítulo I “De la persona y de la Sociedad”, del Título I “De la persona y de la sociedad”, de la Constitución de 1993 tienen por su contenido material una jerarquía de carácter constitucional; motivo por el cual, gozan del rango constitucional por la materia

constitucional que abordan”⁴⁸⁶. En suma, según el autor debido a la jerarquía que se le otorga a la materia que regulan dichos tratados, estos tienen rango constitucional⁴⁸⁷.

Según Rodríguez Brignardelo los tratados sobre derechos humanos presentan un tratamiento particular en cuanto a la aplicación del principio de sucesión de normas en el tiempo y el de jerarquía normativa.

Primero analiza el segundo párrafo del artículo 57, que se refiere a la aprobación de un tratado que afecta disposiciones constitucionales señala que este artículo implica:

- a) Que el Tratado modifica alguna o varias normas constitucionales.
- b) Que la aprobación de dicho Tratado no reformará las normas constitucionales aludidas, sino que sólo suspenderá su vigor mientras el tratado se mantenga vigente⁴⁸⁸.

Según esto, el autor concluye señalando que los tratados internacionales en general, no se rigen bajo el principio de jerarquía normativa, pues el contenido de un tratado “ puede no coincidir con uno o varios preceptos constitucionales por así autorizarlo la misma carta, siempre que para la adopción de aquellos se hubiere recurrido a idéntica vía procesal que la que se emplea cuando se busca reformar la Constitución”⁴⁸⁹, en cambio una ley

⁴⁸⁶ LANDA, César. “La aplicación de los tratados internacionales en el derechos interno y las decisiones de las cortes internacionales, especialmente en materia de derechos humanos”, op. cit., p, 164.

⁴⁸⁷ Loc. Cit.

⁴⁸⁸ RODRIGUEZ BRIGNARDELO, Hugo. *Los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Constitución peruana de 1993*, op cit, p. 93.

⁴⁸⁹ Ibid, p. 94.

común no puede dictarse contrariamente a las normas constitucionales, pues se rige bajo el principio de jerarquía normativa.

Con respecto a la aplicación del principio de sucesión de las normas en el tiempo, señala el autor que una ley posterior a un tratado sobre derechos humanos no puede derogarlo. Basa su argumentación en lo planteado en la cuarta disposición final y transitoria que señala que la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como otros tratados y acuerdos ratificados y que se refieren al mismo tema son fuente para la interpretación de las normas que regulan temas sobre derechos y libertades protegidos por la Constitución. Esto significa que los tratados sobre derechos humanos no pueden ser derogados por una ley posterior “mientras que permanezcan reconocidos por nuestra Carta Magna como matriz interpretativa de los derechos y libertades constitucionales”⁴⁹⁰. Concluye el autor que, debido a estas peculiaridades, los tratados sobre derechos humanos tienen un nivel superior a las leyes, pues poseen fuerza de resistencia contra su derogatoria⁴⁹¹.

A opinión de Elizabeth Salmón, los tratados de derechos humanos deben tener una posición privilegiada con respecto a otros tratados, disponiéndose normas específicas para profundizar la obligación del Estado de proteger estos derechos. Señala que aunque la Constitución de 1993 no otorgue jerarquía constitucional a estos Tratados, le otorga una posición especial a través de un rol específico que deben cumplir: ser de fuente de interpretación de los derechos y libertades que reconoce la Constitución. Debe entenderse que también son fuente de interpretación los pronunciamientos de

⁴⁹⁰ Loc. Cit.

⁴⁹¹ Ibid, p. 95.

los órganos establecidos por los tratados para la protección de los derechos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así mismo, no se refiere sólo a los tratados ratificados al momento de la entrada en vigor de la Constitución de 1993 sino también de aquellos que en un futuro se aprueben. Sugiere la autora que esta disposición debe incluirse en el capítulo previsto para los derechos humanos⁴⁹².

Por otro lado, Javier Ciurlizza señala que la Constitución de 1993, reconoce rango de ley a los tratados a través del artículo 200 inciso 4 que permite la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley, entre ellas los tratados. Sin embargo, se plantea la posibilidad extrema de “que una ordenanza municipal o norma regional de carácter general, al tener el mismo rango que un tratado, podrían suspender los efectos de ese tratado en relación al municipio o región en cuestión”⁴⁹³.

Según Enrique Bernalles, los tratados sobre derechos humanos al ser aprobados por el Congreso a través de una norma de rango de ley; es decir a través de la resolución legislativa, tendrían rango de ley⁴⁹⁴.

Ciurlizza critica la supresión del rango constitucional de los tratados de derechos humanos y está en contra de la supuesta sustitución del contenido del artículo 105 de la Constitución de 1979 por lo que señala la cuarta disposición final transitoria que la Constitución de 1993, que tiene su base en lo

⁴⁹² SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. “Las normas internacionales en la propuesta de la Comisión de Estudio de las Bases de la reforma Constitucional del Perú”, op. cit. , pp. 78-81.

⁴⁹³ CIURLIZZA, Javier. “La inserción y jerarquía de los Tratados en la Constitución de 1993:retrocesos y conflictos”. En: *Lecturas sobre temas constitucionales*, Número 11, 1995, p. 73.

⁴⁹⁴ *Ibid*, p. 298.

estipulado por el artículo 10⁴⁹⁵ de la Constitución de España; el autor compara estas dos regulaciones y señala:

- Para España esta norma está ubicada en el título I “Derechos Fundamentales”, demostrando la importancia que se le concede al contenido de esta norma. En el Perú está ubicada en el acápite sobre disposiciones finales que se ocupa de temas no primordiales.
- La Constitución de España determina en su artículo 86 que los tratados no pueden ser derogados o suspendidos sino por aquellos medios que determina el derecho internacional; con esto se reconoce implícitamente la supremacía de los tratados sobre el derecho interno. Esto no es regulado por la Constitución peruana⁴⁹⁶.

Novak considera que ha sido un error eliminar el artículo 105 de la Constitución de 1979 que otorgaba jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos, que permitía no sólo la inaplicación de una norma inferior y contraria a este tratado sino que cabía la posibilidad de atacar la validez de la norma a fin de expulsarla del ordenamiento⁴⁹⁷.

El autor⁴⁹⁸ resume su postura a favor del artículo 105 de la Constitución de 1979:

⁴⁹⁵ Constitución de España-

Artículo 10 , Inciso 1- La dignidad de la persona, los deberes inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Inciso 2- Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la declaración universal de Derecho Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁴⁹⁶ CIURLIZZA, Javier. “La inserción y jerarquía de los Tratados en la Constitución de 1993:retrocesos y conflictos” ,op. cit., pp. 77-78.

⁴⁹⁷ NOVAK, Fabian. “Los tratados y la Constitución peruana de 1993”, op. cit. , p. 89.

⁴⁹⁸ Ibid, p. 90.

- a) Al elevarse a la jerarquía constitucional los tratados sobre derechos humanos, se otorga una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos.
- b) Esta norma refleja la voluntad del Estado peruano de preferir dichos tratados, realizando su imagen ante el exterior.
- c) Con esto la postura peruana coincidía con los planteamientos del Derecho Internacional, que atribuye jerarquía de *ius cogens* a las normas sobre derechos humanos.

Señala también los argumentos en contra de mantener esta norma:

- a) Se argumentaba que esta norma” podía generar problemas de responsabilidad internacional del Estado peruano, al no cumplir un tratado (con rango de ley) o por contravenir una norma relativa a un tratado de Derechos humanos (con rango constitucional)⁴⁹⁹.

Para el autor este argumento carecía de sentido porque los derechos humanos son considerados normas de *ius cogens* que priman sobre cualquier otra norma de Derecho Internacional. Así mismo la Convención de Viena de 1969 en sus artículos 53 y 64 determina como causal de nulidad de un tratado el que se contradiga una norma de *ius cogens*. Por todo esto, los tratados sobre derechos humanos en la Constitución de 1979 “priman internamente sobre los demás tratados por su jerarquía constitucional y primaban también internacionalmente sobre éstos, por contener normas de *ius cogens*”⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Loc. Cit.

⁵⁰⁰ Loc. Cit.

b) Otros señalaban que el artículo 105 se derogó porque ya estaba incluido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 que establecía tácitamente la jerarquía constitucional. El autor está en contra de este planteamiento, porque la cuarta disposición final y transitoria no hace referencia expresa del rango de estos tratados sino de la interpretación de las normas sobre derechos humanos conforme a los documentos internacionales⁵⁰¹.

En cuanto a la primacía de los tratados sobre derechos humanos, Rodríguez Brignardelo⁵⁰² pone el supuesto de una norma constitucional que reconozca derechos opuestos a lo determinado por algún Tratado sobre Derechos Humanos ya adoptado al entrar en vigencia la Constitución de 1993. Este sería un caso de conflicto de normas, por un lado lo estipulado por la Constitución y por otro lo que determina el Tratado sobre Derechos Humanos. Para solucionar esto, según el autor, se debe buscar una interpretación congruente entre la norma constitucional y la norma del Tratado sobre Derechos Humanos. Sólo si esto no es posible debe optarse por respetar lo señalado en la Constitución, en base a lo señalado en el artículo 51⁵⁰³ y el 138⁵⁰⁴ de la Constitución, que estipulan la prevalencia de la Constitución

⁵⁰¹ Ibid, p. 91.

⁵⁰² RODRIGUEZ BRIGNARDELO, Hugo. "Los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Constitución peruana de 1993", op. cit, pp. 96-97.

⁵⁰³ Constitución de 1993, artículo 51- La Constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencia para la vigencia de toda norma del Estado.

⁵⁰⁴ Constitución de 1993, artículo 138- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

sobre otra norma y obligan a preferir la norma Constitucional a otra norma que le sea incompatible.

Por su parte, Enrique Bernalles señala que la Constitución de 1993, recoge una prevalencia limitada de los tratados sobre derechos humanos en la cuarta disposición final y transitoria, que señala que las normas referentes a derechos y libertades deben interpretarse conforme a la Declaración Universal de Derechos humanos y otros tratados, convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú ⁵⁰⁵.

Critica Novak, la omisión de un artículo que determine una solución en caso de conflicto entre un tratado y una ley interna, que sí estaba recogido en la Constitución de 1979 a través de su artículo 101 y cuyo efecto era la inaplicabilidad de la norma contraria al tratado que estuviera vigente; esto no implicaba entender que el tratado tuviera un rango superior a la ley, era considerado de rango de ley ⁵⁰⁶.

El autor se expresa a favor de la primacía de Derecho Internacional sobre el Derecho interno, se basa en lo establecido por la jurisprudencia internacional y en las constituciones modernas de Europa Occidental. Señala que “la norma internacional siempre prima en caso de conflicto sobre el derecho interno de un Estado, independientemente de la voluntad de éste y de lo que establece una disposición constitucional” ⁵⁰⁷.

Carolina Loayza Tamayo señala que una lectura correcta de los artículos sobre derechos humanos y aquellos sobre la recepción de los tratados en el

⁵⁰⁵ BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, op. cit., p. 297.

⁵⁰⁶ NOVAK, Fabián. “Los tratados y la Constitución peruana de 1993”, op. cit., p. 76-77.

⁵⁰⁷ *Ibid*, p. 80.

derecho interno, llevaría a determinar la preeminencia de los derechos humanos, sobre otras normas⁵⁰⁸.

Agrega que es necesario una interpretación adecuada del artículo 1 y del artículo 44 de la Constitución de 1993, a fin de llegar a la conclusión de que el aparato estatal y judicial deben defender a la persona humana y respetar su dignidad (artículo 1 de la Constitución de 1993) lo que implica la defensa y respeto de los derechos humanos; tal como lo señala el artículo 1 de la Convención Americana sobre los Derechos humanos, cuya interpretación según la Cuarta Disposición Transitoria y final de la Constitución de 1993 se extiende a los artículos 1 y 44 de nuestra Constitución⁵⁰⁹.

Según la autora los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional y prevalecen sobre otras leyes; justifica su postura no sólo en la intención de los legisladores, sino en el espíritu de la Constitución y de una adecuada interpretación de la Constitución y de sus normas, que debe efectuarse de “buena fe”, teniendo en cuenta “su objeto y su fin. No caben interpretaciones restrictivas en materia derechos humanos, la regla es la interpretación de carácter extensivo...”⁵¹⁰. Sin embargo, según la autora sería necesario la incorporación expresa de una norma que regule el tema de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos⁵¹¹.

En suma, la regulación de los tratados sobre derechos humanos en la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993 difiere en temas esenciales

⁵⁰⁸ LOAYZA TAMAYO, Carolina. “Recepción de los Tratados de Derechos Humanos en la Constitucional Peruana de 1993 y a su aplicación por el Poder Judicial”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año II, número 3, 1996, pp. 35-36.

⁵⁰⁹ *Ibid*, pp. 42-43.

⁵¹⁰ *Ibid*, p. 48.

⁵¹¹ *Loc. Cit.*.

como la jerarquía y la primacía de estos tratados en caso de conflicto entre normas. La Constitución de 1979 era más clara y firme en cuanto al tema de los tratados sobre derechos humanos, en tanto les reconocía jerarquía constitucional y su primacía en caso de conflicto de normas. La Constitución de 1993 no regula expresamente estos temas, sin embargo varios autores se valen de la interpretación integral del texto constitucional para llegar a la misma conclusión o de lo regulado por la cuarta disposición final y transitoria. En nuestra opinión debido a la importancia de los tratados sobre derechos humanos, su jerarquía y prevalencia sobre otras normas debe estar expresamente regulado en la Constitución, a fin de evitar interpretaciones contrarias, que deriven en la justificación del incumplimiento de un tratado sobre derechos humanos ratificado por el Perú.

Consideramos que la cuarta disposición final y transitoria, no es lo suficientemente clara para determinar a partir de ella la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos, puesto que este artículo no hace referencia expresa sobre esto sino que se refiere a que son fuente de interpretación de los derechos que la Constitución reconoce, en este punto coincidimos con el planteamiento de Fabian Novak.

3.3.2 Implementación de los tratados y conferencias

3.3.2.1 Tratados ratificados por el Perú

Es importante para nuestro tema señalar qué tratados sobre derechos humanos, en especial que protejan el derecho a la igualdad y a la no

discriminación, hemos ratificado y cuáles son nuestras obligaciones y si la cumplimos o no. En especial, trataremos de determinar si estos tratados protegen el derecho a la no discriminación por orientación sexual.

a) Enumeración de los tratados ratificados

- Declaración Universal de los Derechos Humanos - Ratificado en diciembre de 1959 su ámbito es universal y de carácter vinculante.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos- Ratificado el 12 de enero de 1978 y entró en vigor el 21 de enero de 1981 su ámbito es regional. Su carácter es vinculante.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Protocolo de San Salvador → Ratificado el 17 de mayo de 1995. Su ámbito es regional y su carácter vinculante.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales → Entró en vigor el 28 de julio de 1978. Su ámbito es universal y su carácter vinculante.
- Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos → Entró en vigor el 28 de julio de 1978. Su ámbito es universal y su carácter vinculante.
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos → Fue ratificado el 3 de octubre de 1980 y entró en vigor el 3 de enero de 1981. Su ámbito es universal y tiene carácter vinculante.

b) Compromisos adquiridos

- Los Estados Partes tienen el deber de respetar los derechos reconocidos y garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Artículo 2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos , el artículo 1 de la Convención Americana sobre derechos humanos, artículo 2 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos humanos).
- Adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivas los derechos reconocidos (inciso 2 del artículo 2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el artículo 2 de la Convención Americana sobre derechos humanos).

Como hemos explicado en el capítulo I estas normas protegen el derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin embargo ninguna de ellas hace alusión expresa del derecho a la no discriminación por orientación sexual. Puede argumentarse que este derecho está reconocido a través de la cláusula abierta “o de cualquier otra índole”. Además la Comisión de derechos humanos y el Comité de derechos políticos, sociales y culturales se han pronunciado a favor del reconocimiento de este derecho.

Por otro lado, al ser de carácter vinculante imponen al estado peruano la obligación de incluir en su normativa interna los derechos que recoge.

c) Cumplimiento de dichos compromisos

Ahora cabría respondernos a la siguiente pregunta: ¿Se han tomado las medidas necesarias; sean políticas y normativas para implementar la correcta ejecución de dichos tratados en cuanto al derecho a la igualdad y a la no discriminación?

Se ha tratado de ampliar el campo de protección del derecho a la no discriminación a fin que no sólo la Constitución lo proteja, sino que sea protegido por normas especiales que regulen este tema en diversos ámbitos:

- Ley N° 25202 (23 de febrero de 1990) Ley de la Bolsa de Trabajo, tenía por objeto evitar la discriminación en la contratación de trabajadores sindicalizados. Obligaba a las empresas constructoras a contratar 25% de trabajadores sindicalizados⁵¹².
- Ley N° 27049 (6 de enero de 1999) que protege a los consumidores en la adquisición de productos y prestación de servicios, de todo tipo de discriminación⁵¹³.
- Ley N° 27050 (1999) Ley General de la Persona con Discapacidad, que protege a las personas discapacitadas de todo tipo de discriminación⁵¹⁴.
- Ley N° 26859 Ley orgánica de elecciones, que en su artículo 116 determina que debe incluirse un treinta por ciento de candidatas mujeres en las listas electorales. Tiene por objetivo promover la participación representativa de las mujeres⁵¹⁵.

⁵¹² GARCIA TOMA, Víctor. *Los derechos humanos y la constitución*, op. cit. , p. 58

⁵¹³ COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual 2000*. Lima:CNDA, 2001, p. 225 y GARCIA TOMA, Victor, *Los derechos humanos y la Constitución* ,op. cit, p. 55.

⁵¹⁴ COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual 2000*, op cit, p. 225.

⁵¹⁵ GARCIA TOMA, Victor. *Los derechos humanos y la Constitución*, op. cit, p. 58.

- Ley N° 27277 determina que las universidades públicas deben reservar un número de vacantes en sus procesos de admisión y en sus cursos de especialización técnica; a favor de funcionarios públicos, servidores públicos e hijos de éstos que fueron víctimas del terrorismo⁵¹⁶.

Estas dos últimas Leyes son ejemplos de normas que aplican el concepto de discriminación inversa, a fin de lograr la igualdad⁵¹⁷.

- Ley N° 27270 (26 de mayo del 2000) adiciona al título XIV-A del Código Penal el delito de discriminación a través del capítulo IV, artículo 323 que señala :

Artículo 323- El que discrimina a otra persona o grupo de personas, por su diferencia racial, étnica, religiosa o sexual, será reprimido con prestación de servicios a la comunidad de treinta a sesenta jornadas o limitación de días libres de veinte a sesenta jornadas.

Si el agente es funcionario público la pena será de prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas e inhabilitación por tres años, conforme al inciso 2 del artículo 36.

El artículo segundo de la citada ley define la discriminación como “la anulación o alteración de oportunidades o de trato, en los requerimientos personales, a los requisitos para ingresar a centros de educación, formación técnica, y profesional...”⁵¹⁸.

Según Chirinos Soto el límite del este artículo penal, es que para determinar la definición de discriminación se tiene que consultar los documentos internacionales que el Perú ha ratificado, es decir este artículo determina una sanción pero no define el hecho delictual, que

⁵¹⁶ Ibid, p. 59.

⁵¹⁷ Ibid, pp. 56-57.

⁵¹⁸ Ley No.27270 (26 de mayo del 2000)

sería la discriminación ⁵¹⁹. Otra posibilidad, es consultar el artículo 2 de la Ley 27270 que recoge la definición de discriminación. Lo criticable es que en la misma norma penal no se defina el delito.

Por otro lado, la protección que brinda este artículo a la no discriminación es limitada porque presenta una lista cerrada de supuestos, ni siquiera acoge todas las causales prohibidas en la Constitución y mucho menos la cláusula abierta “o cualquier otra índole”. Por ello, cabría cuestionarse sobre el verdadero objetivo de esta norma. Si su objetivo hubiera sido combatir la discriminación, hubiera incluido todos los supuestos determinados en el inciso 2, artículo 2 de la Constitución, incluyendo la cláusula abierta. Además, si hubiera tenido como objetivo utilizar el carácter disuasivo del derecho penal para erradicar todo acto discriminatorio hubiera impuesto penas más severas.

- Ley No 28237 (31 de mayo de 2004) Código de Procedimientos constitucionales. En su artículo 37, inciso 1⁵²⁰ señala que el derecho a la no discriminación por orientación sexual es un derecho protegido por el proceso de amparo. Sin embargo, el artículo 38 limita el campo de acción del proceso de amparo, determinando que no procede si el derecho alegado “carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionales protegidos del mismo”. Esto se

⁵¹⁹ CHIRINOS SOTO, Francisco. *Código Penal*. Segunda edición. Lima:ed. Rodhas, 2004, p. 708 – 709.

⁵²⁰ Código de procedimientos Constitucionales - artículo 37 , inciso 1 – De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo , raza , orientación sexual , religión opinión , condición, económica, social , idioma o de cualquier otra índole.

deriva del objetivo de esta norma, es decir limitar el uso del proceso de amparo a fin de que sea utilizado para alegar la protección de derechos reconocidos constitucionalmente. Esto significa que este inciso esta reafirmando la protección constitucional del derecho a la no discriminación por orientación sexual. Sin embargo, no se puede decir que esta norma satisface las necesidades de protección de los derechos de los homosexuales, porque al ser una ley no implica la modificación de otras normas que discriminan a los homosexuales; en cambio si a través de la Constitución se reconoce expresamente este derecho se podrían derogar normas como el Código de justicia militar o ser base para la creación de normas que prohíban y penalicen la discriminación por orientación sexual.

Como podemos apreciar la única norma que protege directamente el derecho de los homosexuales es el recientemente promulgado Código de procedimientos constitucionales, sin embargo no se puede decir que es suficiente para proteger el derecho a la no discriminación por orientación sexual.

Por otro lado, como se ha señalado el derecho a la no discriminación por orientación sexual no ha sido reconocido expresamente en una norma internacional, vinculante y universal. No obstante, este derecho sí puede ser protegido por las normas vigentes que garantizan el derecho a la no discriminación y las que reconocen los derechos sexuales y reproductivos. Sin embargo, esta normativa parece no ser suficiente para la protección de este derecho porque no existe una línea jurisprudencial que proteja este derecho, se

mantiene una situación de marginación y discriminación social, los homosexuales siguen protestando y luchando por el reconocimiento de sus derechos, etc. En suma estas normas no solucionan adecuadamente los problemas de los homosexuales, si fuera así no protestarían ni seguirían luchando por el reconocimiento de sus derechos.

Por esto, el Derecho debe responder a las características cambiantes de la sociedad y reconocer y proteger los derechos de todas las personas sin distinción, (como lo dice la Declaración Universal de derechos humanos, la Convención Americana, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos). Además, la discriminación por orientación sexual se ha convertido en un problema social, actual y grave y basándonos en la idea de que las causales estipuladas sobre prohibición de discriminación se establecen respondiendo a su gravedad y actualidad, se puede decir que el tema de la no discriminación por orientación sexual responde a esos fundamentos y necesita ser reconocido expresamente.

Siguiendo esta idea, en la actualidad 14 redes de organizaciones de derechos humanos están promocionando una campaña a fin de que se realice una Convención Interamericana sobre los derechos sexuales y reproductivos, a fin de que se definan y regulen específicamente estos temas y como ya hemos señalado el tema de la orientación sexual estaría incluido en estas discusiones⁵²¹.

⁵²¹ FERREYRA, Marcelo (IGLHRC). “Seminario – Taller Internacional Diversidad Sexual y derechos humanos (Lima, 24 de marzo del 2004)

3.3.2.2 Conferencias Internacionales asistidas

Enumeraremos las Convenciones y Conferencias internacionales en las que el Perú ha participado y ratificado sus programas de acción y que se refieran a la protección los derechos sexuales y reproductivos. Con esto, buscamos determinar cuáles son nuestras obligaciones con respecto a la protección de los derechos sexuales y reproductivos y por ende, del derecho a la no discriminación por orientación sexual y si las hemos cumplido o no.

a) Enumeración de las Convenciones y Conferencias

- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer → la ratificamos el 20 de agosto de 1982, tiene ámbito universal y es de carácter vinculante.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer → Hicimos el depósito el 9 de abril de 2001. Es de carácter vinculante, su ámbito es universal.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer → Se ratificó el 2 de abril de 1996. Es de ámbito universal y carácter vinculante.
- III Conferencia Internacional sobre población y desarrollo, El Cairo, 1994 - Se considera que propone recomendaciones, que no tiene carácter obligatorio.

- IV Conferencia mundial sobre la mujer, Beijing, 1995 – Sólo determina recomendaciones⁵²².

b) Compromisos adquiridos

- Los Estados partes tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para: eliminar la discriminación en la atención médica, acceso a los servicios médicos (incluso a los de planificación familiar) y asegurar la igualdad entre hombres y mujeres sobre el derecho a decidir el número, intervalo de nacimientos y a acceder a información, educación y medios que les permitan ejercer esos derechos. Además de garantizar servicios adecuados durante el embarazo, parto, post parto. Proporcionar servicios gratuitos en caso sea necesario. Asegurar una alimentación adecuada durante el período de embarazo y lactancia. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículos 12 y 16).
- Los Estados parte tiene el deber de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer. Además deben prevenir, investigar y sancionar esas prácticas. Deben incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas o de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia. Así como, adoptar medidas jurídicas para la prevención de hostigar, intimidar, amenazar, dañar a la mujer y tomar las medidas para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o

⁵²² MOVIMIENTO MANUELA RAMOS . *Derechos de las mujeres y equidad de género: estado actual de su cumplimiento por el Estado peruano*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 2001, pp. 32 –38.

consuetudinarias. Deben establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia. Y crear mecanismos judiciales y administrativos para lograr el resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces. (artículo 7 Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer).

- Las Conferencias de El Cairo y Beijing son las más importantes para nuestro tema ya que construyeron y reafirmaron el concepto de derechos sexuales y reproductivos. Los compromisos legislativos suscritos en el Cairo y Beijing pueden resumirse en ⁵²³ :
 - Incrementar la conciencia de la mujer sobre sus derechos tanto a nivel familiar, sobre sexualidad y reproducción.
 - Analizar la normativa vigente, en especial aquellas sobre salud de la mujer.
 - Reformar leyes e instituciones, a fin de que hombres y mujeres asuman responsabilidades y ejerzan sus derechos reproductivos, sobre la base de la igualdad. Así mismo debe eliminarse toda normativa y práctica discriminatoria.
 - Promover el acceso a la información, servicios de salud sexual y reproductiva, métodos de planificación familiar.

⁵²³ FONDO DE POBLACION DE LAS NACIONES UNIDAS. *Compromisos legislativos sobre salud y derechos sexuales y reproductivos: una revisión de los cinco años de las Conferencias de El Cairo y Beijing en América Latina y el Caribe*. Nueva York: ed. Grupo Parlamentario Interamericano sobre Población y desarrollo, 1999, p.4.

- Eliminar programas gubernamentales coercitivos de planificación familiar, incluso los incentivos o metas demográficas para los proveedores de planificación familiar.
- Proteger la privacidad y confidencialidad de los usuarios.
- Promover los principios de consentimiento responsable voluntario, elección libre e informada, a fin que se respeten los derechos humanos y valores éticos de los profesionales que trabajan en temas de planificación familiar.

c) Cumplimiento de dichos compromisos

Las principales dificultades que tienen los países de América Latina para implementar dichos compromisos son⁵²⁴:

- Limitados presupuestos nacionales.
- Inestabilidad política y social.
- Tradiciones culturales y religiosas fuertes, que dificultan el reconocimiento de la igualdad de género, de los derechos sexuales, y reproductivos.
- Presencia de divisiones de clase y etnia, así como de actos discriminatorios.

Desde 1994, los países de Latinoamérica han progresado en lo siguiente⁵²⁵:

⁵²⁴ Ibid , pp. 4-6.

⁵²⁵ Ibid, pp. 6-10.

- En cuanto a los programas o políticas implementadas.

Se han creado programas dirigidos a mejorar el acceso a la salud sexual y reproductiva; en países como Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú.

Como parte del progreso en cuanto al respeto y garantía de los derechos sexuales y reproductivos, el Perú ha implementado programas especiales para combatir el índice de aumento de las enfermedades de transmisión sexual y SIDA, y lo que nos interesa exponer es la manera en que estos programas favorecen a los homosexuales. A través de la Ley CONTRASIDA No. 26626, se establece el compromiso de implementar estrategias nacionales de control de estas enfermedades, de promover la cooperación técnica y económica nacional y extranjera para la prevención, control y asistencia de estas enfermedades, promover cambios legislativos que favorezcan la lucha contra estas enfermedades (artículo 2 , Ley No. 26626) ⁵²⁶. La “Guía nacional de Consejería en ETS/VIH/SIDA”, incluye el tema “hombres que tienen sexo con otros hombres (HSH)” dentro de su capítulo Consejería ⁵²⁷, entre otras cosas señala que el consejero debe respetar los estilos de vida, valores y preferencias sexuales del que consulta ⁵²⁸. Por otro lado, la “Guía nacional de atención integral del paciente con VIH/SIDA”, incluye dentro del grupo que considera que corre más riesgo para adquirir estas enfermedades a los trabajadores sexuales sean hombres o mujeres ⁵²⁹. Así mismo, el “Protocolo

⁵²⁶ PROGRAMA DE CONTROL DE ETS Y SIDA – MINISTERIO DE SALUD. *Guía Nacional de consejería en ETS y VIH/SIDA*. Lima: Ministerio de Salud, 1998, pp. 92-99.

⁵²⁷ Ibid, pp. 78 –79.

⁵²⁸ Ibid, p. 22.

⁵²⁹ PROGRAMA DE CONTROL DE ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL Y SIDA – MINISTERIO DE SALUD. *Guía Nacional de atención integral del paciente con VIH/SIDA*. Lima: Ministerio de Salud, PROCETSS, 1999, p. 22.

de atención del paciente VIH/SIDA” del Hospital Nacional Edgardo de Rebagliati Martins incluye en su enumeración de los grupos con factor de riesgo para la infección de VIH a las personas homo o bisexuales entre otros⁵³⁰.

- En cuanto a la legislación.

Varios países reconocen el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos. Países como Bolivia, Brasil, Costa Rica, México, Panamá, Perú, reconocen que la salud reproductiva es un derecho fundamental. Sobre este tema Brasil es el más avanzado. Su Ley de planificación familiar del 12 de enero 1996 (Ley N° 9263) reconoce el derecho a la planificación familiar, prohíbe todo tipo de control demográfico y nombró al “Sistema Individual de Salud” como responsable de brindar atención sobre temas de salud sexual y reproductiva.

Otro ejemplo, es el caso de Ecuador que aprobó en 1998 una nueva Constitución que reconoció el derecho a la salud y derechos reproductivos, la igualdad de género, la no discriminación y no violencia entre otros motivos por orientación sexual.

En el Perú la Constitución de 1993 repite lo señalado por la Constitución de 1979, sobre el tema de la planificación familiar al utilizar la denominación maternidad y paternidad responsables. Progresa al incluir el derecho de las familias y personas a decidir, asegurando el derecho a la educación e

⁵³⁰ HOSPITAL NACIONAL EDGARDO REBAGLIATI MARTINS – COMITÉ PERMANENTE DE SIDA. *Protocolo de atención del paciente VIH/SIDA*. Lima: Instituto peruano de seguridad social, 1995, p. 4.

información sobre estos temas (artículo 6⁵³¹ de la Constitución de 1993). Desde 1986, a través de la Ley de Política Nacional de Población se reconocen los derechos indicados, en especial la paternidad responsable⁵³².

- Mecanismos de monitoreo

Se creó en México (1996) la “Comisión Nacional para Mediación Médica” que recibe las quejas de las personas, sobre el respeto a sus derechos reproductivos.

En Brasil mediante el “Sistema Universal de Salud”, por medio de los “Mecanismos de Responsabilidad Social”; que están formados por la coalición entre representantes del gobierno, profesionales, sector privado y usuarios, se busca proteger la existencia y acceso a los servicios de salud.

En Perú mediante la “Defensoría de la Mujer” se protege estos derechos.

Además, así como otros países latinoamericanos que antes de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing 1995) ya habían implementado la creación de instancias estatales, que tienen el objetivo de lograr la igualdad entre hombres y mujeres y la promoción de los derechos de la mujer. Así el Perú, ya contaba con la Comisión Permanente de los Derechos de la Mujer, instancia que se ubicaba dentro del Consejo de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

⁵³¹ Constitución de 1993, 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...”

⁵³² BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta. “Derechos reproductivos y derechos humanos”, op. cit. , pp. 78-79.

En 1996 por iniciativa de Alberto Fujimori fue creado por DL N° 866 (29 de octubre a 1996) el Ministerio de Promoción de la Mujer y del desarrollo Humano (PROMUDEH)⁵³³.

En el primer trimestre de 1996 se crea la Comisión de la Mujer, en el Congreso, se crea en un principio sin facultades dictaminadoras, pero en el segundo semestre de 1997 se le concede la facultad de dictaminar proyectos de ley, de esto se alteró su denominación a Comisión de la Mujer, el Desarrollo Humano y el Deporte⁵³⁴. Esta Comisión ha promovido en busca de la igualdad entre hombre y mujer leyes como la Ley de cuotas (1997) que determina el veinticinco por ciento mínimo de participación de mujeres en las listas electorales⁵³⁵.

En 1993 junto con la nueva Constitución se creó la Defensoría del Pueblo y dentro de esta se creó la Defensoría Especializada en los derechos de la mujer. Sin embargo recién se instala en mayo de 1996⁵³⁶.

Las funciones de la Defensoría Especializada de Derechos de la Mujer, son asesorar al Defensor del Pueblo para que se incorpore la perspectiva de género en las acciones que implementan, establecer la coordinación entre las instituciones estatales o no que tengan por objetivo la protección de los derechos de las mujeres, iniciar investigaciones sobre estos derechos, proponer medidas, solicitar a través del Defensor del Pueblo acciones de inconstitucionalidad⁵³⁷.

⁵³³ TAMAYO, Giulia. "Instancias estatales creadas para promover la igualdad / equidad de género y los derechos humanos de las mujeres en el Perú". En: *Los derechos de la mujer*. Lima: DEMUS, 1998, p. 300.

⁵³⁴ Loc. Cit.

⁵³⁵ ACOSTA, Gladis y otros. *Las apuestas inconclusas. El movimiento de las mujeres y la IV Conferencia mundial de la mujer*. Lima: Centro de la mujer Flora Tristán, 2000, p. 65.

⁵³⁶ Ibid, p. 67.

⁵³⁷ Ibid, p. 72.

3.3.2.3 Carta Andina de promoción de los derechos humanos

La “Carta Andina para la promoción de los derechos humanos” fue firmada el 26 de julio de 2001 por los Estados miembros del Grupo Andino (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela), reconoce expresamente la prohibición de discriminación por orientación sexual.

Explica Elizabeth Salmón que la Carta Andina no es un tratado internacional sino que es una declaración conjunta de los presidentes andinos, que la doctrina define como un acto concertado no convencional, en tanto el compromiso lo asume el representante del Estado sin que genere efectos jurídicos sino políticos⁵³⁸. Agrega que no existen impedimentos para que los Estados participantes le otorguen carácter vinculante, lo que sería decidido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y determinado en el momento oportuno como señala el artículo 96. Para la autora esto podría concretarse en ocasión de la revisión del contenido de la Carta Andina, que como señala el artículo 96 se realizaría cada cuatro años⁵³⁹.

El tema de la no discriminación por orientación sexual se protege primero en el acápite titulado “Discriminación e intolerancia”, en el artículo 10 que señala “Reafirman su decisión de combatir toda forma de racismo, discriminación, xenofobia y cualquier forma de intolerancia o de exclusión en contra de individuos o colectividades por razones de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, orientación sexual, y por

⁵³⁸ SALMON, Elisabeth. “Las normas internacionales en la propuesta de la Comisión de estudio de las Bases de la Reforma constitucional del Perú”, op. cit., p. 452.

⁵³⁹ Ibid, p. 453.

cualquier otra condición y deciden promover legislaciones nacionales que penalicen la discriminación racial”.

Luego, en el acápite “Derechos de grupos de protección especial” se considera como grupo especial protegido a las personas con diversa orientación sexual. Se reconoce en el artículo 52 “... que las personas, cualesquiera sea su orientación u opción sexuales, tienen iguales derechos humanos que todas las demás”.

El artículo que resume nuestras obligaciones es el artículo 53 que señala:

Combatirán toda forma de discriminación o individuos por motivos de su orientación u opción sexuales con arreglo a las legislaciones nacionales y para ello, prestarán especial atención a la prevención y sanción de la violencia y discriminación contra las personas con diversa orientación u opción sexual, y la garantía de recursos legales para una efectiva reparación por los daños y perjuicios derivados de tales delitos.

Lo interesante de esta Carta es que es un primer paso para la protección y reconocimiento de este derecho a nivel internacional, además de reflejar la intención del gobierno de turno sobre la protección de este derecho, otro punto positivo sería que congrega posturas comunes de diferentes países sobre este tema que nos refleja la tendencia de América Latina sobre la protección de este derecho. Lo criticable sería su falta de fuerza vinculante. Consideramos que si la real intención hubiera sido proteger este derecho efectivamente se hubiera utilizado otro tipo de norma, con efectos vinculantes y obligatorios.

3.4 Anteproyecto de Reforma de la Constitución (2002), Comisión de constitución, reglamento y acusaciones constitucionales

La Constitución de 1993 se adoptó en un clima de crisis política tras el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 de Alberto Fujimori. Se convocó a un Congreso Constituyente con el objetivo de hacer reformas constitucionales, pero finalmente se aprobó a través de un referéndum la nueva Constitución de 1993, que favorecía la permanencia del gobierno de Fujimori.

Posteriormente a la caída del régimen fujimorista hubo propuestas de iniciar un proceso de reforma constitucional, así lo propone Valentín Paniagua en su gobierno transitorio; quien nombró a la “Comisión de Estudio de Bases de la reforma Constitucional” y esta entregó su informe en julio del 2001.

Con el gobierno de Toledo vendrían los cuestionamientos más agudos a la Constitución de 1993, que se inician durante las discusiones sobre regionalización⁵⁴⁰.

Según Domingo García Belaunde⁵⁴¹ Toledo se había rodeado de ex fujimoristas, que estaban a favor de la Constitución de 1993. Sin embargo, tuvo que transar y aceptar la reforma total de la Constitución, la que se inicia mediante la Ley N. 27600 (diciembre, 2001) que determina la reforma total de la Constitución, el debate y aprobación del Proyecto en el Pleno del Congreso y luego la realización de un referéndum que ratificaría el proyecto dejando sin efecto la Constitución de 1993. La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso fue la encargada según la Ley N°

⁵⁴⁰ GARCIA BELAUNDE, Domingo. “Sobre la reforma constitucional actual y sus problemas”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 109, diciembre, 2002, pp. 9-10

⁵⁴¹ *Ibid*, pp. 11-12.

27600 de preparar la reforma total de la Constitución. Se presentó el 5 de abril de 2002 un primer borrador y luego un segundo en julio de 2002.

Antes de analizar el tratamiento del ante proyecto de reforma constitucional sobre los derechos de igualdad, no discriminación, se debe explicar qué implica una reforma constitucional, cuáles serían sus objetivos, cuáles serían las críticas y propuestas más adecuadas para nuestro ante proyecto de reforma.

Siguiendo la estructura de análisis de Eloy Espinosa ⁵⁴² cabría preguntarse:

1. ¿Qué sería más conveniente: mantener la Constitución vigente, reconocerle vigencia de 1979 o aprobar una nueva constitución?

A opinión de Espinosa la historia nos demuestra que en el caso del Perú ha regido la tendencia a crear nuevos textos constitucionales, respondiendo a los deseos y necesidades del gobernante de turno, muestra de ello son las doce constituciones que han regido en nuestra etapa Republicana⁵⁴³. Señala el autor que esta situación no corresponde al caso de otros países Latinoamericanos. Pone el ejemplo de la Constitución Argentina fruto del primer gobierno Peronista, que fue derogada luego del derrocamiento de Perón y le retornaron la vigencia a la Constitución de 1853 – 1860.

Se entiende por esto, que ante una Constitución promovida por un gobierno autoritario, con el fin de perpetuarse en el poder, cabría la posibilidad

⁵⁴² ESPINOSA- SALDAÑA BARRERA , Eloy.” Reforma Constitucional: Algunas preguntas, sus posibles respuestas y los presupuestos sociales y políticos para su puesta en práctica en casos como el peruano”. En: *Derecho y sociedad*. Año XII, número 16, 2001, Lima, pp. 16-26.

⁵⁴³ *Ibid*, p. 19.

de considerar su pérdida de vigencia en el momento en que dicho gobierno finaliza.

Pone como ejemplo contrario, la Constitución chilena de 1980, promovida durante el gobierno del General Augusto Pinochet, que en contra de lo que muchos pensaban; es decir su derogación y retorno de la vigencia de la Constitución anterior en cuanto finalizara el gobierno de Pinochet, se mantiene vigente hasta hoy, sumándosele varias modificaciones.

Basado en esto, concluye el autor señalando que no existe una única posibilidad o respuesta, esta dependerá de “algunas variables que en rigor trascienden al ámbito de lo que habitualmente suele considerarse como estrictamente jurídico”⁵⁴⁴.

Sobre este punto, dice Samuel Abad Yupanqui ⁵⁴⁵ que en el caso del Perú la posibilidad de volver a la Constitución de 1979 estaba abierta a través del artículo 307 de dicha Constitución, que establecía que ésta no perdía vigencia si era modificada por un medio distinto al estipulado. Sin embargo, se decidió seguir lo planteado en la Constitución de 1993 sobre la reforma constitucional que implica la realización de un referéndum, para determinar su derogación o no.

2. ¿Cuál de estas posibilidades sería la conveniente: la reforma formal (total o parcial) o la mutación (reformas no formales) de la Constitución vigente?

Parte Espinoza señalando que son características de la Constitución su carácter escrito, codificado y su rigidez. Esta última característica implica que

⁵⁴⁴ Ibid, p. 20.

⁵⁴⁵ ABAD YUPANQUI, Samuel. “Reforma Constitucional. Primeros pasos, grandes desafíos”. En: *Revista del Instituto de Defensa legal, IDEELE*. Número 146, abril – mayo, Lima, 2002, p. 57.

sea difícil de modificar, imponiéndose restricciones especiales para este proceso.

Paralelamente al proceso formal de reforma constitucional, existen posibilidades de reforma no formal o mutaciones constitucionales por ejemplo no modificar el texto constitucional sino otorgarle una nueva comprensión.

La gran ventaja de la primera posibilidad es el mayor grado de certeza de los alcances de dichas modificaciones⁵⁴⁶.

3. ¿Qué aspectos de la Constitución pueden ser reformados?

Según Eloy Espinoza⁵⁴⁷ la reforma puede tener como objetivo:

a) Lograr la “puridad” técnico – jurídica

Entendida como el incluir algún precepto nuevo o corregir algún concepto de alguna disposición constitucional.

b) Lograr modificaciones en la configuración jurídico – política nacional.

4. ¿Las modificaciones constitucionales necesariamente tienen que estar consignadas en el texto constitucional o pueden estar recogidas en una ley o norma de rango inferior?

Los que están a favor de la primera postura alegan el carácter rígido y de seguridad jurídica de las normas expresadas en la Constitución, señalan que ciertas materias necesariamente deben incluirse en la Constitución. Los

⁵⁴⁶ ESPINOSA – SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Reforma constitucional :Algunas preguntas , sus posibles respuestas y los presupuestos sociales y políticos para la puesta en práctica en casos como el peruano”,op. cit., pp. 20 – 21.

⁵⁴⁷ Ibid, p. 21.

que se inclinan por la segunda postura sostienen que la Constitución debe tener un texto de formulación genérica, evitando ser reglamentaria ⁵⁴⁸.

Eloy Espinoza cita a Loewenstein para determinar cuáles son las materias que necesariamente deben incluirse en la constitución:

- a) Determinar las funciones principales del Estado y su reparto a distintos organismos a fin de evitar la concentración del poder.
- b) Mecanismos de cooperación entre los distintos poderes.
- c) Mecanismos de resolución entre conflictos
- d) Pautas para la realización del proceso de reforma constitucional.
- e) Reconocimiento y mecanismos de tutela de los derechos fundamentales.

A opinión de Espinoza, pueden incluirse otros temas relevantes, según el consenso entre fuerzas políticas y jurídicas ⁵⁴⁹.

Según la opinión de Abad Yupanqui ⁵⁵⁰ la Constitución no puede ser muy breve, y técnica porque podría no ser comprendida o el legislador podría cambiar en la práctica el contenido de las normas constitucionales mediante leyes ordinarias. Para el autor, se debe elegir el tipo adecuado de constitución que necesita la sociedad, que puede ceñirse y ser reflejo limitado de la sociedad o puede plasmar las metas que desea alcanzar la sociedad; además debe incluir aquellos aspectos necesarios para la realización de la persona.

Marcial Rubio ⁵⁵¹ señala que las Constituciones modernas están conformadas por tres elementos principales:

⁵⁴⁸ Ibid, p. 23.

⁵⁴⁹ Loc. Cit.

⁵⁵⁰ YUPANQUI Abad. "Reforma constitucional . Primeros pasos, grandes desafíos", op. cit. , p. 58.

⁵⁵¹ RUBIO CORREA, Marcial. *Constitución: qué ponerle y qué quitarle*. Lima: DESCO, 1992, pp. 19-24.

a) Los derechos Humanos

Señala el autor que las constituciones modernas incluyen una declaración de derechos humanos, que goza de la máxima jerarquía y exigencia de respeto por todas las personas. En su opinión es necesario que esta declaración sea completa. Agrega que una sociedad es más civilizada si reconoce constitucionalmente los derechos humanos, además de convertirse por ello en una sociedad más segura.

b) Organización del aparato estatal

Este tema se refiere a la regulación de los diferentes órganos estatales que detentan el poder del Estado, determinándose los mecanismos de elección de sus miembros, el período en que pueden mantenerse en dichos puestos, sus funciones, sus límites y el control de poder.

c) Los principios políticos de actuación del Estado.

Estas son reglas que deben guiar el actuar político del Estado, sin importar quién es el presidente. Esto no se presentaba en las Constituciones de los siglos XVIII y XIX.

5.- ¿A quién le corresponde efectuar las reformas constitucionales?

Siguiendo los planteamientos de Eloy Espinoza ⁵⁵² caben varias posibilidades:

⁵⁵² ESPINOSA- SALDAÑA BARRERA, Eloy. "Reforma Constitucional. Algunas preguntas, sus posibles respuestas y los presupuestos sociales y políticos para su puesta en práctica en casos como el peruano", op. cit., pp. 24-25.

a) Los procedimientos representativos o directos.

En donde el pueblo delega dicha reforma a una Asamblea Constituyente (elegido especialmente para elaborar o modificar luego se autodisuelve) o al Congreso Constituyente elegido por el pueblo y que terminado el proceso vuelve a sus funciones normales.

b) El referéndum integrativo programático.

A través de la cual la consulta popular tiene como objetivo orientar la actuación de aquellos que tienen la función de reformar la Constitución.

c) Referéndum integrativo sucesivo

En otros países se utiliza la consulta popular para ratificar o rectificar lo que ya han elaborado los representantes elegidos para ejercer dicha función.

d) Referéndum autónomo

Las propuestas de reforma son sometidas a consulta popular, sin que se hayan elegido representantes que evalúen dichas propuestas. La mayor crítica contra esta opción es el riesgo de manipulación por parte del gobierno de turno (casi siempre esta es la opción elegida por los gobiernos autocráticos)

En la Constitución de 1993 se incluyen dos mecanismos para la reforma constitucional:

- a) A cargo exclusivamente del Congreso en funciones
- b) Referéndum integrativo sucesivo

3.4.1 Propuestas para la inclusión expresa del derecho a la no discriminación por orientación sexual

Cabe resaltar que muchos organismos, instituciones, personas, foros departamentales etc., propusieron la inclusión expresa del derecho a la no discriminación por orientación sexual. Pasaremos a exponer las propuestas formuladas y a resumir los motivos que las explican.

1. Propuestas de los Foros departamentales

Se realizan Foros en diversos lugares del territorio peruano a fin de recoger sus propuestas. Los siguientes foros se pronuncian sobre la inclusión del derecho a la no discriminación por orientación sexual:

a) Foro de Amazonas

La posición mayoritaria propone:

A la igualdad. Está prohibida toda forma de discriminación por motivo de origen, filiación, raza, sexo, es decir, por ser varón, mujer o tener otras opciones sexuales, características genéticas, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad o de cualquier otra índole⁵⁵³.

⁵⁵³ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIÓN CONSTITUCIONALES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Aportes ciudadanos al debate del Anteproyecto de constitución*. Lima: Congreso de la República del Perú, Tomo I, 2002, p. 14.

b) Foro de Ucayali

La posición mayoritaria propone:

A la igualdad. Esta prohibida toda forma de discriminación por motivo de origen, filiación, raza, género, opción sexual, características genéticas, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad o de cualquier otra índole⁵⁵⁴.

2. Propuestas individuales

Así mismo, individual o grupalmente los ciudadanos hacen llegar sus propuestas sobre el derecho a la igualdad:

a) Un grupo de ciudadanos entre ellos Joan Alamar Berenguer, Alejandra Sardá, Jorge Chávez Reyes etc. proponen lo siguiente:

A la igualdad. Está prohibida toda forma de discriminación por motivo de origen, filiación, raza, género, opción sexual, características genéticas, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad o de cualquier otra índole...⁵⁵⁵.

b) Los ciudadanos Ernesto Amat y León Puno proponen:

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, género, idioma, cultura, religión, opinión, orientación sexual, discapacidad física, condición social, económica, edad, ocupación o de cualquier otra índole⁵⁵⁶.

3. Propuestas institucionales

También se recibieron propuestas de distintas instituciones, entre ellas instituciones internacionales:

⁵⁵⁴ Loc. Cit.

⁵⁵⁵ Ibid, p. 16.

⁵⁵⁶ Ibid, p. 17.

a) CONADES

Debe mantenerse el término género en todo el texto de la Constitución y debe considerarse la no discriminación por edad y por opción sexual⁵⁵⁷.

- b) Heracles Safo Asamblea por la Libertad Sexual, Iniciativa Per Catalunya Verd (España), Instituto de Estudios de la mujer “Norma Virginia Guirala de Herrera”, CEMUJER, Unión Afirmativa De Venezolanos, Identidades- Grupo De Pela Ciudadanía Homosexual (Brasil), Comisión Internacional de los Derechos Humanos para gays y lesbianas (Argentina) y otras; proponen:

A la igualdad. Está prohibida toda forma de discriminación por motivo de origen, filiación, raza, género, orientación sexual, condición económica, discapacidad o de cualquier otra índole...⁵⁵⁸.

c) Comisión Andina de Juristas

...Incluir la prohibición a discriminación por género, edad y orientación sexual⁵⁵⁹.

Explica la Comisión Andina de Juristas que se debe prohibir expresamente la discriminación por orientación sexual, que definen como “la atracción constante hacia otra persona del mismo sexo en el plano emotivo, romántico, sexual o afectivo”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Ibid, p. 18.

⁵⁵⁸ Ibid, p. 19.

⁵⁵⁹ Ibid, p. 20.

⁵⁶⁰ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIÓN CONSTITUCIONALES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Aportes ciudadanos al debate del Anteproyecto de Constitución*. Tomo 4, op. cit, p. 253.

Resaltan que este tema ya sido recogido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 21, numeral 2 y en la Carta Andina de Derechos humanos ⁵⁶¹.

Así mismo, proponen que las uniones de pareja (artículo 21) no se limiten a referirse a las parejas heterosexuales, sino también a aquellas uniones de personas del mismo sexo. Fundamentan su postura en que esta exclusión repercute en el goce de derechos civiles, beneficios sociales como servicios médicos, de las personas con orientación distinta. Además mantener dicha exclusión sería no respetar el principio de no discriminación e igualdad ante la ley, reconocidas en diversos instrumentos internacionales ⁵⁶².

d) Propuesta de la agrupación “Frente por el derecho a ser diferentes”

Como parte de la campaña iniciada a propósito del proceso de Reforma constitucional y con el fin de lograr la inclusión expresa de la orientación sexual como causal prohibida de discriminación, varias agrupaciones y ONGS como el Movimiento Homosexual de Lima, Grupo de lesbianas feministas, PROSA, GPUC, Deambiente.com, LESPERU, Grupo de mujeres diversas; se agruparon formando el “Frente por el derecho a ser diferentes”.

Proponen la inclusión expresa del derecho a la no discriminación por orientación sexual y fundamentan su propuesta en lo siguiente:

- Se basan en el inciso 1, artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que recoge el derecho de todas las personas de “tener todos los derechos y libertades... sin distinción alguna...”

⁵⁶¹ Loc. cit.

⁵⁶² Ibid, p. 256.

Agregan que el contenido de esta Declaración, es importante en tanto es base para la creación de otros instrumentos de derechos humanos, que tienen el objetivo de desarrollar la protección de los derechos incluidos en la Declaración Universal.

Así mismo, se basan en el principio de universalidad de los derechos humanos para explicar que ninguna cultura o tradición puede justificar la violación de estos.

También señalan que los derechos humanos no son “concedidos” por tratado o Estado alguno, sino que “se tienen por simple hecho de ser persona”⁵⁶³.

- Señalan que el derecho a la no discriminación es un medio para lograr la igualdad, que implica el reconocimiento de que no somos todos iguales.
- Defieren la orientación sexual como:
 - Una forma de ejercicio de la sexualidad.
 - Como “atracción emocional permanente, amoroso, sexual, afectiva por una persona”⁵⁶⁴.
 - Como “una característica de la personalidad humana que fluctúa desde la homosexualidad exclusiva e incluye diferentes formas de bisexualidad...ha sido construida como un aspecto de la identidad”⁵⁶⁵.
 - Difiere su concepto del “sexo biológico, de la identidad de género, de la conciencia de ser varón o mujer, del rol social de género y de la

⁵⁶³ FRENTE POR EL DERECHO A SER DIFERENTES. *Campaña por la inclusión del término orientación sexual como causal de no-discriminación en la Constitución*. Lima: Frente por el derecho a ser diferentes, 2002, p.2.

⁵⁶⁴ Loc. cit.

⁵⁶⁵ Ibid, p. 3.

aceptación y cumplimiento de las normas culturales para la conducta femenina y masculina”⁵⁶⁶.

- Se distingue del concepto de conducta sexual que definen como “emociones y la conciencia de sí mismo”. Señalan que una persona “podría o no, expresar su orientación sexual en sus conductas, pero no transformarla, ni replantearla”⁵⁶⁷ es decir una persona homosexual puede renunciar a su orientación, conduciéndose como un heterosexual, pero no lograría transformarla.

Con todo esto tratan de demostrar que “el derecho a la orientación sexual es parte de los derechos fundamentales” y que las objeciones basadas en “diferencias culturales y religiosas, serían objeciones a los propios principios de los derechos humanos”⁵⁶⁸.

- Se basan en el progreso internacional sobre la protección de la orientación sexual y la prohibición de la discriminación por este motivo, como los pronunciamientos de organismos supervisores de la ONU, el Comité de Derechos humanos de la ONU.
- También se basan en las normas internas de diversos países que protegen este derecho y recogen el derecho al matrimonio, adopción, leyes contra la discriminación como los países europeos, Canadá, Colombia, Ecuador, Argentina, Brasil, México⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ Ibid, p. 2.

⁵⁶⁷ Ibid, p. 3.

⁵⁶⁸ Ibid, p. 2.

⁵⁶⁹ Ibid, pp. 3-4.

e) Propuesta de CLADEM –PERU

En base a lo dictaminado en mayoría por la “Comisión de Constitución y reglamento sobre el proyecto de reforma constitucional”, el Comité de América Latina y El Caribe para la Defensa de los Derechos de la mujer-sección Perú (CLADEM- PERU) propone que el inciso 2 del artículo 2 incluido en la sección I derecho civiles diga lo siguiente:

Artículo 2- toda persona tiene derecho:

3) A la igualdad ante la ley, de oportunidades y de trato. Está prohibida toda forma de discriminación por diferencia de origen, filiación, raza, tipo de ocupación grado de instrucción, lengua, etnia, género, edad, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, estado de salud, cultura, estatuto migratorio o de cualquier otra índole que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio, en condiciones de libertad, de los derechos humanos. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará acciones afirmativas a favor de los grupos discriminados y marginados ⁵⁷⁰ .

En su exposición de motivos, comienzan por enumerar las Plataformas de Acción de varias Convenciones que el Perú ha ratificado como el de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia con la mujer (1996), la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1982) y su protocolo Facultativo (2001), Estatuto de Roma (2001). Así como también el compromiso adquirido en las Plataformas de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena (1993), III Conferencia sobre población y Desarrollo

⁵⁷⁰ COMITÉ DE AMÉRICA LATINA y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER- SECCIÓN PERÚ. *Propuesta del Comité de América Latina y El Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer- Sección Perú* al Proyecto de Reforma Constitucional. Lima: CLADEM-PERÚ Lima, 2002, p. 8.

realizada en el Cairo (1994), IV Conferencia Mundial de la Mujer realizada en Beijing (1995).

Señalan que la nueva Constitución debe recoger los avances que se han producido sobre el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación. Por ello, debe incluirse en el listado de los tipos de discriminación más frecuente y por ende prohibidos, a la orientación sexual. Esto “aseguraría el derecho a una protección legal que no podría ser puesta en duda por ninguna interpretación prejuiciada y contribuiría a educar a la población en una cultura de respeto de la diferencia y por ende más democrática”⁵⁷¹.

Es interesante la evolución de la propuesta de CLADEM en cuanto al tema de la igualdad. En el proceso de Reforma de la Constitución de 1979, en su propuesta sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación, proponen añadir la preferencia sexual y el origen como causales prohibidas de discriminación. También proponen que toda forma de abuso de poder y violencia contra grupos discriminados y minorías marginados sea considerado como atentatorio al derecho a la igualdad⁵⁷².

En el fundamento de su propuesta señalan que según los Convenios Internacionales, la igualdad y la no discriminación son derechos complementarios, por ello el derecho a la igualdad lleva implícito el respeto a la no discriminación en un sentido amplio y no sólo limitado a la igualdad ante la ley. Sin embargo, no explican porque proponen la preferencia sexual como causal prohibida de discriminación⁵⁷³.

⁵⁷¹ Ibid, pp. 9-10.

⁵⁷² CLADEM, “Propuesta de Reforma Constitucional”. En: *Boletín*, - CLADEM-PERÚ. Número 2, mayo, LIMA, 1993, p.2.

⁵⁷³ Ibid, p. 3.

A comparación de lo que proponen en el proceso de reforma de la Constitución de 1993, es interesante resaltar el cambio de denominación que utilizan. En la reforma de la Constitución de 1979 se referían a “preferencia sexual” y en el reciente proceso de reforma utilizan el término “orientación sexual”. En ningún caso explican por qué utilizan dichas denominaciones.

Por otro lado, la reciente propuesta enumera más causales prohibidas de discriminación que la anterior propuesta, que sólo aumentaba dos supuestos (origen, preferencia sexual) a los ya contenidos en la Constitución de 1979 (sexo, raza, religión, opinión, idioma). La propuesta anterior, propone incluir una cláusula abierta (“ni de cualquier otra índole”) que protejan contra otros tipos de discriminación que no están especificados, evolucionando con lo planteado en la Constitución de 1979 que recogía en el inciso 2, artículo 2 una lista cerrada de causales prohibidas de discriminación.

En su propuesta anterior, es interesante el respaldo que propugnan hacia los grupos marginados, protegiéndolos contra toda violencia y abuso, proponiendo que estos actos sean considerados atentatorios del derecho a la igualdad. Y aunque en su fundamento no determinen exactamente quienes forman parte de aquellos grupos discriminados, dan a entender que consideran a diversos grupos como pertenecientes a dichas minorías a los que hacen referencia, entre ellos a las mujeres.

En el mismo sentido pero de un modo más amplio se pronuncian en su reciente propuesta, señalando que el Estado “...adoptará acciones afirmativas a favor de los grupos discriminados y marginados”⁵⁷⁴.

⁵⁷⁴ CLADEM. “Propuesta del Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer- sección Perú, CLADEM – PERÚ, al proyecto de Reforma Constitucional”, op. cit, p. 8 .

Por otro lado, en ambas propuestas se toca el tema de las medidas que debe tomar el Estado para que se logre la “igualdad efectiva y real”. En la propuesta anterior, este tema se refería a la igualdad entre el hombre y la mujer. En la propuesta reciente este objetivo se amplía, ya que no hacen referencia expresa de quienes serán los favorecidos con dichas medidas tendientes al logro de la igualdad real y efectiva; lo que es un avance importante que amplía el ámbito de aplicación de las condiciones y medidas afirmativas que el Estado tome para lograr dicha igualdad.

f) Movimiento Amplio de Mujeres (MAM)

Propone que la redacción del inciso 2 del artículo 1 sea de la siguiente manera:

A la igualdad de derechos, libertades y oportunidades. Está prohibida toda forma de discriminación por motivo de origen, filiación, identidad étnica, sexo, opción sexual, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad o de cualquier otra índole...⁵⁷⁵.

g) Movimiento Manuela Ramos

Propone que el inciso 2 del artículo 1 debería incluir en el tema de la no discriminación:

...Raza y etnia...orientación sexual, estado de salud, cultura o de cualquier otra índole. El Estado... a favor de grupos en situación de mayor vulnerabilidad⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ COMISION DE CONSTITUCION, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA . *Aportes ciudadanos al debate del Anteproyecto de constitución*, Tomo I, op. cit., p. 376.

⁵⁷⁶ Ibid, p. 391.

h) Movimiento homosexual de Lima

Propone prohibir la discriminación por orientación sexual⁵⁷⁷.

La propuesta del MHOL y de otras organizaciones relacionadas a ésta, se fundamenta en el hecho de que el artículo que protege la no discriminación no es lo suficientemente amplio, es decir la orientación sexual como motivo de discriminación estaría contemplada dentro de la frase” o de cualquier otra índole” (artículo 2 inciso 2 Constitución de 1993); que como ya se ha señalado en capítulos anteriores, es una cláusula abierta de suma importancia que trata de ser un cajón de sastre y de proteger a todas aquellas formas de discriminación que no se recogen expresamente en el articulado pertinente; es decir a nivel internacional y nacional se reconoce la vigencia e importancia de esta cláusula.

La propuesta, señala que la mención expresa de no discriminación por orientación sexual evitaría que el cumplimiento de este derecho quede librado a la interpretación de los jueces, que deberán hacer el análisis pertinente si se presenta el caso y concluir si es que realmente se encuadra la discriminación alegada dentro del marco protector del párrafo “o de cualquier otra índole”.

Coincidimos con lo que señalan , ya que no se puede dejar de lado que esta frase implica de por sí una interpretación de parte de la autoridad competente, de lo contrario se entendería que toda forma de discriminación esta protegida y si fuera así no sería necesario señalar expresamente algunas causales de discriminación y otras enmarcarlas dentro del marco protector de la frase “ o de cualquier otra índole”, si esta hubiera sido la intención hubiera sido preferible – para salvar confusiones- señalar simplemente que “Toda

⁵⁷⁷ Ibid, p.20.

discriminación esta prohibida”. Esto último según las normas internacionales de las cuales formamos parte, realmente es la intención subyacente, el objetivo o meta que se busca.

Por ejemplo, en el caso que se plantee una acción de amparo por discriminación por motivo de orientación sexual, se ampararía la citada acción en la frase “o de cualquier otra índole”. Sin embargo, esta declaración de parte del demandante no sería suficiente para resolver el tema, el juez tendría que determinar si es realmente una violación del derecho a la no discriminación a la no discriminación o no y aquí es donde se presenta el peligro puesto que a pesar de la normativa Internacional del cual somos parte y del principio a la no discriminación que recoge la Constitución, los jueces basados en sus prejuicios, olvidando su rol imparcial no admitirán el pedido.

Señalan también que en la actualidad es una fuente importante de discriminación. Por ello, la mención expresa en la Constitución serviría para reconocer que la orientación sexual es una característica que hace prevalecer a la vez el derecho a ser diferentes. Además, esta mención expresa tendría un objetivo a largo plazo que sería la aceptación social de las personas con distintas orientaciones sexuales. Cumpliría a la vez una función educativa, puesto que la Constitución es analizada en la etapa escolar, esta inclusión conllevaría a que se introduzca dentro del campo educativo materias que expliquen lo que es la orientación sexual.

Agregan que esta inclusión no crearía ningún impacto adverso, (entendido como ciertos actos fuera del marco jurídicamente aceptado, que reflejan la no aceptación social del tema) porque no se reclama ninguna acción positiva o una norma favorable a ese grupo, sino simplemente el

reconocimiento de un derecho general e inalienable como lo es el derecho a la no discriminación. En otras palabras, el derecho a la no discriminación señalado de modo general sin especificar tipos de discriminación; socialmente no incluiría ciertos tipos, por los prejuicios y características de cada sociedad; por eso se plantea necesaria esta inclusión a fin de equilibrar jurídicamente lo que en la realidad no se respeta ⁵⁷⁸ .

4. Propuestas de los congresistas

Dentro de las propuestas hechas por los congresistas; Javier Diez Canseco propuso incluir en el numeral dos del artículo 1, Título I, Capítulo I “De los Derechos Fundamentales” el término “orientación sexual” como causal prohibida de discriminación ⁵⁷⁹ .

Cabe resaltar algunos aspectos interesantes de estas propuestas. Las propuestas que se pronuncian a favor de la inclusión expresa del derecho a la no discriminación por orientación sexual, utilizan para referirse a ello los términos de opción sexual y orientación sexual, sin explicar porque usan uno y otro término. Se pueden inferir de esto varios supuestos: la falta de conocimiento del tema, la inexistencia de una base teórica única y fuerte que defina el tema.

Otro aspecto interesante es la cantidad de instituciones, personas, etc., que proponen la inclusión expresa de este derecho. Lo que refleja el grado de

⁵⁷⁸ Entrevista a Aldo Araujo, Director del MHOL (19 de junio de 2002) y Exposición de Jorge Chavez (MHOL) en la Conferencia Identidades Sexuales organizada por la Secretaria de Cultura FEPUC-PUCP, (18 de junio de 2002).

⁵⁷⁹ COMISION DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Aportes ciudadanos al debate del Anteproyecto de Constitución*. Tomo I, op. cit, p. 13.

aceptación social de este tema, ya que los que hacen las propuestas no sólo son instituciones o agrupaciones homosexuales.

Este tema, también podría analizarse señalando el campo de actuación de los actores que hacen estas propuestas. En especial, dos de ellas (MHOL, FREDIF) se dedican a la lucha por el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, de esto se podría deducir que hace falta una amplitud organizativa y de participación de los homosexuales en el Perú que implique la creación de nuevas agrupaciones o que las ya existentes se fortifiquen y se unan en campañas como estas que velan por sus derechos.

Dos de estas organizaciones (CLADEM, MANUELA RAMOS) se dedican especialmente a la lucha por los derechos de las mujeres. Esto es interesante porque significa que el campo de actuación de estas organizaciones se ha ampliado hasta abarcar también los derechos de las lesbianas. Esto es un avance porque, como hemos señalado, en un principio las organizaciones feministas no se dedicaban a velar por los derechos de las lesbianas.

También cabe resaltar que varias organizaciones extranjeras participan de esta propuesta.

Es interesante el aporte de la Comisión Andina de Juristas, ya que siendo una organización que se dedica a la investigación de temas jurídicos, a través de su propuesta demuestra el avance de este tema en el campo jurídico y puede ser ejemplo de actuación para otras organizaciones que investigan temas jurídicos.

Es importante también el aporte de los foros departamentales de Amazonas y Ucayali, ya que estos son manifestación de la opinión de los ciudadanos residentes en esos lugares. Así mismo, esta propuesta es

determinada por la mayoría, lo que implica un alto grado de aceptación y tolerancia a los homosexuales. En el mismo sentido, podríamos expresarnos sobre los aportes individuales de los ciudadanos.

Un aspecto que consideramos un límite al fundamento de estas propuestas es que no hay registro de alguna demanda judicial que alegue que se ha producido la violación del derecho a la no discriminación por orientación sexual. Alonso Inga, abogado encargado del Área de Derechos Humanos del MHOL manifiesta que sólo tiene conocimiento de un caso en el que se alegó la violación a este derecho, que terminó siendo archivado. Señala que los homosexuales no hacen uso del mecanismo judicial por motivos de carencias económicas, de la inseguridad de lograr algún resultado, del miedo, la vergüenza⁵⁸⁰. Por ende, es muy difícil probar que en la práctica judicial, a través de alguna resolución, se haya negado la existencia o protección de este derecho.

Sin embargo, el campo en el que actúa la discriminación va más allá del judicial y como lo manifiesta Alonso Inga, la discriminación en el Perú contra los homosexuales existe, se sienten desprotegidos por la norma y no le encuentran sentido ni objeto iniciar un proceso judicial. Por ello, el MHOL y otras organizaciones proponen la creación de una ley especial para prevenir y eliminar la discriminación por orientación sexual.

Por otro lado, para determinar si el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución de 1993 abarca la protección del derecho a la no discriminación por orientación sexual, que mejor que el testimonio de los propios afectados.

⁵⁸⁰ Entrevista a Alonso Inga, abogado encargado del área de Derechos Humanos del MHOL (realizada el 10 de mayo del 2004).

Es decir para determinar si una norma cumple con su objetivo no basta su análisis literal, sino que el Derecho debe dirigir su atención hacia la sociedad y determinar a partir de los hechos sociales si realmente la norma se aplica, se respeta, si cumple su objetivo.

Otra carencia de estas propuestas es que no respaldan sus planteamientos en manifestaciones de los afectados, estudios sociológicos, en el análisis de contenido de discursos de los medios de comunicación, instituciones religiosas, o de la sociedad en general, estudios psicológicos de cómo les afecta esa discriminación, etc., que prueben o demuestren la existencia discriminación por orientación sexual en el Perú. Es decir en su propuesta manifiestan que los homosexuales están siendo discriminados por motivo de su orientación sexual, pero no anexan ninguna información que pueda probar o demostrar tal discriminación. Al decir esto no queremos desvirtuar el valor de estas propuestas, sino hacer notar que una propuesta de este tipo debe ser respaldada por información específica sobre el tema, que demuestre la real situación de las personas afectadas, con el fin principal de que el legislador; que recibe la propuesta, pueda despojarse de los prejuicios y afrontar la realidad con justicia y con conocimiento de lo que está sucediendo. En otras palabras debe hacerse público los abusos, para que la sociedad tome conciencia de esa realidad injusta y crítica y para que la misma sociedad impida tales abusos. Partiendo siempre del objetivo final que es el equilibrio y la integración social.

En suma, podemos deducir que los homosexuales en el Perú no se sienten incluidos dentro del marco de protección del Derecho, por ello no confían que a través del proceso judicial se logre el respeto de sus derechos.

Por lo tanto, aunque el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución haga referencia al respeto de los derechos de “cualquier otra índole” y el artículo 3 reconozca los derechos no enunciados, los homosexuales no se sienten incluidos ni protegidos por esta regulación.

Si el Perú tiene la intención de proteger realmente la igualdad y luchar contra todo tipo de discriminación y siendo el Derecho el que debe adecuarse a las necesidades de la sociedad, encontramos por simple lógica (libre de prejuicios o dictámenes morales o religiosos) que se debe crear una norma que cumpla con proteger a este sector de la sociedad, sea reformándose la Constitución a fin de que explicité la prohibición de discriminación por orientación sexual o a través de una norma reglamentaria que amplíe y esclarezca los alcances de la cláusula abierta de protección contra la discriminación, incluyéndose explícitamente la prohibición de la discriminación por orientación sexual.

De esto podemos llegar a otra conclusión, que el Derecho no se basta para eliminar este tipo de discriminación y peor aún si son los mismos legisladores los que mantienen ideas discriminadoras en contra de los homosexuales, ya que esto podría impedir u obstaculizar toda propuesta de reforma o proyecto de ley que incluya la protección de estos derechos. De ello se puede deducir la falta de conocimiento acerca de los derechos humanos, del alcance de estos y de su aplicación en el ordenamiento nacional, ya que si se tuviera un conocimiento profundo del tema, por lógica se tendría que llegar a la conclusión que las personas homosexuales tienen el derecho a no ser discriminados, por razón de ser parte de la especie humana y de reconocérseles por ello su dignidad.

Pese a estas propuestas, el Anteproyecto de la ley de Reforma Constitucional no incluyó el derecho a la no discriminación por orientación sexual.

Expresa en su artículo 1 inciso 2 (primer borrador, abril 2002):

A la igualdad. Está prohibida toda forma de discriminación por motivo de origen, filiación, raza, género, características genéticas, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad o de cualquier otra índole, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, además adoptará medidas positivas a favor de grupos discriminados o marginados⁵⁸¹.

El anteproyecto excluye el término “sexo” y lo reemplaza por el de “género”. Según Rocio Villanueva el término género hace referencia, además de los aspectos fisiológicos a los roles de hombre y mujer determinados por la sociedad, en esto se diferencia con el término sexo pues este sólo se refiere a los aspectos fisiológicos que marcan la diferencia entre la mujer y el hombre⁵⁸².

La intención proclamada en el anteproyecto, es diferenciar lo que es el género masculino y femenino en términos de características y efectos sociales de pertenecer a uno u otro y consecuentemente las medidas que se puedan tomar para lograr un tratamiento equilibrado entre estos, como lo señala el mismo anteproyecto en su nota al pie número 1 al citar lo planteado por la Corte Penal Internacional (ratificado por el Perú) que en su artículo 73 señala que “ se entenderá que el término género se refiere a los dos sexos, masculino y femenino... ”⁵⁸³.

⁵⁸¹ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTOS Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES. *Anteproyecto de la ley de Reforma de la Constitución*. Lima: Congreso de la República, abril del 2002, pp. 15-16.

⁵⁸² Ibid, p. 16.

⁵⁸³ Loc. Cit.

Por otro lado, el segundo borrador del Anteproyecto de Reforma constitucional de julio señala lo siguiente:

A la igualdad. Esta prohibida toda forma de discriminación que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. El Estado y la sociedad promueven las condiciones y medidas positivas para que real y efectivamente nadie sea discriminado⁵⁸⁴.

Como se puede apreciar, el artículo del segundo borrador difiere con lo estipulado en el artículo del primer borrador. El artículo del primer borrador era más específico con respecto a las causales de discriminación, la primera oración en que cita diferentes causales prohibidas de discriminación es anulado en el artículo del segundo borrador, que sólo acoge la parte final de la oración. Aspecto criticable, ya que la construcción de una norma no se da a partir de la simple anulación de partes del texto que generan mayor discusión, sino de una lógica jurídica más amplia, de análisis sobre el sentido de la norma, el objetivo que se busca y la mejor forma de expresarlo.

Por otro lado, la última oración del artículo del segundo borrador se refiere solamente a la no discriminación, en cambio el artículo del primer borrador se refería a la igualdad, al señalar “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” y también a la no discriminación, al señalar “adoptará medidas positivas a favor de grupos discriminados y marginados”. En el segundo borrador el legislador parece haber entendido que no era necesaria la inclusión expresa de la obligación del Estado de promover condiciones para lograr la igualdad, anula el tema de la

⁵⁸⁴ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES. *Proyecto de ley de Reforma de la Constitución*. Lima: Congreso de la República del Perú, julio 2002, p. 19.

igualdad y determina que la promoción de condiciones y aplicación de medidas positivas se dirijan sólo a lograr la no discriminación.

3.5 El derecho a la no discriminación por orientación sexual y el matrimonio, la adopción y las técnicas de reproducción asistida.

Después de analizar el tema de la discriminación por orientación sexual, creemos pertinente cuestionarnos sobre si es discriminatorio prohibir el matrimonio, la adopción y la reproducción asistida a los homosexuales. Cabe señalar que la complejidad de estos temas merecen un estudio profundo, sin embargo en este acápite daremos un alcance general del tema, dirigiéndonos más a plantear cuestionamientos que ha determinar respuestas.

3.5.1 Matrimonio entre homosexuales

Nos basaremos en las posiciones a favor y en contra de diversos autores.

Graciela Medina parte de la premisa de que no se configura la discriminación en caso se trate de modo distinto a quienes se encuentran en circunstancias distintas⁵⁸⁵. Por ende, habiéndose pensado el matrimonio “para personas de diferente sexo que puedan contribuir a la socialización de la prole y a la continuación de la especie”⁵⁸⁶, y al encontrarse los homosexuales en circunstancia distintas a las estipuladas para el matrimonio; concluye que la

⁵⁸⁵ MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 217.

⁵⁸⁶ *Ibid*, p. 218.

prohibición del matrimonio a los homosexuales no sería discriminatorio. Señala también que el legislador puede regular situaciones distintas a través de tratamiento distintos, basándose en justificaciones objetivas y razonables; por ende al circunscribir la celebración del matrimonio a personas de distinto sexo lo hace teniendo como justificación objetiva y razonable “el interés del Estado en privilegiar las uniones que tiendan a continuar la especie, sirvan para la procreación y dan base a la familia legítima”⁵⁸⁷, es decir “no resulta arbitrario negarles el estatuto matrimonial a las parejas que no tienen iguales condiciones, ni pueden cumplir iguales finalidades que los heterosexuales”⁵⁸⁸.

Por todo esto, la autora propone la figura de la unión de hecho para regular las uniones de los homosexuales. Las define como “uniones de dos personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida que es conocida públicamente”⁵⁸⁹. Así mismo señala que estas uniones deben tener las siguientes características: cohabitación, singularidad, estabilidad, publicidad, inexistencia de impedimentos de parentesco, imposibilidad de engendrar hijos comunes, incapacidad para educar hijos con roles diversificados de hombre y mujer, ineptitud para continuar la especie, ineptitud para la transmisión de valores culturales tradicionales⁵⁹⁰.

Yuri Vega basa su postura en la naturaleza del matrimonio y señala que la heterosexualidad como característica primordial de las uniones matrimoniales se justifica por las características biológicas, la función reproductiva, la moral cristiana y la historia del matrimonio como unión

⁵⁸⁷ Loc. cit.

⁵⁸⁸ Ibid, p. 219.

⁵⁸⁹ MEDINA, Graciela . *Uniones de hecho homosexuales*, op. cit. , p. 55.

⁵⁹⁰ Loc. Cit.

heterosexual ,los valores de la cultura occidental, las nociones sobre sexualidad, lo considerando “normal” por la sociedad ⁵⁹¹. Agrega que estos motivos “confluyeron para concebir a las uniones matrimoniales (y aún a los no matrimoniales) como parejas de distinto sexo excluyéndose, por tanto, la posibilidad de relaciones afectivas homosexuales que pudieran recibir el calificativo del matrimonio”⁵⁹². El autor no está a favor de la prohibición de las uniones homosexuales, piensa que “el no reconocimiento es una forma de desincentivar conductas que no son aceptadas o lo son por minorías”⁵⁹³.

Por su parte, Germán Bidart Campos, coincide con los autores citados en el sentido que el matrimonio por su naturaleza se celebra entre personas de distinto sexo, ya que dadas las “diferencias orgánicas entre el hombre y la mujer, la procreación solamente es viable entre ellos”⁵⁹⁴.

El autor se inclina a proteger “la convivencia habitual, estable y permanente de personas de igual o distinto sexo, puede ser causa de derechos y obligaciones entre ellas, al estilo de lo que, en otras áreas, acontece con las sociedades de hecho”⁵⁹⁵.

Norbert Losing señala que el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos define al matrimonio como la unión entre hombre y mujer y lo protege contra la discriminación por motivos de raza, nacionalidad y religión, pero no incluye la discriminación por sexo y esto según el autor

⁵⁹¹VEGA MERE, Yuri. “La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales”,op. cit., p. 238.

⁵⁹² Ibid, p. 239.

⁵⁹³ Ibid, p.264.

⁵⁹⁴ BIDART CAMPOS, Germán. “Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año IV, número19, 1998, p. 333.

⁵⁹⁵ Ibid, p. 334.

significa que la intención de los legisladores no era la posibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Así mismo, el Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos se refiere en el artículo 23, al matrimonio entre hombre y mujer⁵⁹⁶.

A través de los casos Rees y Cossey, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, señalando que dicho artículo “sólo abarca los matrimonios clásicos entre hombre y mujer”⁵⁹⁷.

Señala el autor, que “una prohibición de la discriminación llevará a un tratamiento igual de las uniones de hecho y las parejas homosexuales. Independientemente de esto, el matrimonio seguirá siendo una institución reservada a las parejas heterosexuales mientras sea vinculado a ciertos valores que la convierten en el núcleo de la familia y la sociedad”⁵⁹⁸.

Ivette Coll de Pestaña resume distintas posturas sobre el tema. Una postura plantea mantener sólo los matrimonios heterosexuales ya que el matrimonio se respeta en todo lugar y a través de la historia y recibe la misma protección en todos los lugares que los reconoce⁵⁹⁹. Otra postura propone, permitir el matrimonio de los transexuales, pues estos se reclasifican como de sexo contrario y por ende se les debe reconocer los mismos derechos de aquellas personas, incluyendo el derecho al matrimonio, señalan que “la ley no clasifica a las personas de acuerdo a la biología sino de acuerdo al fenotipo

⁵⁹⁶ LÖSING , Norbert. “Discriminación o diferenciación de los derechos humanos de las parejas del mismo sexo”. En : *El Derecho de familia y los nuevos paradigmas*. Tomo I . Buenos Aires:Rubinzal-Culzoni , 1999, pp. 121 – 122.

⁵⁹⁷ Ibid, p. 122.

⁵⁹⁸ Ibid, p. 131.

⁵⁹⁹ COLL DE PESTAÑA, Ivette. “ Sexo y género en el matrimonio ¿Cómo será la familia del futuro?”. En:*Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico* . Número 1 ,Setiembre – Diciembre, 2000, p. 115.

que presentan en el momento del parto”⁶⁰⁰, por ende cuando estas personas se cambian de sexo calzan en lo que la ley determina como hombre y mujer. Otros son de la opinión que los matrimonios entre transexuales deben estar prohibidos porque la operación de cambio de sexo no modifica los cromosomas del sexo⁶⁰¹. Sin embargo, sobre esta postura la autora se cuestiona “¿Están estas personas condenadas a vivir en un limbo jurídico toda la vida? Esto no responde a un verdadero sentido de justicia”⁶⁰². Otras posturas proponen el veto al matrimonio homosexual a razón de que el matrimonio es en esencia pensado para personas de distinto sexo. Existe otra postura que propone el matrimonio asexual, para lo cual habría de derogarse la institución del matrimonio tal como se conoce y crear una distinta y asexual. Otras posturas sostienen que los homosexuales podrían formar un grupo familiar atípico, que les permita formar uniones estables y organizar sus patrimonios, la autora propone que se llamen “Pactos de Convivencia o Consorcios Familiares”⁶⁰³.

En suma los argumentos en contra del matrimonio; que se basan en señalar que es objetivo del matrimonio el mantener la especie y crear una familia, se ajustan a pensamientos conservadores sobre la familia. Las posturas a favor del reconocimiento de las uniones homosexuales, proponen una figura jurídica diferente al del matrimonio.

Pasaremos a analizar si la normativa actual peruana permite el matrimonio entre homosexuales y si presenta alguna norma discriminatoria en contra de ellos. El artículo 4 de la Constitución de 1993 que señala que la

⁶⁰⁰ Loc. cit.

⁶⁰¹ Ibid, pp. 115-116.

⁶⁰² Ibid, p. 116.

⁶⁰³ Ibid, p. 117.

comunidad y el Estado, “protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. El artículo 5 regula el tema de las uniones de hecho definiéndola como “la unión estable de varón y una mujer...”.

De esto se deduce que la Constitución, en base a su función protectora de la familia y del matrimonio (cuyos conceptos son conservadores) y al limitar el concepto de unión de hecho a la unión entre personas del mismo sexo, no estaría reconociendo el matrimonio ni la unión de hecho de parejas homosexuales.

Yuri Vega ⁶⁰⁴ analiza el tema de matrimonio de homosexuales en el Perú y señala que el concepto de familia que utiliza el legislador, no es una creación jurídica sino que se sustenta en los lazos de orden biológico, que el Derecho pasa a regular y a elegir un “tipo” de familia a la que organiza y regula. Agrega que la Constitución de 1993 protege la familia en general y promueve el matrimonio ya que “el constituyente tiene en mira como el modelo más difundido y más aceptado para constituir una familia; regula también el tema de las uniones de hecho que lo diferencia de la regulación del matrimonio, especifica el sexo de participantes de la unión de hecho, tema que no recoge en el artículo sobre el matrimonio” ⁶⁰⁵ pues ya lo recoge el Código Civil en el artículo 234 primer párrafo.

Por otro lado, el Código Civil define el matrimonio en el artículo 234 como “... la unión voluntaria concertada por varón y una mujer legalmente aptos para ello...”. Señala también que la homosexualidad es causal de separación

⁶⁰⁴ VEGA MERE, Yuri. “La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales”, op. cit, pp. 259-261.

⁶⁰⁵ Ibid, p. 260.

de cuerpos y de divorcio (artículo 333 inciso 9⁶⁰⁶ y artículo 349⁶⁰⁷ del Código Civil). Además es causal de anulabilidad del matrimonio como lo señala el inciso 5 del artículo 277:

De quien contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: ... la homosexualidad...La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.

Este último artículo cabe analizarlo cuidadosamente. Partiendo de la idea que el lenguaje es expresión del pensamiento de una sociedad y que impone, transmite y construye ideas. Creemos que el término “defectos sustanciales” no sólo demuestra menosprecio por aquellos aspectos aludidos en el artículo sino que impone un patrón de normalidad que se supone aceptada y correcta, el mensaje sería *aquellos que no tengan defectos sustanciales como la homosexualidad podrán mantenerse casados*. Por ende, si bien se han derogado normas que penalizaban la homosexualidad, se mantiene una lógica normativa de represión, menosprecio y discriminación contra las personas homosexuales.

Consideramos que los artículos del Código Civil expuestos reflejan el objetivo de proteger las uniones heterosexuales y aunque se han anulado del ordenamiento el castigo penal a las relaciones homosexuales (como en un principio sucedía en la normativa peruana), con estas normas se trata de limitar los campos de acción legal de las personas homosexuales, describiendo e

⁶⁰⁶ Código Civil de 1984 , artículo 333 inciso 9 – Son causales de separación de cuerpos...9) La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.

⁶⁰⁷ Código Civil de 1984, artículo 349 – Pueden demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1 a 10 .

imponiendo un patrón de normalidad aceptada, es decir las uniones de parejas heterosexuales y las familias compuestas por padres heterosexuales. De este modo se está negando lo que sucede en la realidad; en donde existen uniones homosexuales estables, es decir el Derecho no está normando lo que ya sucede en la realidad sino que está imponiendo un patrón que se supone normal. Aquí podemos utilizar la perspectiva de género para criticar el patrón hegemónico que se está imponiendo y que tiene como base la heterosexualidad, impidiendo el reconocimiento legal de uniones no conformadas por personas heterosexuales.

Por otro lado, como consecuencia del vacío del reconocimiento legal de las parejas homosexuales, los derechos recogidos en los artículos 13⁶⁰⁸, 14⁶⁰⁹ y 15⁶¹⁰ tampoco les corresponden. Por ello, podríamos poner el ejemplo extremo de una persona famosa homosexual que fue expulsada de su casa por el rechazo de su familia y que en los momentos de su muerte convivía de manera estable con su pareja y como la ley no le confiere derecho a su pareja para disponer de la imagen y la voz del difunto, ni de divulgar su vida personal, los familiares que en su momento lo discriminaron puedan aprovecharse de esos derechos. Por ende, podemos decir que no existen motivos suficientes para negarle el reconocimiento de estos derechos a las parejas homosexuales.

⁶⁰⁸ Código Civil de 1984, artículo 13 – A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en ese orden, decidir sobre la necropsia, la incineración, la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes.

⁶⁰⁹ Código Civil de 1984, artículo 14 – La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

⁶¹⁰ Código Civil de 1984, artículo 15 – La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella, o si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden....

En suma, la figura jurídica del matrimonio reconoce derechos patrimoniales y de otra índole como el divulgar la vida íntima o familiar, la voz, la imagen del difunto en favor del cónyuge, que bajo el concepto de matrimonio como unión entre personas de diferente sexo y con fines reproductivos no pueden justificar el no reconocimiento de estos derechos a favor de las parejas homosexuales.

No estamos de acuerdo con la asimilación de la situación de las parejas homosexuales a la figura del matrimonio, porque este ha sido configurado desde patrones, objetivos particulares y responde a una determinada realidad social. Las parejas homosexuales tienen sus propias necesidades, intereses particulares por ende la figura legal tendría que adecuarse a éstos⁶¹¹.

Lo que cabría cuestionarse es:

- ¿Cuál es la idea base para considerar la homosexualidad como un “defecto sustancial”?
- ¿Por qué el derecho a la herencia, pensión por viudez, beneficios sociales y otros derechos que el Código Civil reconoce al cónyuge como: disponer de la imagen y la voz del difunto, de divulgar su vida personal, no podrían ser reconocidos a favor de la pareja homosexual?
- ¿El objetivo final del matrimonio sólo es la conservación de la especie o los efectos patrimoniales?

⁶¹¹ Velando por estos intereses; en varias ocasiones, han habido propuestas de parte de congresistas para que se reconozca las uniones homosexuales. Los congresistas que hicieron estas propuestas fueron: Julio Castro (1994), Martha Moyano (2003).

3.5.2 Adopción por parte de homosexuales

Yuri Vega resume algunos argumentos a favor de reconocer la adopción como derecho de los homosexuales. Se arguye, por ejemplo, que no debe negárseles por motivo de su orientación sexual su vocación de paternidad, pues estos dos aspectos no son incompatibles entre sí. Así mismo, se argumenta que lo que influencia en el desarrollo psicológico del niño no es la orientación sexual de sus padres, sino los conflictos familiares que acontecen. Otros arguyen que en el proceso de desarrollo del menor, no es la orientación sexual el tema central sino las actitudes educativas y la capacidad para satisfacer las necesidades del menor, temas para los cuales los homosexuales serían aptos. Además, sostienen que en caso la adopción no fuera permitida, perjudicaría al niño pues se le privaría de derechos como la herencia, el ser cuidado por el compañero de su padre o madre en caso este muera, a la educación etc.⁶¹².

Concluye el autor, señalando que así como existen argumentos a favor e investigaciones que los respaldan, también existen posturas e investigaciones de sentido contrario; por ende no existen aun verdades absolutas sobre el tema. Sin embargo, es de opinión contraria a admitir la adopción ya que no existe argumento que asegure que “no pueda producir un desorden en la identificación de los roles del padre y de la madre, de esos indispensables modelos que... los descendientes requieren como una forma de interiorizar conductas y actitudes que van formando su personalidad y su normal y

⁶¹² VEGA MERE, Yuri. “La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales”, op cit, p. 265.

adecuado desarrollo psicológico”⁶¹³ además en este tema se debe privilegiar el derecho de los niños.

Por otro lado, Pedro Talavera hace un estudio más detallado sobre este tema. Parte, cuestionándose sobre si una pareja homosexual puede considerarse tan idónea para adoptar como la pareja heterosexual y si los intereses del menor están igualmente protegidos por una pareja homosexual como una heterosexual⁶¹⁴. Para responder estos cuestionamientos, señala que existen dos temas especialmente, que suelen invocarse para argumentar en contra de la adopción de las parejas homosexuales, que pasaremos a reseñar:

a) La pareja homosexual y su influencia en la integración social menor.

Según el autor, el tema clave es saber si la sociedad considera a la pareja homosexual como normal y equiparable a una pareja heterosexual. Si fuera equiparable, no habría reparo en que el menor se eduque y desarrolle en un entorno homosexual, señala el autor que “solo en una sociedad donde la homosexualidad hubiera alcanzado un alto grado de normalización, podría presumirse, en principio y con reservas, que los problemas de integración social de los menores provenientes de un entorno convivencial homosexual podrían no ser relevantes”⁶¹⁵, señala que “la sociedad valora como preferente la integración del menor en un núcleo convivencial heterosexual”⁶¹⁶.

Respondido este tema, pasa a cuestionarse sobre la idoneidad de la pareja homosexual para proteger el interés del menor. Señala que son los

⁶¹³ Ibid, p. 266.

⁶¹⁴ TALAVERA, Pedro. “Los uniones homosexuales frente a la adopción”. En: *Sistema*. Número 173, marzo, 2003, pp. 93-94.

⁶¹⁵ Ibid, p. 96.

⁶¹⁶ Loc cit.

adoptantes quienes serán evaluados en “función del interés superior del menor, puede concebirse la posibilidad (no irreal) de que haya casos en los que la más adecuada protección del interés del menor exija el concurso de una pareja homosexual”⁶¹⁷. El autor pone el ejemplo de menores en Estados Unidos, que eran violentados debido a su orientación sexual y que pedían ser adoptados por parejas homosexuales.

Concluye el autor, que dado que la idoneidad para adoptar está determinada por el interés del menor, no cabe excluir a priori esta posibilidad a las parejas homosexuales, que en algunos casos pueden ser los idóneos para proteger el interés del menor.

Por ende, no existe discriminación al prohibir a las parejas homosexuales la adopción, porque la adopción no es un derecho de los adoptantes, sino que debe apreciarse la posible vulneración del derecho del menor de no poder ser adoptado por la pareja que pueda brindarle un entorno adecuado para el desarrollo de sus intereses⁶¹⁸. Agrega que el tema de la idoneidad debe resolverse caso por caso⁶¹⁹.

b) El entorno homosexual y el desarrollo psicológico del menor.

En este acápite el autor se centra en manifestar diversos estudios sobre la influencia del entorno homosexual en el menor, en temas como la maduración psicológica, afectiva, salud, etc. Estos estudios a favor y en contra

⁶¹⁷ Ibid, p. 97.

⁶¹⁸ Loc. cit.

⁶¹⁹ Ibid, p. 101.

de la adopción por parejas homosexuales, no permiten llegar a conclusiones absolutas⁶²⁰.

Por esto, concluye el autor que en base a estos estudios contradictorios, debe tomarse como presupuesto que “la educación y custodia de un menor por una pareja homosexual, no tiene por que ser necesariamente y en sí misma dañina o perjudicial para su desarrollo psicológico, afectivo o sexual”⁶²¹.

Graciela Medina señala que el interés superior del menor es motivo suficiente para preferir a las parejas heterosexuales solicitantes de adopción que a homosexuales solos, sin embargo señala que si no existe una pareja heterosexual solicitante la preferencia homosexual no es motivo para obstaculizar la adopción. Esta en desacuerdo con la adopción del hijo de la pareja homosexual, porque con esto se desnaturaliza la figura de la adopción porque tiene como objetivo crear un parentesco similar al biológico, por ende no puede existir dos padres o dos madres⁶²².

Por su parte, Claudio Marcelo Kiper se refiere a la tenencia o custodia en caso de separación y divorcio. Muchas veces señala que se niega la custodia al progenitor homosexual, debido a su orientación sexual. Señala que el juez debe analizar caso por caso y resolver sin prejuicios, buscando que la realización del interés superior del menor. Por ello a su parecer la orientación sexual del progenitor no debería ser en principio motivo de obstáculo para el otorgamiento de la custodia salvo que se pruebe fehacientemente que su conducta afectara al menor. Sobre el tema del régimen de visitas, señala que no se debe privar al menor del contacto con

⁶²⁰ Ibid, p. 98.

⁶²¹ Ibid, p. 100.

⁶²² MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*, op. cit., p. 298.

alguno de sus progenitores por motivo de la orientación sexual de estos, señala que lo que debe juzgarse es si son buenos padres o no. Agrega que existen estudios que prueban que el separar al niño de alguno de los padres le causa graves consecuencias en su formación, lo que ningún estudio ha probado es si es perjudicial ser hijo de una persona homosexual ⁶²³.

En el caso del Perú, el Código Civil en su artículo 378, no señala expresamente una prohibición de la adopción por una persona o pareja homosexual. Sin embargo, incluyen conceptos ambiguos o que pueden ser objeto de interpretación o consideración de la persona que evalúa al posible adoptante, como el inciso 1 del artículo 378 que exige como requisito que “el adoptante goce de solvencia moral”. Según, Ludeña Gonzales solvencia moral se refiere “más a las capacidades de la familia para cumplir con ese papel socializador y afectivo, con esa capacidad de poder establecer una relación humana, cálida, constructiva con el niño...”⁶²⁴. Arias Schreiber señala que “sería sumamente grave que el adoptante sea una persona amoral, como es el caso del delincuente, un adicto al alcohol y a las drogas o que tenga perversiones y en general, antecedentes que en nada favorezcan al adoptado”⁶²⁵. Cabría cuestionarnos sobre el significado de “solvencia moral” que manejan las personas que evalúan al posible adoptante; porque en caso extremo podría considerarse que la persona homosexual no tiene solvencia moral.

⁶²³ MARCELO KIPER, Claudio. *Derechos de las minorías ante la discriminación*, op. cit. , p. 403.

⁶²⁴ LUDEÑA GONZÁLEZ, Gerardo Francisco . *Un debido proceso de adopción para nuestros niños y adolescentes*. Lima: Biblioteca G.F. LUDMAN, 2000, p.115.

⁶²⁵ ARIAS –SCHREIBER PEZEL, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo 8. Lima:Gaceta Jurídica, 2000, p. 49.

Así mismo, la Ley de procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono (Ley No. 26981) señala que un aspecto a evaluar será la moral del posible adoptante, así lo expresa en su artículo 5: “El proceso de adopción se inicia con la solicitud de la persona natural o cónyuges interesados dirigida a la Oficina de Adopciones, que la evaluará y dictaminará dentro de los aspectos psicológico, moral, social y legal de los adoptantes”. El mismo tema se regula en el artículo 12, d) ⁶²⁶ del Reglamento (Decreto supremo No. 001-99 PROMUDEH) que se refiere a la “integridad moral” como aptitud que el adoptante debe tener, cabe indicar que ninguno de los incisos de este artículo impide que los homosexuales adopten. Sin embargo, cabría cuestionarnos los alcances de este “aspecto moral” que evaluarán, a fin de determinar si consideran que la homosexualidad no es “moral”⁶²⁷.

⁶²⁶ Reglamento de la Ley de procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en estado de abandono –artículo 12, d) – Ética, integridad moral, autoconfianza y seguridad personal.

⁶²⁷ Entrevista a Denis Llerena, trabajador social de la Secretaría Nacional de adopciones (7 de julio del 2004)- El objetivo de esta entrevista era dilucidar el criterio que esta institución utilizaba para definir la “solvencia moral” del posible adoptante. La persona que nos atendió Denis Llerena (trabajador social) señaló que los trabajadores sociales y psicólogos encargados de la evaluación del posible adoptante trabajaban con un perfil, agregó que esta información no podía otorgarla él sino bajo autorización de la Secretaria Nacional de adopción: Mayerlin Pacheco. No obstante, nos dió su opinión al respeto, dijo que se evaluaba psicológicamente a los posibles adoptantes para averiguar si eran psicológicamente maduros para asumir la paternidad o maternidad, si tenían algún conflicto interno, fallas en su familia por ejemplo algún familiar esquizofrénico cuya presencia sería riesgosa para el menor. Señaló que la presencia del padre y madre era importante para el menor, porque los menores de temprana edad actúan por imitación, reproducen comportamientos, definen su identidad sexual a partir del comportamiento de los padres. Se busca lo más favorable para el menor, no se hace discriminación alguna, por ejemplo por encima que el posible adoptante sea homosexual está el interés superior del menor. Agregó que en caso el postulante sea soltero se hace una evaluación más rigurosa, de 4 a 5 entrevistas, evaluación psicológica, visita familiar.

Lo que cabría cuestionarnos después de esta entrevista es: ¿por qué el acceso a esta información es tan difícil?, ¿se asume acaso que lo más favorable para el menor es la presencia de un padre y una madre?, ¿acaso suponen que la homosexualidad se imita?, ¿qué tan imparcial o libre de prejuicios es el criterio que utilizan para definir la “solvencia moral”?

Cabe indicar que el tema de la adopción y el uso de las técnicas de reproducción asistida en favor los homosexuales es polémico, porque atañe no sólo a la persona homosexual sino a otro sujeto, por ende este tema no puede ser analizado sólo desde la perspectiva parcial de los derechos de los homosexuales, sino también pensando en aquello que es más favorable al menor de edad.

Por ende, consideramos que lo importante es evaluar la idoneidad de los adoptantes y que prime el interés superior del menor y no negar desde un primer momento la posibilidad de que una persona o pareja homosexual pueda adoptar. La persona encargada de esta evaluación debe realizarla de modo imparcial y objetivamente, sin dejarse llevar por sus prejuicios, el problema mayor está en la lógica estatal de protección del menor y de las familias que impide la posibilidad de aceptar la existencia de uniones homosexuales legales o adopciones por homosexuales.

Por lo señalado cabría preguntarse:

- ¿En alguna circunstancia una pareja o persona homosexual podría calificar como idónea para adoptar a un menor?
- ¿Por qué los homosexuales son descartados de antemano para ser adoptantes, se basan en prejuicios, en pensamientos conservadores o en estudios científicos?
- ¿En alguna circunstancia el interés superior del menor se respetaría al ser adoptado por una persona o pareja homosexual?
- ¿Qué grado de certeza científica existe actualmente para señalar que el desarrollo del menor podría verse afectado si es adoptado por una persona o pareja homosexual?

- ¿Acaso se piensa que la homosexualidad se imita o “contagia”? y si fuera así ¿se estaría considerando que el ser homosexual es “malo”, “anormal”, en base a patrones impuestos de normalidad?

3.5.3 Técnicas de reproducción humana asistida

Enrique Varsi define las técnicas de reproducción humana asistida como métodos técnicos utilizados por personas que sufren de infertilidad, con el objetivo de tener descendencia. Señala que son métodos supletorios no alternativos, que buscan superar el problema de la infertilidad, ejerciéndose con esto el derecho a la salud reproductiva positiva (tener descendencia). Pero no son alternativos, en tanto la procreación “no puede ser supeditado a la mera voluntad de la persona”⁶²⁸. Para esta definición el autor se basa en los conceptos de derechos reproductivos y derecho a la procreación. Sobre el primero, señala que tiene dos áreas:

- Positivo, derecho a la procreación (TERAS)
- Negativo, derecho a no procrear⁶²⁹.

Sobre el derecho a la procreación, señala que es el derecho a procrear con quién, cómo y cuándo quiera la persona⁶³⁰. Para el autor este es un derecho relativo, en tanto debe respetarse ciertos parámetros como por ejemplo la defensa de la vida que va a generarse, primando así el interés

⁶²⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético*. 4ta edición. Lima : ed. Jurídica Grijley, 2001, pp. 253-254.

⁶²⁹ *Ibid*, p. 251.

⁶³⁰ *Ibid*, p. 252.

superior del niño que esta por nacer que “tiene todo el derecho de nacer dentro de condiciones naturales, de encontrarse con una familia estable y de contar con un hábitat adecuado”⁶³¹.

Según Graciela Medina el derecho a procrear “como todo derecho subjetivo y personalísimo, se encuentran limitado por el derecho de los demás. Concretamente, el derecho a procrear admite dos límites:

- a) El derecho del niño
- b) La prohibición de la clonación”⁶³².

La autora se basa en el artículo 7 de la Convención sobre los derechos del niño que reconoce el derecho del niño a nacer y vivir en una familia. Así como su debida protección y cuidado, tanto antes como después de su nacimiento (preámbulo de la Convención sobre derechos del niño)⁶³³. Señala la autora, que el interés superior del niño debe limitar el derecho a la procreación⁶³⁴.

Según Clara Mosquera Vásquez existen dos posiciones contrarias sobre quiénes pueden utilizar estas técnicas. Unos señalan que sólo las parejas casadas o de convivientes pueden usarlas y otros sostienen que también los solteros podrían utilizarlas (ejerciendo sus derechos reproductivos). El tema en discusión es si se les debe permitir a las parejas o a las personas solteras homosexuales el uso de estas técnicas. La autora parte analizando los actos que se protegen dentro de los derechos reproductivos como: la elección de procrear y la elección de decidir el número y espaciamiento de los hijos.

⁶³¹ Ibid, p. 253.

⁶³² MEDINA, Graciela. *Las uniones de hecho homosexuales*, op. cit, p. 304.

⁶³³ Ibid, p. 305.

⁶³⁴ Ibid, p. 306.

Sobre el primer punto, señala la autora que incluiría el derecho a utilizar medios naturales o artificiales para poder ejercer el derecho reproductivo, ya que a pesar de que existen posturas contrarias, según su opinión no existe ningún obstáculo para incluir dentro de los derechos reproductivos el tratamiento por infertilidad”⁶³⁵.

Otro tema que analiza la autora, es si se debe permitir el uso de estas técnicas a las mujeres solteras. Según su opinión, sí tendrían este derecho, pues de lo contrario se iría contra los derechos reproductivos de la mujer este casada o no. El tema en discusión es si se les debe permitir a las mujeres solteras lesbianas el mismo derecho. Según la autora no se les pueden negar los mismos derechos que gozan los heterosexuales, además no existe un estudio que pruebe tajantemente que sea perjudicial para el desarrollo psicológico de un niño el vivir en un hogar con dos madres, “pues finalmente los hijos de lesbianas estarán en contacto en su desarrollo no sólo con su madre y la pareja de ésta sino sobretodo con personas heterosexuales... no existiendo ningún peligro de “contagio”, pues el homosexual nace, no se hace”⁶³⁶.

Por otro lado, Ricardo Valverde Morante ⁶³⁷ es de la opinión de no permitir el uso de estas técnicas a las mujeres solteras, pues estas técnicas están dirigidas a combatir una enfermedad, como es la esterilidad o infertilidad femenina. Según el autor el Estado peruano tiene el interés de evitar que

⁶³⁵ MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. “Las mujeres solteras frente a las técnicas de reproductiva humana asistida (TERAS)”. En: *Actualidad jurídica*. Tomo 109, diciembre, 2002, pp. 58-60.

⁶³⁶ *Ibid*, p. 61.

⁶³⁷ VALDEVERDE MORANTE, Ricardo. “¿Debería permitir el Derecho Peruano el uso de la reproducción artificial en mujeres solas?”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año L II, número 37, agosto, 2002, pp. 205 – 208.

existan hijos de madres solteras y ya que no puede impedir los nacimientos naturales, si puede manifestarse en contra de que nazcan bajo las técnicas de reproducción asistida, a través de una prohibición legal. Sin embargo, acota el autor que quienes deciden este tema y ante la inexistencia de una norma que lo regule, son las clínicas de fertilidad los que toman la decisión.

Varsi critica la escasa legislación sobre el tema en el Perú, que se circunscribe a lo contenido en la Ley General de Salud, que en su artículo 7⁶³⁸ señala:

- Reconoce el derecho a la salud reproductiva sólo a personas estériles.
- Define el derecho a la procreación como la capacidad para recurrir a métodos asistenciales.
- Las técnicas de reproducción son métodos supletorios para el tratamiento de la infertilidad.
- Se aplican con finalidad terapéutica.
- Consentimiento previo y escrito de los padres biológicos⁶³⁹.

Propone que una legislación sobre el tema debería incluir:

- La protección del concebido. Circunscribir el uso de estas técnicas a las parejas que padezcan de patologías comprobadas.

⁶³⁸ Ley General de salud (Ley No. 26842), artículo 7– Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

⁶³⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético*, op. cit, pp. 304-305.

- Limitar la investigación científica al respeto de la integridad psicosomática, salud, intimidad, dignidad humana⁶⁴⁰.

Cabe señalar, que actualmente en Lima los centros de salud en donde se brinda este servicio son: el hospital Loayza, la Maternidad, el hospital Santa Rosa. En conversación con el personal encargado del “Consultorio de fertilidad “del hospital Loayza⁶⁴¹, nos informaron que este es un servicio costoso aproximadamente de 2000 soles, para acceder al uso de estas técnicas hay que ser mayor de edad, tener pareja no necesariamente estar casado, no se permite el acceso a estos servicios a mujeres solteras, previamente se pasa por un examen psicológico. Sobre la posibilidad de brindar este servicio a una lesbiana, nos dijeron que los centros de salud estatal actúan basados en un esquema tradicional de familia, como la célula básica de la sociedad y en la pareja heterosexual.

Por otro lado, se ha hecho público el caso de una pareja de lesbianas que a través de estas técnicas una de ellas ha tenido un hijo, lo interesante de esta noticia es que según las declaraciones de ambas en varios medios de comunicación, ellas le dijeron al médico encargado que eran pareja⁶⁴². Por lo tanto, podemos concluir que en el ámbito privado es posible que las personas homosexuales accedan a estas técnicas a través de centros de salud privados

⁶⁴⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Anteproyecto de ley sobre técnicas de reproducción asistida. En. *Apuntes de Derecho*. Año 1, número 1, octubre 1996, p. 265- 267.

⁶⁴¹ Conversación con la enfermera Rosa Rodríguez, encargada del “Consultorio de Fertilidad” del Hospital Loayza (5 de julio del 2004).

⁶⁴² Perú 21, sábado 17 de abril de 2004 – Claudia Montalvo responde a la pregunta ¿Estuvieron juntas en el parto? - “ En todo, en la inseminación, diciéndole al médico somos pareja...” y también en : Programa televisivo Cuarto Poder, domingo 16 de mayo del 2004 – reportaje a Claudia Montalvo y Carmen Palomeque, pareja de lesbianas que utilizaron la inseminación artificial y señalaron que el médico sabía que eran pareja.

Sobre este tema cabría cuestionarse:

- ¿El uso de las técnicas de reproducción asistida es parte de los derechos sexuales y reproductivos?
- ¿Por qué se les niega a ciertas personas el ejercicio de este derecho?
- Si las normas en el Perú que regulan el tema son escasas, ¿una mujer lesbiana e infértil podría acceder a estas técnicas?

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Por el análisis de los conceptos de derecho a la igualdad y a la no discriminación, derechos sexuales y reproductivos, discriminación por orientación sexual y de la normativa nacional e internacional sobre el tema, así como de los acontecimientos recientes de protección y reconocimiento de los derechos de los homosexuales en el ámbito mundial, se recomienda incluir en la Constitución política, en el capítulo sobre los derechos fundamentales, el siguiente artículo:

“Toda persona tiene derecho:

...

À la igualdad y a no ser discriminado por motivo de origen, raza, idioma, religión, opinión, condición económica, género, orientación sexual o por cualquier otra índole. El Estado impondrá medidas para lograr la igualdad real y medidas de acción positiva a favor de los grupos discriminados.”

- **Fundamentación de la propuesta**

Consideramos que se justificaría la inclusión del derecho a la no discriminación por la causal de orientación sexual, por los siguientes motivos:

- Debe existir una relación estrecha entre lo que ocurre en la realidad y lo que el Derecho regula. El Derecho no debe sacrificar; por mantener una rigidez normativa, derechos justamente invocados. Es el Derecho el que debe adecuarse a la realidad y no a la inversa.

- Si el Perú ha ratificado las normas internacionales que prohíben todo tipo de discriminación, no hay justificación alguna para no aceptar la inclusión expresa del derecho a la no discriminación por orientación sexual. Así mismo también ha ratificado las Conferencias y Convenciones que protegen los derechos sexuales y reproductivos.

- Las causales de discriminación expresamente señaladas en la Constitución son aquellas que a lo largo de la historia se han presentado constantemente a nivel mundial como por ejemplo la discriminación sexual, racial, religión. Respondiendo a esta característica la Constitución debe incluir aquellos motivos de discriminación que en nuestra historia actual a nivel nacional se presentan, como por ejemplo la discriminación por orientación sexual.

- Lo planteado por el primer borrador Anteproyecto (abril 2002) tiende a ser innovador al proteger el derecho a la no discriminación por ejemplo por motivo de características genéticas o filiación; esto tendría su justificación en el plano de la realidad. Es decir el Anteproyecto está respondiendo a situaciones que se dan en la realidad y que necesitan de una regulación expresa Constitucional que marque su protección. Por lo

tanto basándonos en este principio rector de que el Derecho responde a lo que sucede en la realidad que necesita protegerse o regularse; principio que parece dirigir lo planteado por el Anteproyecto, no hay razón por la cual el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual no se incluya.

- Se utiliza el término “igualdad” y no “igualdad ante la ley”; como lo señala el inciso 2 del artículo 2 del Constitución de 1993 y el inciso 2 del artículo 2 del segundo Anteproyecto de Reforma de la Constitución (julio), porque como hemos señalado el derecho a la igualdad, no se reduce a la igualdad ante la ley y aunque el legislador no haya tenido la intención de reducir el concepto, siendo la Constitución la norma suprema en jerarquía, debe utilizar el término adecuado que abarque el verdadero alcance de este derecho.

- A diferencia de lo planteado por la Constitución de 1993 sobre el tema de la discriminación, que señala “nadie debe ser discriminado...”, se propone; siguiendo la lógica del capítulo titulado “Derechos fundamentales”, utilizar términos que transmitan la idea del reconocimiento de los derechos por parte de la Constitución. En este sentido, se propone la expresión “no ser discriminado”. También se omite el término "nadie" utilizado en la Constitución de 1993, porque en la frase introductoria de los incisos se ha hecho referencia a que "toda persona tiene derecho “.

- Diferimos de lo planteado en el primer y segundo borrador del Anteproyecto de reforma constitucional, que señalan “está prohibido toda forma de discriminación...”, porque el objetivo del capítulo “Derechos Fundamentales” es el de reconocer derechos y al utilizar el término “prohibido” se está imponiendo el deber de no realizar actos discriminatorios, sólo implícitamente se estaría reconociendo el derecho a no ser discriminado.

- En nuestra propuesta no hacemos una lista cerrada de causales de discriminación prohibidas, porque consideramos que los tipos de discriminación que pueden darse en una sociedad no se reducen a aquellos que puedan ser listados. Proponemos una lista abierta que señale algunas causales y utilice una cláusula abierta como lo hace la Constitución de 1993 con la expresión “o cualquier otra índole”, así se da a entender que esas causales son ejemplos de tipos de discriminación prohibida y lo que prima es la cláusula abierta que prohíbe cualquier tipo de discriminación. En otras palabras, salvo que el legislador exponga claramente los límites de la expresión “o cualquier otra índole” esta debe entenderse como una cláusula que prohíbe todo tipo de discriminación, aparte de los listados expresamente. Una cláusula de este tipo debe ser respaldada continuamente por la actuación del poder judicial, que a través de su interpretación va a definir el contenido de esta cláusula

- Somos de la opinión que la Constitución no debe dejar cabo suelto que permita la primacía de subjetivismos o interpretaciones que difieran con su objetivo real. Tampoco debe incluir cláusulas o expresiones que puedan entenderse como que reconocen los derechos de las personas, pero que dejan la puerta abierta para que en la práctica estos derechos sean limitados por una argumentación en contra de su plena vigencia o pueda obstaculizarse la probanza de un tipo de violación del derecho a la no discriminación que se circunscriba a la expresión "o cualquier otra índole".
- Por consiguiente, consideramos necesaria la inclusión expresa del derecho a la no discriminación por orientación sexual, para evitar que esta causal caiga en el ámbito de la expresión "o de cualquier otra índole" y sea objeto de interpretación, puesto que al no existir un único discurso sobre el origen o características de la orientación sexual, el que interpreta la norma puede basarse en sus prejuicios y considerar la orientación sexual como una anormalidad o perversión, quedando desprotegido este derecho.
- Como hemos explicado en capítulos precedentes, la protección de los derechos a la igualdad y a la no discriminación no se reduce a su reconocimiento legal, sino también a imponer deberes al Estado para que implemente medidas a fin de lograr la igualdad y evitar o eliminar la discriminación, consiguiendo así el equilibrio e integración social. Por

este motivo, como complemento del reconocimiento de estos derechos y respetando el sentido de estos derechos, se determina como deber del Estado la imposición de medidas adecuadas para el logro de estos fines.

- Nos referimos a “las medidas” que debe adoptar el Estado para lograr la igualdad real, porque como hemos señalado la igualdad puede ser formal o material, siendo la formal aquella que sólo está presente en la normativa pero no se cumple en la realidad, mientras que la igualdad material, es aquella cuyo reconocimiento coincide con el respeto y materialización de ésta en la realidad. Es decir el objetivo del derecho a la igualdad, es que en la realidad social se respete y no solamente que esté reconocido en la norma.

Así mismo, nos referimos a las “medidas de acción positiva”, como mecanismo adecuado para equilibrar la situación de los grupos discriminados con respecto al resto de la sociedad.

- Se propone el reemplazo del término "sexo " por el de "género", ya que como hemos explicado, el término sexo se refiere a lo determinado biológicamente, mientras que el género se refiere a lo determinado social, cultural e históricamente. En suma, lo que puede generar discriminación no es el sexo, que por naturaleza es diferente, sino la diferente y jerarquizadora valoración de los roles, espacios y atributos de uno u otro sexo. Además, de este modo se cumpliría el objetivo de incluir la perspectiva de género sensitiva en las normas y actuación de los poderes del Estado y de toda la sociedad.

- La inclusión expresa del derecho a la no discriminación por orientación sexual en la Constitución, contribuiría a que el contenido de este derecho sea materia de enseñanza anivel de centros educativos civiles y militares, cumpliendo con lo señalado en el artículo 14 . Esto permitiría que el tema de la orientación sexual se comprenda, sea materia de discusión pública, y con el tiempo se respete.

CONCLUSIONES

- El contenido del derecho a la igualdad y del derecho a la no discriminación varia en el tiempo y el contexto social, es decir lo que antes podía ser igualitario y no discriminatorio en la actualidad podría no serlo.
- Existen muchas objeciones contra el concepto tradicional de igualdad, en especial se le critica su origen basado en determinados patrones de normalidad y en una visión androcentrista. Esto debe servir como punto de partida para buscar un concepto de igualdad que reconozca las diferencias entre las personas y partiendo de este respeto, se configure un concepto de igualdad más inclusivo y real, a fin de evitar que las diferencias se conviertan en discriminaciones.
- La perspectiva de género sensitiva debe utilizarse como categoría de análisis en toda política que se trate de implementar, en las normas que se piensen crear y en la actuación de los aplicadores del derecho, porque sirve para criticar los patrones hegemónicos y jerarquizadores que dominan estos ámbitos de actuación y que dividen la sociedad en

planos de normalidad y anormalidad, como por ejemplo la heterosexualidad y la homosexualidad. Esto con el fin de que las medidas que se establezcan partan de las necesidades e intereses de las personas a quienes se dirigen y no desde una supuesta igualdad de necesidades o características entre las personas.

- Los derechos sexuales y reproductivos le corresponden a todas las personas por igual.
- La orientación sexual es manifestación del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Por ende, el reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos incluye también el reconocimiento y protección a la libre orientación sexual.
- Actualmente no existe ni un tratado ni una convención que proteja el derecho a la no discriminación por orientación sexual. Sin embargo, este derecho puede ser protegido por las normas que regulan la no discriminación y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.
- No sólo el desarrollo legal de este tema, logrará superar el problema social de la discriminación por orientación sexual, ya que muchas veces la presión social y el rechazo hace que el homosexual niegue su orientación o la esconda, es decir mantiene una invisibilización social, que a la larga merma cualquier logro legal. Por ello, es necesario

imponer medidas educativas, informativas sobre los derechos de los homosexuales.

- Los pronunciamientos del Comité de Derechos humanos, del Comité de derechos económicos y sociales y culturales, de la Comisión de Derechos humanos, elogiando los progresos de diversos países en la protección de este derecho y por otro lado, criticando y fomentando a que aquellos países que mantienen normas que penalizan estas relaciones las deroguen o modifiquen, son muestra de la tendencia mundial a proteger los derechos de los homosexuales.
- El progreso normativo internacional sobre el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, como el derecho a la no discriminación por orientación sexual, el reconocimiento de las uniones homosexuales, el permitirles adoptar y acceder al uso de técnicas de reproducción asistida, es muestra de la tendencia mundial de respeto y reconocimiento de los derechos de los homosexuales.
- El Perú reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación en su Constitución, en leyes especiales sobre temas específicos y penaliza la discriminación (no incluye la discriminación por orientación sexual). Sin embargo esta normativa no es suficiente para proteger el derecho a la no discriminación por orientación sexual.

- Las medidas de acción positiva, mediante las cuales los Estados imponen normas o disposiciones obligatorias y temporales, a fin de compensar la desventaja social de un grupo y lograr el equilibrio y la integración social, deberían aplicarse también a favor de los homosexuales, por ejemplo para que tengan una presencia política en el ámbito legislativo.

- En la Constitución de 1993 no es clara la jerarquía ni la primacía de los tratados sobre derechos humanos sobre otras leyes. Sin embargo se puede interpretar de modo integral los artículos de la Constitución y determinar que los tratados de derechos humanos tienen un tratamiento especial y diferente a cualquier otra norma. Sin embargo tendría que determinarse con claridad estos temas a fin de evitar interpretaciones o argumentaciones contrarias.

- La implementación de los compromisos adquiridos por los tratados ratificados y conferencias asistidas por el Perú, sobre el derecho a la no discriminación y los derechos sexuales y reproductivos, se dirigen a proteger especialmente a la mujer, a las personas con VIH/SIDA.

- El inciso 2 del artículo 2 de la Constitución de 1993 debe ser interpretado en concordancia con el artículo 3, que reconoce la protección de los derechos no enunciados por la Constitución y con la cuarta disposición final y transitoria que determina las fuentes de interpretación de toda norma que se refiera a los derechos humanos.

- Puede argumentarse que el derecho a la no discriminación por orientación sexual está reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución de 1993, a través de la cláusula abierta que señala la protección de derechos “de cualquier otra índole”. Sin embargo esta cláusula esta sujeta a la interpretación del juez, que basado en sus prejuicios puede señalar lo contrario.

- El mismo argumento puede aplicarse al artículo 3 de la Constitución, que protege los derechos no enunciados pero que son de naturaleza análoga o derivan de la dignidad de la persona, como lo es el derecho a la no discriminación por orientación sexual. Por ende, se puede decir que el problema no es de vacío legal sino de aplicación e interpretación de la norma.

- El derecho a la no discriminación por orientación sexual no puede estar protegido por la causal de no discriminación por sexo determinado en el inciso 2, artículo 2, porque los conceptos de orientación sexual y sexo son diferentes.

- Además, en el Perú se entiende por sexo al hombre y la mujer, es decir no aplican lo señalado por el Comité de Derechos humanos, que ante la urgencia de los hechos y la necesidad de regulación señaló que la protección contra la discriminación por orientación sexual estaba contenida en la causal de no discriminación por sexo del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos.

- La única norma nacional que protegería a los homosexuales es el nuevo Código de procedimientos constitucionales, al otorgarle un mecanismo procesal de protección. Sin embargo, los efectos de esta norma son limitados, ya que no reprime los actos discriminatorios ni promueve la implementación de políticas que luchen contra estos actos discriminatorios .

- El considerar discriminatorio el no reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo o el acceso a la adopción y al uso de las técnicas de reproducción asistida, es un tema de discusión mundial que aún no presenta una tendencia general y única.

- La regulación nacional sobre el matrimonio impide el reconocimiento de las uniones homosexuales, en tanto define claramente quienes pueden conformar un matrimonio y se basa en un concepto tradicional de matrimonio y familia. Sin embargo, reconoce derechos que también podrían ser otorgados a otros tipos de uniones, que no tienen justificación en los conceptos tradicionales de familia o de matrimonio.

- La normativa sobre el proceso de adopción en el Perú no prohíbe expresamente la posibilidad que los homosexuales adopten, no obstante incluye como requisito la “solvencia moral” del posible adoptante, criterio que no tiene una definición exacta, por ende está sujeto a la interpretación de la persona que hace la evaluación.

- La regulación nacional del uso de las técnicas de reproducción asistida es limitada. A través de la normativa existente no se puede deducir que se limite el acceso a los homosexuales al uso de estas técnicas. Sin embargo, gracias a las entrevistas que hemos realizado con el personal encargado de dar estos servicios en el ámbito estatal, podemos concluir que se maneja un concepto de familia tradicional fundado en la unión de hombre y mujer, por ello las mujeres solteras no pueden acceder a este servicio.

RECOMENDACIONES

Estas recomendaciones van dirigidas al poder legislativo, a las organizaciones homosexuales nacionales.

- Recomendamos la promoción e implementación de una ley penal especial que castigue los actos discriminatorios en general. Utilizando así el carácter disuasivo del derecho penal, para evitar o eliminar todo tipo de acto discriminatorio en la sociedad. Esta ley tendrá que definir el tema de la probanza del acto discriminatorio y limitar, de este, modo acciones mal intencionadas que con el fin de perjudicar al demandante se alegue la discriminación. En su defecto, se debe modificar el artículo 323 del Código Penal donde se castiga la discriminación, pero de modo limitado en tanto sólo algunas causales de discriminación son castigadas, además se debe modificar la pena establecida por este artículo a fin de que realmente cumpla con el objetivo disuasivo del Derecho Penal.

- Las propuestas de reforma constitucional o proyectos de ley, deben tener un sustento más amplio, como estudios sociológicos, psicológicos,

estadísticas de opinión, análisis de contenido de normas y en general de todo medio informativo, etc., con el fin de demostrar fehacientemente la existencia y grado de afectación de la discriminación por orientación sexual.

- Toda norma o medida que se implemente sobre el derecho a la no discriminación por orientación sexual, debe estar acompañada necesariamente por una campaña de información y educación a la sociedad en general y en especial al grupo afectado que muchas veces desconoce sus derechos y siente vergüenza de protestar o considera que los actos violentos en su contra son “normales”.

- A las organizaciones homosexuales nacionales, les recomendamos unir esfuerzos para promover leyes que incluyan a todo el grupo afectado, en tanto agrupa a gays, lesbianas, travestis, transgéneros, bisexuales, y cada uno de ellos debe verse reflejado en estas normas. Así mismo, deben protestar públicamente por la violencia que sufren y animarse a iniciar procesos judiciales, a fin de que quede constancia a nivel judicial de los problemas y necesidades, esto también permitiría observar el comportamiento de los jueces y sentido de los pronunciamientos judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA , Gladys , BARRING Maruja, MONTANO Sonia, OLEA Cecilia, VARGAS Virginia

Las apuestas inconclusas. El movimiento de mujeres y la IV Conferencia Mundial de la Mujer. Lima: Centro de la mujer peruana Flora Tristán, 2000.

AMNISTIA INTERNACIONAL.

El derecho a la propia identidad. La acción en favor de los derechos humanos de gays y lesbianas. Madrid: Amnistía Internacional, 1999.

ALZAMORA VALDEZ, Mario, AVENDAÑO, Jorge, y otros.

La nueva constitución y su aplicación legal. Nueve ensayos críticos. Lima:F. Campodónico, 1980.

ARA PINILLA, Ignacio.

Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad. En: GARCIA SAN MIGUEL editor. *El principio de igualdad.* Madrid: Dykinson, 2000.

ARIAS – SCHREIBER PEZET,Max.

Exégesis del Código civil peruano de 1984. Lima:Gaceta jurídica,2000-2001.

COORDINACIÓN DEL FORO DE ONGS DE MUJERES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE.

“América Latina y el Caribe: Hacia La IV Conferencia del Mujer” . En: *Huellas de las mujeres en la regional de Mar de Plata. Diálogos de Mar y viento.* Lima: CLADEM, 1995, pp. 40-44.

BANT, Astrid y MOTTA, Angélica.

“Género, derechos humanos e interculturalidad”. En: *Género y salud reproductiva. Escuchando a las mujeres de San Martín y Ucayali.* Lima:Movimiento Manuela Ramos, 2001.

BARRERE UNZUETA, María Angeles.

Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres. Madrid: Civitas , 1997.

BASADRE AYULO, Jorge.

Historia del Derecho. Tomo II. Lima: Gráfica Horizonte, 2001.

BASCUÑAN VALDÉS, Antonio.

El delito de abusos deshonestos. Santiago de Chile : Jurídica de Chile, 1961.

BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta.

“Derechos reproductivos y derechos humanos”. En : *Salud, derechos sexuales y reproductivos. Desde la perspectiva de los profesionales de la salud*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1996.

BERNALES, Enrique y RUBIO, Marcial.

Constitución: Fuentes e interpretación. Teoría y documentación del Proceso Constitucional y la Constitución de 1979. Lima: Mesa Redonda editores, 1988.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique.

La Constitución de 1993. Análisis comparado. Lima: Konrad Adenauer Stiftung /CIEDLA, 1996.

BOUCHET SOULNER, Françoise.

Diccionario Práctico de Derecho humanitario. Barcelona: Península,2000.

BRAMONT- ARIAS , Luis.

Código Penal anotado. Lima: Rhodas, 1995.

BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel.

Lecciones de la parte general y el Código Penal. Lima:San Marcos, 1997.

BUERGENTHAL,Thomas.

Manual Internacional de Derechos Humanos. Caracas : Jurídica Venezolana, 1990.

BUTLER, Judith.

“Variaciones sobre sexo y género”. En: *Teoría feminista y crítica*. Valencia: Alfonso el magnánimo, 1990.

CALLE; Juan José.

Códigos penal y de enjuiciamientos en materia criminal. Lima: Imprenta Gil, 1914.

CARO, Isaac y GUAJARDO , Gabriel.

Homofobia cultural en Santiago de Chile. Un estudio cualitativo. Santiago de Chile: FLACSO Chile, 1997.

CAREAGA, Gloria y JIMÉNEZ, Patria.

“Las Lesbianas en Beijing”. En: *Huellas de las mujeres en la Conferencia de Beijing. La Muralla y el Laberinto*. Lima. CLADEM, 1996.

CASALMIGLIA, Albert .

El fundamento de los derechos humanos. Madrid: Debate, 1989.

CASTRO GÓMEZ, Julio.

“Salud, sexualidad y derechos reproductivos desde la perspectiva de los varones”. En: *Salud, derechos sexuales y reproductivos. Desde la perspectiva de los profesionales de la salud.* Lima. Movimiento Manuela Ramos, 1996.

CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO DE LA MUJER.

“De México a Beijing. Conferencias mundiales sobre la mujer”. En: *Cartilla de difusión.* Número 1, 1996.

COMITÉ DE AMÉRICA LATINA y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER- SECCIÓN PERÚ.

Propuesta de Reforma Constitucional. En: *Boletín.* Número 2, mayo de 1993, CLADEM Perú, pp. 1-4.

Propuesta del Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer –sección Perú, CLADEM –Perú, al proyecto de reforma constitucional. Lima: CLADEM, 2002.

Informe de la Conferencia. Desarmando la crítica: El Cairo, cinco años después. México: CLADEM, 1998.

CIEZA DE LEON, Pedro.

La Crónica del Perú. Lima: Peisa, 1973.

CÓDIGO PENAL DE CHILE. Duodécima edición. Santiago de Chile : Jurídica de Chile

CÓDIGO PENAL ESPAÑA. Vigésima octava edición. Madrid: Civitas, 2002.

COLAUTTI, Carlos.

Derechos humanos constitucionales. Santa Fe:Rubinzal Culzoni, 1999.

Derechos humanos. Buenos Aires: Universidad, 1995.

CONFERENCIA EPISCOPAL PERUANA.

Género: Alerta Global. Reservas al Documento final y a la Plataforma de Acción de Beijing. Lima :Conferencia Episcopal peruana, 2002.

CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA .

Ley orgánica de justicia militar y Código de Justicia Militar. Lima: Consejo Supremo de Justicia, 1998.

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIÓN
CONSTITUCIONALES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

Aportes ciudadanos al debate del Anteproyecto de constitución. Lima: Congreso de la República del Perú, Volumen I al 4, 2002.

Proyecto de ley de Reforma de la Constitución. Lima: Congreso de la República del Perú, julio 2002.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS

Protección de los derechos humanos de la mujer : estándares internacionales. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2000

Garantías constitucionales. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1998

COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y
LESBIANAS.

Ha pasado ya el tiempo de la tolerancia. Orientación Sexual, mujeres y derechos humanos en América Latina y el Caribe 1995-1999. San Francisco: IGLHRC, 2000

Secreto a Voces, Orientación Sexual y los derechos humanos de las mujeres. San Francisco: IGLHRC, 1997

COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.

Informe anual 2000. Lima: CNDA, 2001

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor.

Derecho familiar peruano. 10 ma. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1999.

CORREA, Sonia y PETCHESKY, Rosalind.

“Los derechos reproductivos y sexuales. Una perspectiva feminista”. En: FIGUEROA, José Guillermo. *Elementos para un análisis ético de la reproducción.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001

CORREA, Sonia.

“Salud reproductiva, género y sexualidad: Legitimación y nuevas interrogantes”. En: *Género, sexualidad y salud reproductiva.* Lima: Facultad de salud pública y administración, UPCH, materiales de enseñanza

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN . REPÚBLICA ARGENTINA
Investigaciones. TOMO ½ (2001) , Tomo 2 (1998), Tomo 3 (1999). Buenos Aires: Corte suprema de Justicia de la Nación, 1998 al 2001.

CHACARTEGUI JAVEGA, Consuelo

Discriminación y orientación sexual del trabajador. Valladolid: Lex Nova, 2001.

CHIAROTTI, Susana.

“Los derechos humanos de las mujeres: el camino recorrido”. En: VASQUEZ, Roxana (editor). *Seminario regional. Los Derechos humanos de las mujeres en las conferencias Mundiales. Cumbres, consensos y después...* . Lima: CLADEM, 1996.

CHIRINOS SOTO, Francisco.

Código Penal. Segunda edición. Lima: Rodhas, 2004.

CHUMPITAZI CANO, Rosario.

“Criterios para la evaluación del adoptante”. En: GARCÍA GARCÍA, Victoria. *Adulterez experiencia de vida*. Lima: UNIFÉ, 2001.

DE CHAZAL PALOMO, José Antonio.

Declaraciones fundamentales y derechos constitucionales. Sta. Cruz–Bolivia:UPSA, 1998.

DANOS ORDOÑEZ, Jorge.

Discriminación sexual y aplicación en la ley . Volumen 4. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000.

DANOS, Jorge; SOUSA, Martha.

“Constitucionalidad de las normas”. En: EGUIGUREN, Francisco. *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cuzco , 1987.

DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo .

Proyecto de un Código Penal. Boston: Hiran Tupper, 1828.

DE LA LAMA, Miguel.

“La Constitución Política de 1979 y los Tratados”. En: EGUIGUREN, Francisco. *La Constitución política de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima : Cultural Cuzco, 1987.

DIAZ REVORIO, Javier.

“Tribunal constitucional y derechos constitucionales no escritos”. En :ESPÍN E, DÍAZ, Javier. *La justicia constitucional en el estado democrático*. Valencia:Tirant Lo Blanch, 2000.

DONNELLY, Jack.

“El relativismo cultural y los derechos humanos universales”. En : *Teoría y en la práctica*. México: Gesnika, 1994

DUNLOP, Joan .

Derechos sexuales : por qué son esenciales para la salud de la mujer. Ponencias presentadas en el panel :Mujer, salud y violencia; organizado por la OMS en el Día de la salud, 1999.

ELEJALDE ESTENSSORO, César.

Derechos y deberes fundamentales de la persona en la Constitución de 1979. Lima: Luis Cambe Velez, 1990.

ELÓSEGUI ITXASO, María.

La Transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica. Granada: Comares, 1999.

EASTMAN, Jorge Mario.

Constituciones políticas comparadas de América del Sur. Santa Fe de Bogotá: Colección Fondo de Publicaciones, 1991.

ESPINOZA VASQUEZ, Manuel.

Los delitos sexuales en el Código penal peruano. Trujillo: Bolivariano, 1974.

ESPINO PEREZ, Julio.

Código penal. 5ta edición. Lima : Jurídica, 1974.

ESTEVEZ ARAUJO, Javier.

“Artículo 1”. En: PONS RAFOLS, Xavier. *La Declaración universal de los derechos humanos.* Barcelona: Antrazyt, 1998, pp. 104-107.

FACIO Alda, y FRIES Lorena

Género y Derecho. Santiago de Chile: LOM , 1999.

FACIO MONTEJO, Alda.

“El principio de igualdad ante la ley”. En: GONZALES AMUCHASTEGUI Jesús, CAMPOS GERMAN, Bidart, FACIO MONTEJO, Alda. *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales.* Lima: Manuela Ramos, 1996.

FACULTAD DE SALUD PÚBLICA Y ADMINISTRACIÓN - UNIVERSIDAD CAYETANO HEREDIA.

“La pluralidad de lo social”. En: *Materiales de enseñanza de la Facultad de salud pública y administración.* Lima :UPCH.

FAUNDEZ LEDESMA , Hector.

El sistema Interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales. 2nda edición. San José: Instituto Interamericano de derechos humanos, 1999.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco.

“El principio de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento español”. En. GONZALES AMUCHASTEGUI, Jesús , BIDART CAMPOS , Germán, FACIO MONTEJO, Alda. *Derechos humanos de las mujeres aproximaciones conceptuales.* Lima: Movimiento Manuela Ramos , 1996 .

FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.

Compromisos legislativos sobre salud y derechos sexuales y reproductivos: una revisión de los 5 años de las Conferencias de El Cairo y Beijing en América Latina y el Caribe. Nueva York: Grupo Parlamentario Interamericano sobre población y desarrollo y FNUAP, 1999.

Derechos sexuales y reproductivos. 2da ed. Lima: UNFPA, 1999.

FRENTE POR EL DERECHO A SER DIFERENTES.

Campaña por la inclusión del término orientación sexual como causal de no-discriminación en la Constitución. Lima: Frente por el derecho a ser diferentes, 2002.

GALDOS SILVA, Susana.

“Salud, sexualidad y derechos reproductivos desde la perspectiva de las mujeres”. En: *Salud, derechos sexuales y reproductivos.* Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1996

GARCÍA MORILLO, Joaquín.

“La cláusula general de igualdad”. En: LOPEZ GUERRA; Luis. *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional derechos y deberes de los ciudadanos* . Vol. I. Valencia: Tirant Lo Branch, 2000.

GARCIA MORIYON, Felix.

Los derechos humanos a lo claro. Madrid : Popular, 1992.

GARCIA TOMA,Victor.

Los Derechos Humanos y la Constitución. Lima: Gráfica Horizonte, 2001.

GARDELLA, Juan Carlos.

“El discurso de los derechos humanos en el Sistema Interamericano y su análisis semiótico”. En: GARDELLA, Juan Carlos. *Derechos humanos y ciencias sociales. Problemáticas a fin de siglo.* Rosario: Homo Sapiens, 1996

GARCILASO DE LA VEGA, Inca.

Comentarios Reales. Tomo I, Libro tercero, capítulo XIII. Lima: Peisa, 1973

GRAU , Olga y DELSING , Riet

Discurso, género y poder : discursos públicos: Chile 1978 –1993 . Santiago de Chile: La Morada, 1995.

GROS ESPIELL, Héctor.

Derechos humanos. Lima:Cultural Cuzco, 1991.

GUIDENS, Anthony.

Género y Sexualidad. Lima: Programa de estudios de género, Pontificia Universidad Católica del Perú - Materiales de enseñanza.

HUGO VIZCARDO, Silfredo.

Derecho Penal General. Fundamentos Generales. Teoría de la Ley Penal. Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

HINIJOSA, Claudia y JIMENEZ, Nélica.

"Fe de erratas y debates. De por qué el "género" vive afuera en la portada y el "sexo" vive adentro, en el texto de la violencia de género". Lima: Facultad de salud pública y administrativa- materiales de enseñanza, UPCH.

HITTERS, Juan Carlos.

Derecho internacional de los derechos humanos. Buenos Aires: Edior, 1993.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

Diversidad de Beijing. Una experiencia de participación. San José: Instituto Interamericano de Derechos humanos, 1996.

INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL HOSPITAL NACIONAL EDGAR DE REBAGLIATI MARTINS. COMITÉ PERMANENTE DE SIDA.

Protocolo de atención del paciente VIH/SIDA. Lima: IPSS, 1995.

KIPER, Claudio Marcelo.

Derechos de las minorías ante la discriminación. Buenos Aires : Hammurabi, 1998.

KLUGMAN, Bárbara.

"Los derechos sexuales en el África del sur: ¿discurso de Beijing o necesidad estratégica". En: GRUSKIN Sadik. *Derechos sexuales y reproductivos aportes y diálogos contemporáneos.* Lima: Flora Tristán, 2001.

LADI LONDOÑO, María.

Derechos sexuales y reproductivos. Los más humanos de todos los derechos. Colombia: Feriva, 1996.

LAGARDE, Marcela.

Género e Identidades. Lima: Facultad de Salud Pública y administración, Universidad Cayetano Heredia, materiales de enseñanza, sin número.

Identidad de Género. Managua: Centro Juvenil OLOF Palma, 1992

LAMAS, Martha.

"Género, diferencias de sexo y diferencia sexual". En: RUIZ, Alicia. *Identidad femenina y discurso jurídico.* Buenos Aires: Biblos,.

"Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género". En: LAMAS, Marta, SALLES, Sonia, TUIRON, Rodolfo, FLORES, Fernando. *Para entender el concepto de género.* Ecuador: Colección Pluriminar, 1998.

Cuerpo e identidad; ensayos sobre lo femenino y lo masculino. Bogotá: Programa de Estudios de Género, Mujer y desarrollo , Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional, 1995.

LAUZIRIKA, Nekane.

Mirando al futuro con ojos de mujer. De México a Pekín pasando por Nairobi, Cumbres Mundiales sobre la mujer. Mujer y desarrollo. Bilbao:Descles De Brouwer, 1996.

LERNER , Natán.

Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación. México: Comisión Nacional de Derechos humanos, 1991.

LÖSING , Norbert.

“Discriminación o diferenciación de los derechos humanos de las parejas del mismo sexo”. En : KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *El Derecho de familia y los nuevos paradigmas.* Tomo I . Buenos Aires:Rubinzal-Culzoni , 1999.

LOWENSTEIN, Karl.

Teoría de la constitución. Barcelona: Ariel,1979

MADDEN, Rose Mary.

“Orientaciones sexuales”. En :*Huellas de las mujeres en la Conferencia de Viena. Vientos del Sur.* Lima:CLADEM,1993.

MEDINA, Graciela.

Uniones de hecho homosexuales. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2001.

MEJIA SALAS, Pedro.

La adopción en el Perú. Lima:Ediciones jurídicas,2002.

MADRIGAL, Francisco y SUAREZ , Daria.

Diagnóstico situacional de la población gay /lésbica de Costa Rica. Material proporcionado por CIPAC,2003.

MOVIMIENTO MANUELA RAMOS .

Derechos de las mujeres y equidad de género: estado actual de su cumplimiento por el Estado peruano. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 2001.

McDOWELL, Linda .

Género, identidad y lugar. Un estudio de las geografías feministas. Madrid: Cátedra, 2000.

McCARY, James, McCARY Stephen y otros.

Sexualidad humana de McCary. México D.F; El manual mderno,1996.

MEDINA, Graciela.

Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2001.

Uniones de hecho homosexuales. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001.

MERENTES, José Ramón.

Recurso de Interpretación Constitucional, Venezuela.

MILLER, Alice.

“Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos reproductivos”. En: GRUSKIN, Sadik. *Derechos sexuales y reproductivos. Aportes y diálogos contemporáneos.* Lima :Flora Tristán, 2001.

MOGROVEJO, Norma.

“El movimiento lésbico latinoamericano : 25 años de historia”. En : BRACAMONTE ALLAIÍN ; Jorge. *De amores y luchas .Diversidad sexual , derechos humanos y ciudadanía,* Centro de la mujer Flora Tristán, Lima, 2001.

MONROY DE VELASCO, Anameli.

Salud , sexualidad y adolescencia. 2nda edición. México: editorial Pax México, 1990.

MOVIMIENTO MANUELA RAMOS.

Diagnóstico normativo de los derechos sexuales y reproductivos en el Perú. Lima: Movimiento Manuela Ramos y UNFPA, 2000.

NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LEYES DE ESPAÑA.

Tomo 4, Libro XII, título XXX. Paris: Imprenta de H. Fournier, 1846.

O’ DONNELL , Daniel

Protección Internacional de los derechos humanos. Lima: CAJ, 1988.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.

Las Conferencias Mundiales. Documentos de información de las Naciones Unidas. Nueva York: ONU, 1997.

El Cairo: Conferencia Internacional sobre la población y el desarrollo. Panamá: PNUD, 1998.

La incorporación de la perspectiva de género, una visión general. Nueva York: ONU, 2002 .

Reunión en México. Historia de la Conferencia Mundial del año Internacional de la mujer. México: ONU, 1975.

OTAROLA PEÑARANDA, Alberto.

La Constitución explicada. Lima :Constitución y sociedad, 1997.

PAIEWONSKY, Denise.

Homosexualidad y lesbianismo: una mirada desde los derechos humanos. Material mimeografiado, CLADEM, sin número.

PALOMINO, Nancy, RAMOS, Miguel, VALVERDE, Rocío, VÁSQUEZ, Ernesto.
Entre el placer y la obligación. Derechos sexuales y reproductivos de mujeres varones de Huamanga y Lima. Lima: Facultad de Salud Pública y administración, UPCH- materiales de enseñanza.

PARTSCH, Karl Josef.

“Principios fundamentales de los derechos humanos”. En: VASAK , Karel editor. *Ensayos sobre los derechos humanos*. Volumen .I . Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990.

PASTOR, Rosa.

“Realización sexual y de género: implicaciones psicosociales”. En: FERNÁNDEZ, Juan. *Varones y mujeres. Desarrollo de la doble realidad del sexo y del género*. Madrid: Pirámide, 1996.

PASTO RIDRUEJO, José Antonio.

Curso de Derecho Internacional público y organizaciones internacionales. 8ava ed. Madrid:Tecnos, 2001.

PARKER, Richard.

“Ciudadanía y derechos sexuales en América Latina”. En :*De amores y luchas. Diversidad sexual, derechos humanos y ciudadanía*. Lima:Centro de la mujer Flora Tristán, 2001.

PERALTA ANDÍA , Javier Rolando.

Derecho de familia en el Código Civil. 3era ed. Lima: IDEMSA,2002

PONS RAFOLS, Xavier.

La Declaración Universal de los derechos humanos. Barcelona: Icaria Antrazyt, 1998.

PREDIERI, Alberto.

La Constitución Española de 1978. Madrid:.. Civitas, 2nda edición, 1988.

PROGRAMA MUNDIAL DE ALIMENTOS .

Glosario sobre género. Roma: PMA, 1999.

PROGRAMA DE CONTROL DE ETS Y SIDA – MINISTERIO DE SALUD

Guía nacional de consejería en ETS y VIH/SIDA. Lima: Ministerio de Salud, 1998.

PROGRAMA DE CONTROL DE ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL Y SIDA.

Guía Nacional de atención integral del paciente con VIH/SIDA. Lima: Ministerio de salud-PROCETSS, 1999.

QUISPE CORREA, Alfredo.

Las garantías constitucionales. Lima: Gráfica horizonte, 2003.

REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA.

Las Siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio. Tomo III, Partida VII. Madrid: Imprenta Real, 1807.

REY MARTINEZ, Fernando

El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Madrid: MCGrau – Hil, 1995.

RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ , María Fernanda.

Igualdad y discriminación. Madrid: Tecnos, 1986.

RODRIGUEZ, Marcela.

Violencia contra las mujeres y políticas públicas. Tendiendo un puente entre la teoría y la práctica. UNIFEM, 2001.

“La situación legal de los derechos reproductivos y sexuales en Argentina”. En: *Nuestros Cuerpos, nuestras vidas: Propuestas para la promoción de los derechos sexuales y reproductivos.* Buenos Aires:Leograf, 1998.

ROSAS BOLINAS, María Isabel.

“Derechos sexuales y reproductivos: ejes de una estrategia de desarrollo”. En: *Huellas de las mujeres en la Conferencia de Beijing. La muralla y el Laberinto.* Lima, CLADEM, 1996.

Aborto por violación dilemas éticos y jurídicos. Lima:Demus, 1997.

ROUDINESCO, Elisabeth y PLON, Michel.

Diccionario de Psicoanálisis. Buenos Aires: Paidós, 1998.

RUBIO CORREA, Marcial.

Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I. Lima: Fondo editorial PUCP, 1999.

Para conocer la Constitución de 1993. Lima: Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 199.1

Constitución: qué ponerle y qué quitarle. Lima: DESCO, 1992.

RUBIO LLORENTE, Francisco.

La igualdad en la aplicación en la ley. En: GARCIA SAN MIGUEL editor. *El principio de igualdad*. Madrid:Dykinson, 2000.

RUIZ BRAVO LÓPEZ, Patricia .

“Una aproximación al concepto de género”. En:VILLANUEVA FLORES, Rocío. *Sobre género, Derecho y discriminación*. Lima: PUCP y Defensoría del Pueblo,1999.

RUSE, Michel.

La homosexualidad. Madrid:Catedra, 1989.

SANCHEZ BRINGAS, Enrique.

Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales. México D.F. : Porrúa, 2001.

SCIOLLA, Andrés y FERNÁNDEZ – AIRMANY, Manuel .

Mariquitas y Marimachos. Una guía Completa de la homosexualidad. Madrid: Nuer, 1999.

“SÍNTESIS DE LAS PRINCIPALES PROPUESTAS ACORDADAS EN EL FORO DE ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES, (PRIMER BORRADOR), MAR DE PLATA 24 DE SEPTIEMBRE DE 1994”. En: De *Nairobi a Beijing. Diagnósticos y propuesta*. Santiago de Chile: Isis Internacional, Ediciones de las mujeres, # 21- diciembre, 1994.

SHALEV, Carmen.

“El derecho a la salud sexual y reproductiva: la CIPD y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer. En: GRUSKIN, Sadik. *Derechos sexuales y reproductivos. Aportes y diálogos contemporáneos*. Lima:Centro de la mujer Flora Tristán, 2001.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

Derechos sexuales y reproductivos en acción. Colombia: Profamilia, 2001.

SZABO, Imre.

“Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores”. En : *Ensayos sobre derechos humanos*. Lima :CAJ, 1990.

TAMAYO LEON ,Giulia.

Bajo la piel. Derechos sexuales . Derechos reproductivos. Lima: Flora Tristán, 2001.

“Derechos y ética en la salud reproductiva”. En: *Diálogos de mar y viento: Huellas de las mujeres en la regional de Mar de Plata*. Lima: CLADEM, 1995.

“Instancias estatales creadas para promover la igualdad / equidad de género y los derechos humanos de las mujeres en el Perú”. En: *Los derechos de la mujer*. Lima: DEMUS,1998.

VAN DENBERG, Elvira .

Hacia la equidad de género en su organización. Una práctica para integrar el enfoque de género y mejorar el desempeño de su organización. Lima: SNV, 2002.

VASQUEZ SOTELO, Roxana y ROMERO BIDEGARAY, Inés .

“Balance regional: ¿qué permanece y que ha cambiado” . En : *III Seminario Regional. Derechos sexuales y reproductivos. Derechos Humanos*. Lima:CLADEM ,2002.

VARGAS, Javier.

Historia del Derecho Peruano. Parte general y derecho incaico. Lima:Universidad de Lima, 1993.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique.

Filiación , Derecho y genética. Lima: Fondo cultural Económica –Perú, 1999.

Derecho genético. 4ta edición. Lima : Jurídica Grijley, 2001.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario.

Código Penal .Concordancias. Antecedentes históricos. Doctrina. Jurisprudencia. Tomo III. Santiago de Chile: Jurídica Ediar – Conosur LTDA, 1986.

WEEKS, Jeffrey.

El malestar de la sexualidad. Significados, mitos y sexualidades modernas. Madrid: Talosa, 1985.

ZANNONI,Eduardo, BOSSERT,Gustavo.

Manual de derecho de familia. Buenos Aires:Astrea, 2000.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

ABAD YUPANQUI, Samuel.

“Reforma Constitucional. Primeros pasos, grandes desafíos”. En: *Revista del Instituto de Defensa legal, IDEELE*. Número 146, abril – mayo, Lima, 2002, pp. 57-60.

AYALA CORAO, Carlos. “La jerarquía de los Tratados de derechos humanos”. En: *Programa de capacitación para activistas de derechos humanos. Seminario Taller Internacional: sistemas de protección de los derechos humanos*. Lima: APRODEH, 1998.

BIDART CAMPOS, Germán.

“Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año IV, número19, 1998,pp.329-335.

CEPAL.

“El desafío de la equidad de género y de los derechos humanos en los albores del s. 21”. En: *Serie Mujer y desarrollo*. Número 27, 2000.

CIURLIZZA, Javier.

“La inserción y jerarquía de los Tratados en la Constitución de 1993:retrocesos y conflictos”. En: *Lecturas sobre temas constitucionales*. Número 11, 1995, pp. 65-83.

“Declaración de la reunión satélite de las lesbianas de América Latina y el Caribe”. En: *Huellas de las mujeres en la regional de Mar de Plata. Diálogos de Mar y viento*. Lima:CLADEM, marzo de 1995.

“Declaración de las organizaciones no gubernamentales , Huairou, 15 de setiembre de 1991”. En: *Huellas de las mujeres en la Conferencia de Beijing. La Muralla y el Laberinto*. Lima:CLADEM, 1996, PP. 123-125.

COLL DE PESTAÑA, Ivette

“Sexo y género en el matrimonio. ¿Cómo será la familia del futuro?”. En: *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*. Número 1, setiembre – diciembre, 2000 , pp. 83- 124.

COLOMA MARQUINA, José

“Definición y contenido del principio de igualdad”. En: *Lecturas sobre temas constitucionales* . #7, 1994, pp. 187 –201.

DAVILA CABALLERO, José.

“El Denominado estatuto de sodomía de Puerto Rico”. En: *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*. Volumen 69:4:1185, 2000.

DÍAZ MORENO, José.

“El matrimonio homosexual. En contra”. En: *Abogados*. Número 7, año 4, 2002, p.232.

DIEZ PICASO,Luis Maria.

“Aproximación a la idea de derechos fundamentales”. En: *Revista peruana de derecho constitucional* . 2000, pp. 221-231.

EGUIGUREN PRAELI , Francisco.

“El principio de igualdad y derecho a la no discriminación”. En: *IUS ET VERITAS*. Año 8, Número 15, noviembre 1997, pp. 63 y ss.

ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy

“Reforma constitucional: algunas preguntas, sus posibles respuestas y los presupuestos sociales y políticos para su puesta en práctica en casos como el peruano”, En : *Derecho y Sociedad*. Año 16, año XII, 2001, pp. 19 –26 .

FACIO MONTEJO, Alda.

“El principio de igualdad ante la ley”. En: *El otro Derecho*. Numero 8, junio de 1991, pp. 11-20.

FERNANDEZ MALDONADO Guillermo.

“Los tratados internacionales y el Sistema de fuentes de derecho en el Perú”. En: *Separata Derecho PUCP*. Número 43-44, 1989 –diciembre 1990.

FULLER, Norma.

“ Fronteras y Retos: Valores de Clase media del Perú”. En: *Isis Internacional, Ediciones de las mujeres*. Número 24, 1997.

GARCIA BELAUNDE, Domingo.

“Sobre la reforma constitucional actual y sus problemas”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 109, diciembre, 2002, pp. 9-18.

GONZALES VELAPATIÑO, Ruth.

“Tratados y Constitución”. En: *Derecho y Sociedad*. Año 6, número 10, 1995, pp. 169-176.

GROS ESPIELL, Héctor.

“Los derechos humanos no enunciados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29 c) de la Convención Americana sobre derechos humanos”. En: *Anuario Interamericano de justicia constitucional*. Número 4, 2000.

JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel. “Reflexiones sobre adopción y homosexualidad”. En: *Foro Jurídico–Revista de Derecho*. Año I, número 2,2002, pp.123-137.

KIMMEL, Michael.

“Homofobia, temor, vergüenza y silencio en la identidad masculina”. En: *Masculinidades, poder y crisis*. En: *Isis Internacional*. Número 24, 1997.

LANDA, César.

“La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y las decisiones de las cortes internacionales, especialmente en materia de derechos humanos”. En: *Taller de Derecho*. Año 11, número 1, 2002.

LOAYZA TAMAYO, Carolina.

“Recepción de los Tratados de Derechos Humanos en la Constitucional Peruana de 1993 y a su aplicación por el Poder Judicial”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año II, número 3, 1996.

MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara.

“Las mujeres solteras frente a las técnicas de reproductiva humana asistida (TERAS)”. En: *Actualidad jurídica*. Tomo 109, diciembre, 2002, pp. 57-62.

MANTILLA FALCON, Julissa .

“La conceptualización del género y su importancia a nivel internacional”. En: *Agenda Internacional*. Año 3, número 6, Lima, 1996, pp.153-167.

MERINO , Beatriz.

“Balance de la IV Conferencia mundial de la Mujer Beijing”. En: *Análisis Internacional*. Número 11, setiembre-diciembre, 1995, pp. 87-98.

NIKKEN, Pedro. “El concepto de derechos humanos”. En: *Programa de cooperación jurídica. Capacitación para activistas de derechos humanos. Seminario Taller Internacional :Sistema de protección de los derechos humanos*. Lima: APRODEH, 1998.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto

“El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”. En : *Revista jurídica del Perú*. Número 13, año XLVII, octubre –diciembre 1997, pp. 129 – 140 ,

NOVAK TALAVERA, Fabián

“La Declaración Universal de los Derechos Humanos, cincuenta años después”. En: *Agenda Internacional*, Lima, #10, año 4, enero- junio 1998, pp. 75 –86.

“Los tratados y la Constitución Peruana de 1993”. En: *Agenda Internacional*. Año 1, número 2, julio-diciembre, 1994, pp. 71-94.

OTTO HONDRICH, Karl.

“El matrimonio homosexual. A favor”. En: *Abogados*. Número 7, año 4, 2002, pp. 230-231.

PIMENTEL, Silvia.

“Los derechos (homo) sexuales y los derechos humanos”. En: *CLADEM*, Revista informativa. Número 3, 2002.

PIZZORUSSO, Alessandro.

Las generaciones de derechos. En: *Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional*. Número 5, 2001, pp. 291-307.

PONCE MARTÍNEZ, Carlos.

“La Declaración universal de derechos humanos . Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos”. En: *Revista Anuario de la*

Facultad de derecho – Universidad de Extramadura. Volumen 19-20, 2001-2002, pp. 252-279.

RIVERA RAMOS, Efrén

La igualdad una visión plural. En: *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Volumen I. 69, #1, 2000, pp. 1 –27.*

RODRIGUEZ BRIGNARDELO, Hugo.

“Los tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1993”. En: *Derecho y Sociedad. Número 12, año VIII, II etapa, Lima, 1997, pp. 91-100.*

RUBIO, Ana

“Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?”. En: *Derecho y Libertades. Madrid, #4, junio, 1995, pp. 259-306.*

SALMÓN GÁRATE, Elizabeth.

“Las normas internacionales en la propuesta de la Comisión de Estudio de las Bases de la reforma Constitucional del Perú”. En: *Agenda Internacional. Año VII, número 16, 2002, pp. 59-81.*

SARKIN, Jeremy.

“Innovaciones de la Constitución interina y de la Constitución de 1996 de Sudáfrica”. En: *La Revista. Número 60, junio, 1998*

SUAREZ GONZALEZ, Fernando

“El principio de igualdad en la Constitución”. En: *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral. Madrid, octubre 1983, pp.219 –240*

TALAVERA ,Pedro

“Las uniones homosexuales frente a la adopción”. En: *Sistema. Madrid, #173, marzo, 2003, pp. 77-101.*

VALDEVERDE MORANTE, Ricardo.

“¿Debería permitir el Derecho Peruano el uso de la reproducción artificial en mujeres solas?”. En : *Revista Jurídica del Perú. Año L II, número 37, agosto, 2002, pp. 201 – 208.*

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique.

“Anteproyecto de ley sobre técnicas de reproducción asistida”. En : *Revista de Investigación Jurídica. Apuntes de Derecho. Año I, Número 1, octubre de 1996, p. 265-278.*

VEGA MERE, Yuri.

“Eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales”. En: *Revista Jurídica del Perú. Año L11, número 37, agosto 2002, pp.231-266.*

“Homosexualidad, matrimonio y adopción”. En: *Actualidad Jurídica*. Número 122, 2004, pp. 13-19.

WEBER, Albrecht.

“La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”. En: *Revista Española de Derecho constitucional*. Año 22, Número 64, enero/abril, 2002, pp. 79-97.

PÁGINAS WEB VISITADAS

<http://www.unhabitat.org/unchs/spanish/hagendas/ch-4-s.htm#B>
<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/newsroom/hechos/discrima.htm>
http://www.acnur.org/index.php?id_pag=30
http://www.iuspodivm.com.br/novo/arquivos/editais/mp_sergipe_cons_sergipe.pdf
<http://www.lexjuris.com/lexprcont.htm>
<http://www.Asamblea.Gob.ni>
<http://www.bcn.cl/index2.html>
<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/Codpenal.3.html#anchor1142407>
<http://www.worldpolicy.org/globalrights/sexorient/1999-df-antidiscrimination.html>
<http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr//sharedfiles/reglamentoleyorgtrabajo.pdf>
http://www.iglhrc.org/news/factsheets/antidis_es.html
http://www.iglhrc.org/news/factsheets/antidis_es.html
<http://www.canlii.org/ca/sta/h-6/sec3.html>
<http://www.cogailes.org/ilga/informe2000.pdf>
<http://www.brazilianresolution.com/22418/26107.html>
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0261-2003-AA.html>
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/2510-2002-AA.html>
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0018-2003-AI.html>
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0649-2002-AA.html>
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1277-2003-HC.html>
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/2090-2003-HC%20Resolucion.html>
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0001-2003-AI%200003-2003-AI.html>
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0895-2001-AA.html>
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/0324-1999-AA.html>
<http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E8890039.PDF>
<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/VisuArticleCode?commun=CPENAL&code=&h0=CPENALLL.rcv&h1=2&h3=38>
<http://www.homo.se/o.o.i.s?id=1226>
<http://www.homo.se/o.o.i.s?id=1210>
<http://www.homo.se/o.o.i.s?id=1224>
<http://www.lbr.nl/euroinfo/english/nondiscr.html>
http://www.alliage.be/03/03a1_mariage.htm

http://www.notaire.be/info/mariages/020_mariage_entre_personnes_du_meme_sexe_loi.htm
http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_3708000/3708106.stm
http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-l10-1998.html
http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ar-l6-1999.html
http://www.juridicas.com/base_datos/CCAA/na-l6-2000.html
http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ma-l11-2001.html
<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/VisuArticleCode?commun=&code=&h0=CCIVILL0.rcv&h1=2&h3=222>
<http://perso.wanadoo.fr/ciec-sg/Legislationpdf/NL-Loi21dec2000-MariageDesPersonnesDeMemeSexe.pdf>
<http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/01/62/17/664ab73b.pdf>
http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/as-l4-2002.html
http://www.juridicas.com/base_datos/CCAA/na-l6-2000.html
http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/hrca1994297/s4.html
http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/hraeoca1986512/s3.html
<http://www.canlii.org/ca/sta/h-6/sec3.html>
http://sources.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_the_Fiji_Islands
<http://rangiknowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/1993/se/082se21.html>
<http://www.ontariocourts.on.ca/decisions/2003/june/halpernC39172.htm>
<http://www.courts.gov.bc.ca/Jdb-txt/CA/03/04/2003BCCA0406.htm>
<http://www.samesexmarriage.ca/legal/div210704.htm>
<http://www.france.qrd.org/texts/partnership/is/iceland-bill.html>
<http://odin.dep.no/bfd/engelsk/publ/handbooks/004071-120027/index-dok000-b-n-a.html>
<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/cth/federal%5fct/2000/1009.html?query=%7e+mcbain>

ANEXOS

ANEXO 1

Entrevistas a representantes de organizaciones homosexuales nacionales

ANEXO 2

Entrevistas a representantes de organizaciones homosexuales internacionales

ANEXO 3

Cuadro : Protección de los derechos de los homosexuales en América del Sur y Central

ANEXO 4

Cuadro: Protección de los derechos de los homosexuales en los países miembros de la Unión Europea

ANEXO 5

Cuadro: Protección de los derechos de los homosexuales en otros países

ANEXO 6

Cuadro: Regulación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en las Constituciones de 1933, 1979 y 1993

ANEXO 7

Cuadro: Regulación de los Tratados en la Constitución de 1979 y 1993

ANEXO 1: ENTREVISTAS A REPRESENTANTES DE ORGANIZACIONES HOMOSEXUALES NACIONALES

Las siguientes entrevistas se han realizado personalmente y también a través de comunicaciones electrónicas. Las preguntas han sido diversas y han respondido a las particulares circunstancias que vivía del país en el momento en que se realizaron. Estas entrevistas se iniciaron en el año 2002 en que el proyecto de esta tesis empezó a gestarse.

Hemos elegido transcribir algunas entrevistas, en razón de la importancia de su contenido. Cabe señalar, que son transcripción exacta de lo que los entrevistados han manifestado. Se expondrán por fechas, empezando por la más antigua.

La información obtenida a través de éstas nos ha servido para tener una visión más completa de las necesidades e intereses del grupo afectado y para hacer una propuesta realista del tema.

A) ENTREVISTAS REALIZADAS DURANTE EL FESTIVAL DE LA DIVERSIDAD (19 de julio de 2003)

• ENTREVISTA A CARLOS COSME (ORGANIZADOR DEL EVENTO)

1. ¿Qué opina de la propuesta de inclusión expresa del derecho a la no discriminación por orientación sexual en la Constitución?

Que tengamos la ley perfecto, pero ve tú y háblales a las trans, a las personas que transitan de género, diles que son sujeto de derecho que tiene autoestima, a ver convéncelas, si viene el policía detrás y las recoge y les pega y las tira en la playa.

Tu te puedes mandar un tremendo florazo, tremendo discurso sobre la equidad frente a la ley pero cuando las apalean y las tiran en la playa, a ver ¿qué funciona?, ¿cómo las convences que tienen derechos, que hay leyes que las protegen, que en este país existen dispositivos en la Constitución que dicen que todos somos iguales y que nadie en este país puede ser discriminado? , a ver convéncelas.

Convénceme a mí que no soy discriminado. Yo no puedo registrar mi unión de hecho, nosotros tenemos 15 años y si uno de los dos se muere, ¿qué pasa con las cosas que tenemos?, es un problema de derecho no médico.

Pero para yo poder exigir mis derechos tengo que instalar en la cabeza de la gente el reconocimiento de nuestros derechos. Necesito trabajar con los medios de comunicación, para que no nos sigan tratando como nos tratan, necesitamos convencer a la gente de la academia, me refiero a las Ciencias Sociales, al Derecho a todos ellos, desde la academia. Y convencer que tenemos absoluto derecho a hacer lo que hacemos y de ser como somos y a tener la identidad que queremos tener.

Por eso nuestra labor esta ubicada en el plano del universo simbólico.

Nosotros no hacemos lobbys, no elaboramos proyectos de leyes. No recogemos reclamos, pero el MHOL lo hace.

Los espacios de lucha son diversos, son variados nosotros nos hemos impuesto esto como labor, la labor de trabajar en el universo simbólico. Hay gente que trabaja en derechos, MHOL que va hacer ahorita la inauguración de denuncias de la gente que ha sido maltratada.

Si vamos atacando desde un montón de frentes todos con un espíritu común, algo lograremos.

2. ¿Cuál es el próximo evento a realizar?

Difícil que te pueda lo decir, esto se ha podido llevar acabo; porque esto cuesta, nosotros podemos hacer este año este festival porque el proyecto Siembra Democracia nos esta respaldando, por la Fundación Ford a través del IEP. Este año hemos tenido la capacidad para alquilar esto, pero se acaba el proyecto y aquí terminó y tenemos que aprender a vivir de nuestros propios recursos.

Yo soy parte de un colectivo que se llama "Encuentro con el arte" y este es el 5to año que hacemos actividades artísticas, empezamos con cero soles en el bolsillo, cuatro años se ha hecho con cero soles en el bolsillo y este año la Fundación Ford nos esta ayudando un poco y estas viendo lo que estamos haciendo

3. ¿Tuvieron problemas para sacar la licencia?

Hemos presentado 5 solicitudes de licencia a Miraflores, Barranco, dos en Lima, uno en la Alameda Chabuca Granda, otro para el parque Natalio Sanches, las cuatro de esas primeras fueron denegadas, que el espacio esta ocupado, que no se podía utilizar, que si estaba muy cerca...

También el MHOL pidió permiso para el evento que tuvieron después de la marcha, se lo denegaron, ellos tuvieron que recurrir al Defensor de Pueblo para que se haga efectivo.

Después de esas cuatro negativas, yo he presentado una solicitud a mi nombre Carlos Cosme, director del proyecto "Siembra Democracia", como evento artístico por los derechos humanos, a los tres días tuve respuesta, después de cuatro intentonas a nombre del grupo impulsor RED GLBT, a nombre de MHOL, a nombre de que se yo.

4. ¿Se puede decir que esta licencia está en el closet?

La licencia está en el closet para nosotros poder salir del closet.

5. ¿Qué alcaldes han denegado la licencia?

Castañera, Barranco jamás nos respondió por escrito, no tenemos pruebas, una secretaria nos dijo por teléfono que no se podía porque la gente era muy conservadora y el municipio no quería tener problemas. Lima dijo que

el espacio estaba ocupado, que ya tenían su programación. Miraflores dijo que no iban a dar el espacio porque se iba a dañar la ciudad, físicamente, dijo que nos podían dar el Estadio de Miraflores, donde no va nadie, dijeron si ustedes quieren le podemos dar este sitio cerrado, si nosotros piteábamos nos iban a decir: si nosotros no estamos segregándoles, estamos destinándoles un lugar, no la calle sino un espacio donde puedan hacerlo.

- ENTREVISTA A JANA VILLAVIZAN DE LA ORGANIZACIÓN ÁNGEL AZUL

Organización Ángel Azul de travestís, transgéneros y transexuales a nivel Lima – Perú. Nuestro trabajo es defender los derechos de las personas trans, ósea las personas como nosotras, travestís, transexuales y transgéneros.

Trabajamos con talleres sobre salud sexual, prevención de ETS y VIH /SIDA, trabajamos autoestima e identidad de género, porque lo nuestro no es orientación sexual, eso es para gays y lesbianas, lo nuestro es identidad de género, por eso el nombre trans, transitamos del género masculino en el cual nacimos biológicamente al opuesto, al género femenino y todo lo femenino y toda la apariencia y lo visible, más no copiamos el estereotipo cliché de la mujer en una sociedad machista, falocrática y patriarcal como la nuestra, copiamos los valores de la mujer real, de la mujer que se maneja ella sola independiente, de la mujer que se respeta y de la mujer que lucha por sus derechos.

1. ¿Ustedes también están de acuerdo con la inclusión expresa del derecho a la no discriminación por orientación sexual?

E identidad de género. Como digo la orientación se quiere no se demuestra, nosotras somos visibles desde la esquina, es esa una travesti o un transexual.

2. ¿Ustedes piden un plus?

Pedimos: no a la discriminación por orientación sexual e identidad sexual, porque nosotras, es algo que no lo podemos ocultar.

3. ¿Cuál sería la diferencia?

Lo otro es una orientación, no es lo mismo, un chico gay es un masculino con otro masculino, una mujer con otra mujer, son iguales. Nosotros somos trans, ósea hemos modificado nuestra contextura de nuestro cuerpo, hemos creado esto, a base de hormona, silicona, de lo que sea pero lo hemos creado, es una creación, es una apropiación de nuestro cuerpo, porque lamentablemente hay lo masculino y lo femenino, en este caso lo femenino, hemos trabajamos con nuestro cuerpo, porque si fuéramos gay nos hubiéramos quedado contentos con la contextura de nuestro cuerpo como hombres.

4. ¿Ustedes también participaron en la lucha que estaba promocionando el MHOL y otras organizaciones?

Nosotras apoyamos eso, más siempre hemos pensado que tiene que ponerse identidad de género.

Aparte de trabajar en nuestros talleres nosotras pensamos que de acá a 10 años poder tener ya una comunidad constituida, empoderada en sus derechos, para que podamos tener una presencia política en el Congreso, donde se toman las decisiones y poder modificar las leyes, ese es nuestro objetivo final, comenzamos poquito a poquito en la educación a nuestros padres, a la gente común y corriente y concientizar de que somos seres humanos, sujetos de derechos como cualquier persona.

El hecho que nos vistamos o nos acostemos o nos pongamos lo que queramos en nuestras caras o pelo, eso no implica que no seamos seres humanos, amo igual que tú, como igual que tú, voy al baño igual que tú.

5. ¿Pero y el problema del DNI?

Esa, es una de las campañas que queremos organizar nosotras, en la cual no figure nuestro nombre legal sino el transgenérico, en este caso Jana Villavizan y no el nombre legal y ni femenino ni masculino sino travesti o transexual.

6. ¿Existen varias sentencias que han negado ese derecho?

Es que en el Código Civil, tu sabes que todas las leyes están hechas para dos patrones binarios: masculino, femenino y las leyes como fueron hechas por personas entre comillas heterosexuales, siempre hay masculino y femenino y no ven la diversidad, estamos en un nuevo siglo y todo es diverso, ya lo que era negro no es tan negro y lo que era blanco como es tan blanco, hay una gran diversidad, igual en la sexualidad. Entonces, lamentablemente el Código Civil no contempla la capacidad de que yo por voluntad propia decido ya no llamarme Juan sino Ángela y ya no ser masculino sino femenino.

Entonces lo único que hay en la jurisprudencia es por hermafroditismo, por una cuestión médica, entonces muchos por allí entran.

Pero si tú vas y pones la demanda como una opción libre, como una persona, de querer ya no ser masculino sino femenino, rebotas, salvo que vayas y le rompas la mano a todo el Poder Judicial.

7. ¿Hay algún caso en que judicialmente les han aceptado el cambio de nombre y sexo en el DNI?

Si hay, esta Gaby Montes, están muchas, muchas, judicialmente se ha aceptado, se someten a una reasignación de sexo por hermafroditismo y por otros casos ha habido en el sentido de que las personas han hecho muchas triquiñuelas judiciales y han podido, no son cosas muy visibles pero hay. Hacen un juicio al estado, cambian su partida de nacimiento, vuelven a nacer,

la persona que fue antes ya no existe y vuelve a nacer otra persona en este caso femenina.

8. ¿Te has sentido discriminada alguna vez?

Si me miran diferente, cuando me dicen señorita y después me miran y ya no saben que decirme, cuando tengo que presentarme a cualquier lado y presentar un carné de identidad, cuando esa persona legalmente ya no existe sino Jana y no mi nombre legal, cuando hasta mi pareja tiene un poco de vergüenza por lo que dirá la gente o su familia y se esconde y que necesita tener a una mujer para que la sociedad lo vea como que es normal, muchas otras formas de discriminación, hasta para tomar un taxi, hasta para tomar una combi, las trans como somos más visibles somos más discriminadas que la población gay y lesbiana.

9. ¿Pero ustedes son consideradas más bulliciosas?

Eso es un prejuicio, es un cliché.

Evidentemente, en una sociedad tan hipócrita y tan pacata como la criolla, como la limeña, evidentemente se dice se acepta el pecado pero no el escándalo, cuando ven algo diferente y ya es visible y rompe las estructuras de género, lo de femenino -masculino, entonces qué se está cayendo esto, lo que tanto a costado establecerlo.

Nosotros somos la deconstrucción del género, la nueva construcción de un género, la autoconstrucción de un género, en este caso el nuestro diferente.

No hay que tener miedo al cambio lamentablemente en una sociedad como la nuestra le falta mucho, pero no te preocupes algún día lo vamos a lograr.

10. ¿Cuántas personas integran su grupo?

Somos pocas, somos tres, las otras acaban de retirarse.

Somos tres las que dirigimos Ángel Azul, pero ya hemos tenido talleres en todo el cono sur, más o menos han pasado 150 chicas trans, travestís, transgéneros y transexuales.

Y las luchas comienzan así, querida, igual como empezaron las luchas por los derechos de las mujeres en los 70, 60, comenzaron un poco locas como nosotras, que tuvieron el coraje de decir las cosas como son y utilizar su tiempo enseñando a otras. Yo pienso que de aquí a unos 10 años tendremos la presencia política para reclamar nuestros derechos.

11. Como se ha dado en otros países.

Esta en Argentina, esta en México, una travesti propuesta para las últimas elecciones de México no ganó, en Nueva Zelanda una diputada transexual, en el Reino Británico tenemos a otra una diputada transexual.

Son casos que la prensa no les conviene decir, no les da rating, las cosas importantes no dan rating.

Ahorita vienen, miran alguno o que otro medio, pero si fuera un curso de puras calatas, estuvieran metidos todos, esa es nuestra cultura chicha.

...

Pero tienes que poner allí, tiene que ser una tesis inclusiva y no exclusiva como lo ha hecho nuestro querido Movimiento Homosexual de Lima, tiene que ser identidad de género, porque si se pide la reivindicación de derechos para las que somos personas diferentes, allí estamos considerados nosotros, no sólo ver del lado del gay o las lesbianas sino del lado nuestro. Por eso digo para reclamar nuestros derechos, para vivir como nosotros, tienen que estar sobre nuestros tacos, sobre nuestro maquillaje, sobre nuestro vestido, porque de otra manera tú como gay o lesbiana no puedes reclamar un derecho nuestro.

- ENTREVISTA A EDDIE BLUME (MOVIMIENTO HOMOSEXUAL DE LIMA)

Uno nace como nace, no es una opción es una orientación sexual. Yo opino que los seres humanos somos libres de tener la orientación sexual que tengamos, cualquiera que sea, ser travesti , ser transgénero, ser bisexual ,ser homosexual o ser heterosexual .

1. ¿Por qué cree que hay tanto impedimento?

Porque vivimos en un mundo todavía atrasado, que todavía no entiende que las cosas han cambiado, que hay que mirar el mundo de otra manera, hay que aprender a tener tolerancia con los demás, porque lo que más daño hace es la intolerancia, cuando se acaban las palabras comienzan los pleitos, comienzan los insultos.

Por eso, por ejemplo los americanos, muchos gays americanos han asumido el término queer que en castellano vendría a ser el insulto: maricón, rosquete, cabro, entonces asumen yo soy queer, de esa manera les están quitando insultos a los homofóbicos.

2. ¿Cuál sería la solución para que la gente entendiera?

La solución es la educación, cosa que en el Perú, como sabemos anda por la pata de los caballos. Hay que educar a los chicos desde que tienen edad para entender las cosas, que existen diferentes orientaciones sexuales y que todas ellas son respetables porque los seres humanos somos respetables, primero que nada.

Debemos luchar los gays y lesbianas y transexuales y transgéneros y travestís por la inclusión en la Constitución de la no discriminación por orientación sexual, porque los congresistas se han lavado la mano, una vez más como Pilatos diciendo “bueno, en la Constitución dice sexo, raza o religión”, pero sexo es demasiado amplio, a los heterosexuales no les cierran

las discotecas, ni los persiguen por las calles los patrulleros y los meten presos, a los homosexuales sí.

Tenemos que defendernos y para eso necesitamos una ley que nos defienda.

Sacar nuestra Constitución y decir yo soy libre de reunirme con quien me da la gana, donde me da la gana, ustedes no tienen derecho a allanar la discoteca, el bar en donde estamos, algo específico, que diga no discriminación por orientación sexual, no solamente raza o religión.

3. ¿Actualmente se están tomando medidas efectivas?

No, qué puedes esperar en un país en que el primer ministro era del Opus Dei, el ministro de salud del sodalicium, y el cardenal del Opus Dei, somos el país, que más obispos del Opus Dei tiene en el mundo, más que España donde nació y vivió Escrivá de Balaguer, en el Perú hay 11 obispos del Opus Dei, ósea el ala más retrograda, ultraderechista y conservadora de la Iglesia Católica, tenemos que luchar contra todo eso y acá estamos en las plazas, seguiremos saliendo a las plazas públicas y a los medios de comunicación que nos quieran acoger, sin distorsionar nuestra imagen, porque cada vez que saca la imagen de un gay es una marica peluquera en Mil Oficios, un Fulbio Carmelo, eso para ellos es homosexualidad.

Un señor con barba no puede ser homosexual. Siempre es caricatura, que entiendan que hay una enorme gama de homosexuales, como hay una gama de heterosexual. Hay el señor heterosexual correcto, decente y el heterosexual que cuando pasa la chica por la esquina le dice una grosería sexual. Hay distintos tipos de gay. Igual hay homosexuales que son serios respetables, que no hacen escándalo público y hay homosexuales que sí lo hacen. Entonces hay que respetarnos todos, es un problema de respeto a los demás, nada más y de educación.

• ENTREVISTA A ALDO ARAUJO (Directivo del MHOL)

Ahorita, el Movimiento Homosexual de Lima, estamos en la campaña de la inclusión en la legislación, ya que el año pasado estuvimos en la inclusión para la Constitución, esta campaña es por una legislación que nos incluya y vamos a tratar de promover todo este año los proyectos de ley, las modificaciones de ley sobre todo la antidiscriminatoria y una ley de matrimonio creo yo que estamos en proyecto, tenemos que ver como va la comunidad. Tenemos ahorita acercamientos con la gente del Congreso, que nos esta apoyando para darle el marco legal, un buen formulismo, los formulismos que tiene que tener para poder promover una ley.

1. ¿Quiénes están apoyando?

Aparte de Javier Diez Canseco, está Armas que es del APRA, un asesor, un abogado que estaba trabajando con Elvira de la Puente y con ellos estamos trabajando, estamos tocando otras puertas, hemos hecho algunas

visitas a los congresistas, hay algunos que están dispuestos a trabajar con nosotros, a otros no les interesa el tema porque tienen otros tipos de prioridades en su trabajo. Lo que vamos a tratar de hacer es que ellos se involucren, sientan que este también es un tema que les compete.

2. ¿Qué opina de la publicación que ha sacado recientemente la República ⁶⁴³ sobre la expulsión de los diplomáticos durante el gobierno de Fujimori?

Lo que pensamos en su momento. Que es un acto de discriminación, es una situación que no debe darse, es una manipulación más del poder y de la vulnerabilidad que tenemos los homosexuales, puesto que si te das cuenta que si por homosexual botan a una persona, esta mal, que no tiene nada que ver con tu capacidades.

3. ¿Usted cree que se sigan filtrando a los homosexuales en el ámbito diplomático?

En todas partes filtran a los homosexuales, sólo que la discriminación no es clara. No te dicen te boto por homosexual, no es así, te hostilizan, te oprimen, te endurecen el trabajo para que tu sientas necesidades de irte.

4. ¿No tienen como protestar por esta hostilización?

Las leyes están dadas para todos, nosotros reconocemos que las leyes están dadas para todos, pero es necesario que se especifique, que estas leyes nos ayuden, no avalen, nos reflejen nuestras demandas, porque si una persona es homofóbica, un juez es homofóbico obviamente va a ser en contra.

5. ¿En la práctica ustedes han intentado plantear una demanda y se ha rechazado?

No hemos trabajado demandas. Lo que pasa es que a veces se da la vuelta a la tortilla, primero a veces vas a denunciar y terminas denunciado. Primero tú dices; por decirte, una relación sexual quiso tener conmigo y al final terminas tú como que quisiste seducirlo, porque el prejuicio que tienen con los homosexuales es que vamos a seducir, vamos a entablar una relación sexual y no es al revés. Por decir es una de las formas que es lo más notorio para discriminarte en el trabajo.

6. ¿Qué me puede comentar sobre el panel que informa sobre las personas que han sido asesinadas o torturadas?

Hemos hecho un retablo, se encuentran los nombres; si no me equivoco de 26 personas, que hemos podido encontrar en la búsqueda, de las mismas

⁶⁴³ Diario LA REPÚBLICA, artículo de investigación del 16 del julio del 2003

personas, travestís, de amigos mismos que han sido asesinados, en diferentes circunstancias, han sido asesinados en sus casas y nunca se han encontrado los culpables y si se han encontrado los culpables; últimamente hemos visto eso, como el caso de la travesti del cono norte, el culpable estuvo 48 horas en la cárcel y lo sacaron libre y dices ¿por qué? , porque a la que asesinó es una travesti, además la otra persona (que también hirió) le terminó por cortar la cara, todo un lío. Eso todavía sigue, la gente no puede denunciar , tu denuncias y te preguntan y ¿tú qué hacías allí? y ¿por qué te paras allí? y ¿por qué te vistes así?.

Creen que lo condenable es demostrar otra cara de la sexualidad.

B) ENTREVISTA A ALONSO INGA (Abogado del Área de derechos humanos del MHOL, realizada 10 del mayo del 2004)

1. ¿Considera Ud. que el derecho a la no discriminación por orientación sexual no esta incluido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución de 1993 en la parte que señala “o de cualquier otra índole” o en el artículo 3 que recoge los derechos no enunciados?

Lo que pasa es que la tendencia de la Constitución de 1993 es la tendencia del Derecho positivo, según esto no se tendría que mencionar ningún tipo de discriminación pero te menciona ciertos tipos de discriminación y deja una cláusula abierta. Según esta cláusula supuestamente nadie debería ser discriminado por ningún motivo, pero lamentablemente sí somos discriminados.

A mi me parece, que sí efectivamente se hace necesaria la inclusión expresa de este derecho, porque al haber un marco legislativo, en este caso constitucional tu podrías exigir que aparezcan ciertas leyes como si fueran reglamentos a lo que indica la constitución. Lamentablemente, si bien es cierto no existe la discriminación para nadie, en la práctica no es así.

2. ¿Entonces el problema no sería tanto la inexistencia de una norma sino la aplicación e interpretación de esa norma?

La aplicación sobretodo, en el sentido de que muchas cosas se están juzgando según el libre albedrío y libre criterio de los jueces, entonces hay muchos jueces que por su misma educación no comprenden lo que puede ser una persona que tiene una orientación sexual diferente a la heterosexual, entonces en ese sentido simplemente hay en juego muchos factores personales, que si hubiera una ley que normara esto, pues al juez se le dice: esta bien que tu pienses en “a” pero hay una constitución o una norma legal que indican cómo debes de pensar, es decir tu criterio de conciencia, tus cuestiones personales las dejas de lado y respetas lo que dice la norma.

3. ¿Cuál sería el objetivo de que esté especificada en la Constitución?

Lo que pasa es que hablamos generalmente de que la ley tiene que ser muy específica y muy clara. Si bien es cierto las nuevas tendencias del derecho indican que no deben mencionarse peculiaridades de las conductas y comportamientos humanos, vemos que en la práctica en países como el nuestro de América Latina, deben existir esas particularidades, se debe normar esto para normar la conducta del individuo.

Hay dos aspectos, lo que nosotros llamamos las políticas públicas y la ley específica en el área penal. Las políticas públicas, se refieren a que el Estado entable mecanismos en los cuales sea tocado de alguna u otra forma la discriminación por orientación sexual, por ejemplo en los colegios a través del curriculum de cursos como educación cívica, que enseñe que todos somos ciudadanos, independientemente de nuestra raza, credo, orientación sexual, es decir inculcar. Entonces si tienes este tipo de políticas públicas sería mucho más fácil que hayan leyes que sean como reglamentos, que velen porque se cumplan esta parte de las políticas públicas.

Pero como no contamos con políticas públicas por parte del Estado, es necesario que existan leyes que regulen la conducta del individuo ante ciertas situaciones de discriminación.

4. ¿De qué manera la Constitución como esta expresada ahora impide que se den estas políticas públicas?

Lo curioso es que no impide en ningún momento, tienes el artículo 103 que permite crear leyes especiales para que puedan estar normadas ciertas conductas hacia ciertas poblaciones vulnerables. Es un poco contradictorio, porque la constitución no dice que discrimine y a la vez reconoce la posibilidad de crear normas especiales.

5. ¿El inciso 2 del artículo 2 y el artículo 3, de alguna manera estarían incluyendo el derecho a la no discriminación por orientación sexual?

Claro, lo que pasa es que cuando se ha ido a los tribunales, que hemos tenido un caso no más, en el cual a esta persona la sacaron del trabajo por exceso de personal, pero ella demostró que no lo estaban sacando por ese motivo sino por otras cosas. El juez sencillamente no verso su contenido, inclusive esta persona abandonó el caso porque veía el criterio del juez, que el juez era casi homofóbico. Como puedes ver hay una Constitución, hay normas, tienes la ley 728; las cuales te dicen que nadie debe ser discriminado por ningún motivo y sin embargo lo discriminaron.

6. ¿Por qué no interponer una acción de amparo?

Lo que pasa es que la acción de amparo está muy limitada, por la situación que vive el país es difícil que a veces te repongan, tu reclamas una indemnización y tienes 30 días hábiles, puedes interponer una acción de

amparo pero si la acción de amparo se demora como 3 meses ya no puedes demandar por indemnización, como vez el mecanismo no es rápido.

Es mentira que es rápida la administración de justicia, no es un proceso rápido.

No se ha interpuesto una acción de garantía. Ni una acción de inconstitucionalidad porque no hay una norma que nos discrimine textualmente.

7. ¿Y cómo actuó la persona afectada?

Solicitó una indemnización por despido, ya no pretendió regresar a su trabajo, no pidió la nulidad de despido porque no quería regresar y ya se dió la conducta del juez.

Hablamos de un homosexual poco más travesti, te imaginaras cuando fue a conversar con el juez, tuvo que identificarse y decía Juan Pérez pero en la realidad era Juana Pérez. Esa persona no quiso saber de nada, se fue del país, dejó el caso.

Un juez no te dice voy a resolver de esta forma, sino dice voy a estudiar el caso, pero como se encontraron antes de la audiencia, en la primera citación, la segunda citación, si el juez se demora más de 30 días se archiva el proceso. Este es un caso, para que veas cómo es la situación, a pesar que tienes una Constitución, a pesar del decreto legislativo 728. Lo que pasa es que acá es un poco difícil, porque si yo soy discriminado yo tengo que demostrarlo, en cambio en Estados Unidos el discriminador tiene que demostrar que él no ha discriminado, se invierte la carga de la prueba.

8. ¿En suma, por qué cree Ud. que el derecho a la no discriminación por orientación sexual no esta incluido en el artículo 2 o 3?

Debes enfocarlo desde el lado del comportamiento del individuo como juez. Acá los jueces son legalistas, si tuvieras como un reglamento que señale que no debe discriminar por orientación sexual, eso a un magistrado le va suponer no ir mas allá, porque en otro sentido es muy abierto, de repente dice "la homosexualidad es inmoral" y la moral es muy subjetiva. Entonces, yo creo que debe existir una norma que regule la conducta no sólo de los magistrados, sino de todas las personas que creen que el ser homosexual disminuye la capacidad como ciudadano, como individuo, como sujeto de derecho.

En la práctica encuentras trabas en el Poder Judicial, por los propios magistrados.

Es una conducta de los magistrados y de la población, si yo sé que existe una norma en que me pueden castigar porque estoy discriminando, entonces no lo hago.

9. ¿Puede ser el temor de la propia persona homosexual que no se anima a iniciar un proceso?

Primero, lo que pasa es que los procesos judiciales no son procesos rápidos. Supongamos que lo han discriminado, entonces supongamos que

gana este caso y que lo regresan al puesto de trabajo y ¿todo ese tiempo en que no trabajó?, ellos quieren un resarcimiento.

Si hubiera una norma que nos protege, supongamos que yo me pongo tacos y salgo a caminar y un miembro de las fuerzas policiales me detiene, ya habría una llamada de atención para él. Además, si hubiera esta norma constitucional tendría que derogarse el Código de Justicia Militar. Como te digo, si tienes esta Constitución en que todos somos iguales, ¿por qué sigue el Código de Justicia Militar vigente?, porque es una cuestión de interpretación de la norma, así se reduce.

10. ¿Otro argumento de las personas que se oponen a la inclusión de este derecho, es que si se incluye expresamente el derecho a la no discriminación por orientación sexual Uds. podrían decir que también es discriminatorio no reconocer el matrimonio, la adopción, el uso de las técnicas de reproducción asistida por los homosexuales?

El hecho que tu tengas una norma explícita, que dice todos somos iguales ante la ley pero en el capítulo de familia del Código Civil se hable de hombre y mujer, dice matrimonio entre hombre y mujer, ya esta limitando el campo, porque si no hubiera eso en el libro de familia del Código Civil todos se casarían. Es contradictorio porque te da pero a la vez te limita, te dice todos somos iguales pero te dice el matrimonio es la unión entre hombre y mujer. Otra cosa peculiar, en el Código Civil del 36, si no me equivoco, decía que el matrimonio era la unión entre dos personas, no hablada de hombre o mujer, este código sí lo dice, para que veas que si hubiera una norma explícita constitucionalmente tendrías que cambiar el libro de familia.

11. ¿Sería discriminatorio entonces?

Claro, ya hay una contradicción, supongo que son cuestiones morales, cristianas que han definido lo que es la familia, no definen la familia abierta sino que te restringen, es contradictorio a lo que dice la Constitución. Pero si hubiera una norma explícita tendría que darse una modificación. Un cambio constitucional no es tan fácil si ves todo el conjunto de normas que tendrían que modificarse.

12. En el tema de la adopción el argumento en contra es que debe primar el interés superior del niño.

Siempre nos dicen que no podemos adoptar, porque si tienes un hijo el fin supremo es el niño, que estoy completamente de acuerdo. Pero, primero que todos tenemos el derecho a ser padre o madre, el ser homosexual no te niega el derecho. Segundo, en mi caso yo vengo de padres heterosexuales y yo he nacido homosexual, ¿qué me dice a mí que si crío a un niño va a ser homosexual?. Esto es una cuestión de educación, de cómo planteamos el asunto, de políticas públicas que adecuen los programas de educación sobretodo.

13. La normativa internacional muestra que hay muchos países que reconocen el matrimonio o la unión civil, pero limitan la adopción y el uso de técnicas de reproducción asistida.

Primero el matrimonio se reconoció en Holanda, Noruega que permitían el matrimonio, pero impedían la adopción, pero es algo que ha ido evolucionando. Yo creo que si se toma conciencia de lo que es criar a una persona, se tiene que ver los pro y los contra. Tendría que cambiar la normativa sobre la adopción, yo sólo como persona natural podría adoptar pero como pareja no podríamos, es contradictorio.

Yo conozco muchos casos de parejas homosexuales que cada uno ha adoptado a un niño de una pareja a o b, sin embargo lo crían dos personas del mismo sexo.

Conozco el caso de un travestí, que tiene su peluquería en el Agustino, que cría a un niño. Un día vino una señora que vendía caramelos y se lo entregó, se lo regaló. Ella lo cría y es uno de los niños más cuidaditos de esa zona, lo ha puesto al colegio y la directora la conoce y le ha permitido que lo matricule. Como puedes ver la realidad supera a la norma.

Si bien la norma prohíbe la adopción por los homosexuales, esto se esta dando en la realidad. La norma no puede dar espaldas a la realidad, tiene que haber cambios, esto se va a dar, de acá a 10 años o más, pero se va a dar, caerá por su propio peso.

El problema es que esos niños, legalmente quedan desamparados, hablamos de que las personas homosexuales que crían a un menor han tenido que alterar papeles, para que no le quiten a la criatura, en este caso se dijo que era la hermana de la travestí la que se lo había dado.

14. Con respecto al uso de TERAS por homosexuales. Existe el caso de una pareja de lesbianas que a través de estos métodos han tenido un hijo.

Claudia lo hizo en INPARES, donde me parece que ella lo ha hecho, te exigen que para el uso de TERAS tienes que estar casado o casada, por eso te digo es retrógrado.

15. Ellas dijeron en una entrevista (Perú 21⁶⁴⁴, Cuarto Poder⁶⁴⁵) que nunca habían negado que eran pareja.

Ella salió embarazada del cuñado, él fue el donante. Yo no sé bien cómo hicieron, pero ella me dice que tuvieron que alterar varias cosas y varias situaciones. Supongo que en algún momento han tenido que suponer ciertas situaciones.

⁶⁴⁴ Perú 21, sábado 17 de abril de 2004 – Claudia Montalvo responde a la pregunta ¿Estuvieron juntas en el parto? - “ En todo, en la inseminación, diciéndole al médico somos pareja...”

⁶⁴⁵ Programa televisivo Cuarto Poder, domingo 16 de mayo del 2004 – reportaje a Claudia Montalvo y Carmen Palomeque, pareja de lesbianas que utilizaron la inseminación artificial y señalaron que el médico sabía que eran pareja.

A ella le exigían una relación formal, estar casada. Ella no me explicó mucho sobre cómo pudo acudir a estas técnicas. Este es un caso de repente de los miles de casos que hay. Sabemos de gente que tiene hijos y que viven fuera del país.

16. ¿Por qué si la realidad supera la ley por qué esta tendría que ser tan importante?

Es importante porque no tiene una ley que la ampare.

Por ejemplo, a esa travesti en cualquier momento le pueden quitar al niño, es igual en el matrimonio, si yo me muero ¿cómo se queda mi pareja?, en tema de seguridad social, yo trabajo, él no y cómo queda él. Son situaciones especiales no digamos que todos quieren casarse o adoptar, hablamos del 40 % o 30 %. Pero ¿cómo quedamos el 70 %?, ¿quién nos ampara?, nos discriminan, nos pegan, nos quieren matar. Por ejemplo la Comisión de la Verdad señaló que en la selva mataron a unos travestíes y los policías, todos sabían y nadie hacía nada... decían “mueran los cabros”. Quedó en nada, ni siquiera una investigación de oficio, porque como individuos, personas, ciudadanos estamos en un segundo plano, entonces al estar en un segundo plano no podemos hablar de igualdad. Esto, para nosotros, la Constitución es un saludo a la bandera en muchos casos, porque no tenemos cómo protegernos, por eso necesitamos una norma macro, si fuera Constitución, porque podemos dirigirnos a otro tipo de normas más específicas como en tema de adopción, Código de justicia militar, podemos exigir, una ley específica contra no discriminación.

Ahora estamos trabajando en una ley para prevenir y eliminar la discriminación por orientación sexual, una norma penal. Creemos que sí se hace necesario, porque vemos en la práctica en legislación comparada que se está dando. El Perú es uno de los más atrasados. El MHOL como institución es un movimiento de casi 22 años, el más antiguo de Latinoamérica junto con Brasil que tiene su ley antidiscriminatoria, Argentina que recién tiene 18 años, Ecuador, Colombia, México y el Perú se ha quedado. Debido a un machismo exacerbado por los que toman las decisiones y la injerencia de la Iglesia. A mi me parece que llevamos a rastras que hemos sido virreinato, arrastramos una cultura católica fuertísima.

17. ¿Usted cree que la cultura católica especialmente es la fuente de la discriminación?

Sí la moral y el machismo. Tú hablas de homosexuales, siempre es la figura del hombre y de mujeres ni te imaginas. Siempre el que es más golpeado es el homosexual hombre.

18. ¿Considera que falta cohesión en las agrupaciones o la formación de más movimientos?

En estos 2 años han aparecido más agrupaciones. Inicialmente nosotros hemos estado solos por casi 19 o 20 años. Aparecían grupos esporádicos que se reunían en casas, vivían su cuestión, muy personal no salían. Creo que es la coyuntura de la década de Fujimori, porque salías y protestabas y te arrestaban. Acá muchas veces cuando hemos tratado de hacer una marcha nos interceptaban el teléfono.

El aumento del número de agrupaciones, coincide con la llegada de este gobierno, los chicos de distintas universidades se empiezan a abrir y también los chicos de los conos, ahora recién digamos que se está formando un movimiento en Lima, imagínate como es en provincia. Nosotros hemos estado en Arequipa, Iquitos, Huancayo, es terrible, viven al salto de miedo, salen de la casa donde se reúnen y salen en grupo, escondidos, hay más invisibilización que acá. En Lima se están abriendo más, pero el problema es el juego de la doble moral mientras tu no digas nada no te pasa nada.

19. La campaña que están promoviendo, ¿qué señala específicamente?

Como propuesta legal no es la primera vez que la hacemos, desde que existe el MHOL hemos ido por ese sector. Pero ahora, desde el año 1999 y 2000 han habido propuestas al Código penal, tenemos la propuesta de Javier Diez Canseco, de Wilmer Rengifo, de Chuquival. La diferencia de esta propuesta es que ha salido del mismo movimiento homosexual, ha habido colaboración de otros abogados de organismos de derechos humanos, que han enriquecido el documento base. Lo que queremos es presentarlo al Congreso como una propuesta no sólo del movimiento homosexual sino también de otros organismos de derechos humanos interesados por la discriminación contra los homosexuales. También hemos iniciado la campaña en provincias, necesitamos un promedio de 50 mil firmas como parte del peso que queremos darle. Ya que tu presentas la norma y tiene que ir por Comisión, en este caso la Comisión de Justicia de derechos humanos, pero esa Comisión podría observarla, pero si adjuntas 50 mil firmas se ingresa como iniciativa ciudadana y tiene que entrar de todas maneras a debatirse, eso es lo que queremos hacer, presentamos el proyecto y seguimos paralelamente con la recolección de firmas, porque ya el cronograma del Congreso está determinado, lo presentas ahora pero se va a debatir la próxima legislatura. También estamos apoyando la ley de igualdad de oportunidades con equidad de género, presentado por el grupo feminista, que se refiere a las políticas públicas y toca también el tema de orientación sexual, como ellas lo han presentado el año pasado, este año recién se va a debatir, es otra propuesta ciudadana.

Para la propuesta que pensamos presentar, hemos tomado mucho de legislación comparada, México, España, Brasil y lo que se presentó acá por Rengifo, Chuquival, Diez Canseco. Es un documento base, lo vamos a debatir con otros juristas de peso. Queremos presentarlo la 3era o 4ta

semana de julio, esto es independientemente que siga la campaña de recolección de firmas, vamos a trabajarlo tanto en Lima como en provincias.

22. Sobre la propuesta que hicieron para la reforma constitucional, ¿qué conclusión podrían sacar?.

La conclusión es que los parlamentarios son unos ignorantes, que no sabían qué era orientación sexual, ni que era género. Una vez nos sentamos ante un congresista, yo fui con una amiga, yo me senté a la derecha y ella a la izquierda y el congresista dijo “Muy bien, macho y hembra”. La tristeza es que nadie sabe donde está parado y dicen “si yo firme esto no me acuerdo”. No todos son así. Nos merecen nuestro respeto porque han sido elegidos.

Todo esto nos ha enseñado que a pesar de haberle dado un material de varios temas sobre orientación sexual, nunca lo leyeron, te dabas cuenta porque conversabas con ellos y no sabían nada y a veces te mandaban al asesor, que tampoco sabía nada.

23. Si es así, si no llegan al legislador, ¿cómo van a lograr un cambio?.

Los tiempos cambian, ahora la presión viene de afuera hacia dentro. Las circunstancias cambian, todos dicen si ya tuviste la experiencia de la reforma de la constitución para que volver a lo mismo, si ya sabes la calidad de parlamentarios que tienes. Por eso te digo, es de afuera hacia dentro y volver a mandar todo tu material educativo, ahora estamos grabando varios casos para que ellos puedan verlos.

No llegamos al caso de Argentina, en que los activistas habían “adoptado” un parlamentario, era un permanente. Es otro tipo de estrategia, a veces se inventaban casos y los ponían en el periódico y creaban presión, obviamente se habla también de que se movió gran cantidad de dinero y empresa privadas que los apoyaron. Aquí es un poco difícil esto.

Como campaña no es un logro inmediato, ya tenemos la experiencia de la Constitución y de la ley contra la discriminación del año 2000, ya tenemos experiencia, sabemos con quién y con quién no podemos trabajar, cuál te negocia a cambio de algo, además el otro año es electoral.

Nosotros vamos a seguir insistiendo.

Como te digo de Latinoamérica queda Perú y Chile. De que se va a dar se tiene que dar, tienes países fronterizos donde ya existen.

24. El problema sería de educación.

Lo que pasa es que muchos arrastran la mentalidad machista. Muchas veces hablamos de juristas de renombre, ellos saben como está yendo todo por Europa, por América Latina, pero sus ideas personales pesan más.

25. ¿Qué opina de las campañas del Vaticano?

Cuando hubo la propuesta de Brasil, nos invitó la Cancillería, para determinar nuestras propuestas, todas las 15 instituciones que asistieron aprobaron que el Perú de su visto bueno. El informe técnico del área de derechos humanos señaló que el Perú tenía que aprobar eso. Paralelamente salió la campaña del Vaticano exhortando a todos los países miembros a que no firmaran esa propuesta, acá nos enteramos que el nuncio fue a dejarle la propuesta al presidente y acto seguido el Perú dijo que no iba a apoyar esa propuesta. Al final Brasil lo sacó por presión, no lo sacó sino que se ha dicho que por ahora no se va a debatir.

26. En la propuesta de reforma constitucional también se referían al Estado laico.

Este tema no sólo concierne a los homosexuales sino a todos, es muy difícil que un país, entre comillas católico, con una iglesia tan fuerte se pronuncie sobre un Estado laico. En la propuesta de la Constitución se habló de un estado laico.

El tema es de estratégica, si propones la ley de prevención y eliminación de la discriminación por orientación sexual y el estado laico, si una cae, caen la otra. Nosotros no podemos pedir también estado laico, las feministas sí piden eso. Hay una cercanía con los movimientos feministas porque los movimientos homosexuales surgen en base a los movimientos feministas.

Por eso, a raíz de este proyecto de ley hemos creado la Mesa contra la no discriminación por orientación sexual, gran parte de esta mesa está integrado por feministas, somos aliados, tu una propuesta y nosotros otra, como la ley de igualdad de oportunidades. Apoyamos sus propuestas.

- **Comunicación electrónica** con Alonso Inga

Fecha: 14 de julio del 2004

Pregunta

¿Seguirán luchando por la incorporación del derecho a la no discriminación por orientación sexual en la constitución o de algún modo esta nueva ley (Código de procedimientos constitucionales) lo estaría reconociendo?.

Respuesta

En lo referido a tu pregunta, claro nuestro máximo logro sería el reconocimiento constitucional de la no discriminación por orientación sexual, sabemos que el debate constitucional se ha detenido pero todavía no acaba, bueno sinceramente no sabemos si este proceso de modificar la constitución seguirá o no. En todo caso nuestra idea es tener un paquete legislativo, nos hubiera gustado ya tener el reconocimiento constitucional pero bueno vamos a lo que es la ley. El proceso es algo inverso porque primero era la constitución y luego la ley, pero bueno el orden de los factores...

C) ENTREVISTA A JORGE CHAVEZ (representante de la RED PERUANA GLBT), realizada el 1 de junio del 2004)

1. ¿Considera Ud. necesaria la creación de una norma internacional que expresamente regule el derecho a la no discriminación por orientación sexual o basta que se controle el cumplimiento de las normas internacionales existentes?

En teoría cuanto menos específica sea la ley, esta será más duradera y podrá adecuarse mejor a las circunstancias. El problema es que al haber tantas diferencias culturales en el mundo se tiene que especificar el derecho, para que nadie pueda argumentar que en su cultura no es un derecho. En el caso de los derechos sexuales eso es evidente, por ejemplo si tomamos en cuenta que los musulmanes mezclan religión y derecho y para ellos los derechos sexuales no son aceptados, entonces evidentemente es necesario establecer un consenso mínimo internacional para que acepten que es un derecho.

Es equivalente a lo que ha pasado respecto a los derechos de la mujer, pues ha habido muchos intentos de decir “desde mi cultura esto no es así”. Entonces se trata de estar por encima de las diferencias culturales, tratando de hacer un Derecho que sea de la raza humana en lo más básico. Eso es complicado, porque algunos opinan que es imponer una visión cultural, que sería la visión occidental, sobre las demás, ese es un punto que resulta álgido, esa es su defensa principal, dicen “esa es la manera occidental de ver el mundo, ¿por qué nos las imponen?”. Por otro lado, los occidentales hemos llegado a dilucidar, a creer, que lo que hemos encontrado son los derechos esenciales del ser humano más allá de las diferencias culturales; ese es el argumento en contra. Esos derechos son inherentes a la persona no importa que sea musulmana, católica, de cualquier religión o haya sido criada en cualquier cultura, además en algunos casos la cultura podría estar equivocada entre comillas. Entonces pensando así, sí es necesario que haya una norma, para evitar el argumento de “así no pensamos nosotros, no es nuestra visión del mundo”.

El derecho normalmente atiende a la cultura, a la tradición, porque es expresión de una cultura y de una tradición, el problema es que ahora todos estamos relacionados entre sí, una cultura no puede estar aislada. Por ejemplo, si en algún lugar fuera normal matar como castigo; como pasó en Nigeria con la sentencia de lapidación en contra de Amina Lawal, dirían “así es nuestra cultura” y seguirían adelante, pero como ahora somos parte de una integración mundial esto ya no es posible o, cuando menos, resulta más difícil; esto es parte de la globalización, ya no hay culturas aisladas, ya tenemos una cultura general, común que empieza por lo más básico, por los derechos humanos.

2. ¿Con las normas internacionales que existen sí se podría alegar la protección del derecho a la discriminación por orientación sexual?

Han habido hasta 3 o 4 sentencias de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que señalan que donde dice sexo se debe entender incluida la orientación sexual; ha habido casos de Australia y Nueva Zelanda que han reconocido pensiones a parejas del mismo sexo de veteranos de guerra y han declarado que es deber de los estados procurar una legislación equivalente al matrimonio para las parejas del mismo sexo. Actualmente ya se sabe que eso es así, el problema es que las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos no son vinculantes, se debería proponer una norma que sí lo fuera o cuando menos una recomendación que tampoco sería vinculante (como la que propone Brasil), pero que ya tendría un cierto peso “moral”.

Sería importante agregarlo a la Carta de Naciones Unidas. Pero el derecho internacional es bien difícil porque ¿quién lo hace cumplir? Cuando quieren hacerlo cumplir lo hacen a voluntad de los norteamericanos, hasta ahora es la única forma que el derecho internacional se hace cumplir, hasta ahora no tenemos un ente que tenga la equivalencia a un poder estatal o soberanía mundial, que pueda sancionar si no cumple u obligar a que cumpla, existen condenas como las que se dieron contra Israel o Sudáfrica, el límite del derecho internacional es que le falta poder coercitivo, porque sin coerción no hay derecho.

3. ¿Considera Ud. necesaria la incorporación en la legislación interna, por ejemplo una norma penal que sancione la discriminación por orientación sexual o más que una reforma legal sería necesaria una reforma a nivel cultural, educativo, social?

En realidad las dos son importantes y necesarias, porque es un círculo vicioso, el Derecho es expresión de una cultura pero a veces el Derecho puede provocar el cambio cultural. La norma legal debería servir para provocar el cambio cultural porque si no hay cambio cultural la norma sería inútil, tiene además que tener intenciones pedagógicas, su intención no puede quedar en decir “esto está mal y se castiga”, sino hacer entender a los ciudadanos por qué se da, por qué esta mal y por qué se castiga, porque sino cambia la gente habrán cientos de miles de leyes muertas como muchísimas de las que tenemos en el Perú. Si la gente considera que el trabajo concluyó cuando ya se promulgo la ley, están equivocados.

Si no se enseña, no se puede esperar que se cumpla la ley, la ley debería incluir su enseñanza como parte de su estructura, ¿cómo? a través de talleres, con la policía, con jueces, dirigidos a la ciudadanía y explicar por qué esta allí la ley, cómo funciona, qué es orientación sexual, cómo afecta a la vida de las personas; sin ese cambio cultural la ley sola no va a funcionar, la ley tiene que servir para impulsar el cambio, las dos cosas se necesitan, no se puede decir la ley o el cambio.

Eso es lo que muchas veces no se hace desde el Derecho, se cree que basta con promulgar la ley y que automáticamente la gente se va a ver obligada a cumplirlas.

Si la persona afectada ni siquiera se da cuenta que están vulnerando su derecho no podemos esperar que reclame. Probablemente muchas personas homosexuales si les roban se dan cuenta que han vulnerado un derecho suyo, pero si los insultan o los maltratan, no sienten que han vulnerado un derecho suyo, ya que de alguna manera sienten que se lo merecen o que "las cosas son así". En general, no pasa esto con personas que tienen cierto nivel cultural pero incluso pasa también con algunas personas que teniendo cierto nivel cultural, por el miedo a que la gente se de cuenta de que si reclaman que han sido discriminados por orientación sexual están reconociendo que son homosexuales, y que esto puede causarles muchos problemas. Una persona puede ser un magnífico profesional y preferir no decir que esta siendo discriminado por eso, para no reconocer que lo es. Entonces eso es lo que hace más complicado la aplicación de la ley, tiene que haber pedagogía, tiene que ir acompañado de un largo trabajo de activismo, de enseñar a la gente que eso es un derecho protegido. Se podría decir que se necesita que al principio algunos se sacrifiquen en beneficio del resto. La primera vez que alguien discriminado quiera interponer la demanda, tendrá que reconocer ante todo el mundo que es homosexual, será un escándalo en los medios, la segunda, tercera también será interesante para los medios, pero luego no les interesara y será como los otros procesos que a nadie le interesa quién los activa.

4. El problema de que el homosexual esconda su orientación, es que no protesta.

No demandan porque significa reconocer que lo son y culturalmente es muy difícil asumir esto. Es una situación compleja que debe atacarse desde varios puntos, no sólo desde el Derecho; en mi opinión deben utilizarse criterios comunicativos para elaborar y transmitir el mensaje y que la gente lo internalice, que diga "soy ciudadano, están vulnerando mi derecho y tengo el derecho a reclamar". Tendría que haber consejería para los que quieran demandar primero, para afrontar el asedio de los medios.

Si sus amigos y familiares saben sobre su orientación sexual, esta sería la persona que probablemente sí se atrevería a demandar, pero el problema es que lo que más pesa es que además de amigos y familiares, si interpone una demanda, "todo el mundo" se va a enterar de que es gay.

Vivimos en un mundo en que las cosas nuevas llaman la atención. No habría ningún problema si demandas y tus padres y amigos saben que vas a demandar y no debería salir de eso, pero el problema es que va a salir en todos los diarios y todos se van a enterar.

5. Y eso podría crear otras cadenas de discriminación.

Exactamente. En realidad debería de generar una cadena de apoyo, pero la gente no se solidariza, porque solidarizarse sería reconocer que también eres homosexual.

6. El problema es amplio, por un lado una persona heterosexual no se interesa por ese tema por el temor a que sospechen que también es homosexual y el homosexual tampoco habla del tema por el temor a que todos se enteren de que es homosexual. Es un problema cultural, de prejuicio muy amplio.

En las generaciones más jóvenes el rechazo es un poco menor pero aun existe la burla. Sería importante que un proyecto de ley o la defensa de la legislación contra la discriminación por orientación sexual, lo hicieran no sólo los homosexuales sino que lo hicieran un grupo de heterosexuales, mostrando que el derecho es derecho y no importa que seas o no seas.

Es importante que haya gente que no viéndose afectada directamente se interese en el tema, porque es cuestión de justicia, porque es cuestión de toda la sociedad.

Es correcto que cada grupo se preocupe por sus problemas, pero que tienda redes y que se vincule con los demás, porque hay algo que está por encima de los grupos que es lo que forma la sociedad.

El lema "en nuestras diferencias somos iguales", es cierto porque el hecho que seamos diferentes hace que tenga sentido el que digamos que seamos iguales. No se trata de un molde que todos tienen que seguir, como decir que si entran en el molde todos son iguales, así no tendría sentido.

7. ¿Considera Ud. que el derecho a la no discriminación no está incluido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución de 1993 en la parte que señala "o de cualquier otra índole" y tampoco en el artículo 3 que recoge los derechos no enunciados?

El asunto es que sí debería estar incluido en el enunciado general, pero en sentido estricto, literalmente no esta incluido. Tomando en cuenta cómo las cosas funcionan en el Perú, donde si las cosas no están expresamente incluidas en la ley no existen, somos legalistas, no se interpreta la ley...se aplica.

En realidad, con un mínimo de sentido común, si la orientación sexual es inherente a la persona y es una cuestión por la cual a la persona se le puede discriminar, debería estar incluida, como la raza, el sexo y todas las cosas que forman parte de la persona, que no son adquiridas. Pero eso es cuestión discutible, si eso que has adquirido por tu cuenta puede ser defendible.

Yo considero que la orientación sexual es tan natural en ti como el color de tu piel o tu estatura. Algunos argumentan que si yo decido vestirme de color verde y sé que en esa sociedad todos se van a burlar porque me estoy vistiendo de verde, no tengo derecho a reclamar, porque podría vestirme de

otro color y evitarlo. Por eso, si entendemos que la orientación sexual es algo que puedo elegir y cambiar a voluntad, no tendría derecho a reclamar porque podría cambiarla para que no me discriminen. Pero también está el asunto de la libertad de hacer lo que quiera; por un lado está la libertad individual, por otro lado cuando vives en sociedad debes renunciar a parte de tu libertad. Allí está el problema, yo creo que es importante determinar que la orientación sexual no la puedo cambiar y forma parte de mí, por lo tanto no me pueden obligar a cambiar.

Antes se decía que era un accidente o una enfermedad, es como decir que una persona sorda no quisiera dejar de ser sorda y reclamara porque la discriminan por ser sorda. Llevando al extremo el respeto a la voluntad individual esa persona podría decir "quiero ser sorda y quiero que me respeten como tal". Es complicado distinguir hasta donde se respeta la voluntad individual y saber si existe realmente esa libertad y cuáles son sus límites.

En resumen, tomando en cuenta las circunstancias particulares de cómo funcionan las leyes en el Perú, el derecho a la no-discriminación por orientación sexual no estaría incluido en la Constitución.

Los constituyentes han usado dos criterios en su redacción. Para unas cosas han sido muy específicos pero en tema de los derechos no lo han sido, este criterio funcionaría si nuestra cultura fuese una cultura de justicia y no de ley; ni siquiera nuestro poder judicial está hecho para una cultura de justicia sino de ley. Entonces no tiene sentido que justamente en el tema de derechos tan fundamentales se haya querido dejar espacio a la interpretación.

El artículo 2 debería decir: todos son iguales ante la ley nadie puede ser discriminado en razón de ... y hacer una larga lista, lo más larga que se pueda y siempre dejar la posibilidad de incluir otras más, es decir esta lista no sería taxativa.

Podrían aparecer otras razones de discriminación, la cultura avanza. El ser humano siempre encuentra la forma de molestar a los demás.

8. ¿Entonces el problema también sería de interpretación de la norma?

El problema es que, si dejamos demasiado espacio a la interpretación, la aplicación de la norma dependerá de muchos factores culturales y en la cultura peruana, tomando en cuenta las circunstancias en que usualmente van a interpretarse las normas, la orientación sexual no la van a considerar un derecho. Hay un vacío legal y una imposibilidad de recurrir a la interpretación.

9. ¿Tiene conocimiento de que se haya interpuesto una acción de amparo alegando la vulneración de este derecho o una demanda judicial?

La verdad es que no.

Han habido varias personas que han preguntado si podían reclamar, por cuestiones laborales, recuerdo que alguna vez fue un chico al MHOL diciendo que había sido despedido por ser homosexual, preguntó el caso pero nunca regresó. El problema es la dificultad de probar la discriminación, en eso choca con los que se oponen que dicen ¿cómo sabes si está eligiendo o

discriminando?. Normalmente a lo largo de la vida vas eligiendo y de alguna manera discriminado. Hay una diferencia entre elegir y discriminar, discriminar es cuando por un prejuicio, ya antes de elegir realmente, separas a un grupo y no lo quieres, pero esta situación no es fácil de ver. Como si entrevisto a 200 personas y elijo a una, ¿estaría discriminado a los demás o eligiendo? Estoy discriminado si es que hay algunas personas frente a mí y a primera vista digo estos no, ni siquiera hablo con ellos.

Algunas cosas que más ha preocupado en otros países es la incitación a discriminar, por ejemplo que diga en la radio “a todos los homosexuales hay que matarlos, o decir porque es homosexual o lesbiana hizo esto”, eso sería punible y más si se hace en medios de comunicación. Debería ser preventivo, enfocarse más al lado que afecte al aspecto cultural, aunque parezca restricción al derecho de expresión, simplemente es que la gente no pueda incitar al odio, eso eliminaría un montón de chistes homofóbicos de la televisión o radio.

Pero, para eso sería muchísimo más útil por ejemplo que alguna persona pueda probar que lo botaron del trabajo por ser homosexual .

10. ¿Cómo pueden decir que su derecho no esta reconocido, ni protegido por la ley si nunca han demandado?

Es cierto, es uno de los argumentos más interesantes de los opositores. El asunto es que podemos demostrar que sí hay discriminación, podemos dar casos y podemos decir que es tan fuerte esta situación que hace que la gente ni siquiera se de cuenta que esta siendo discriminada, maltratada. Es como por ejemplo los casos de maltrato contra las mujeres, en el inicio del movimiento feminista, las mujeres no sabían que estaban siendo discriminadas.

El problema es que aquí en el Perú no hemos tenido ningún caso judicial.

Pero podemos decir que en otros países sí han habido casos y que acá puede pasar lo mismo. A mí me parecería fantástico que se presentara un caso judicial.

11. ¿Habiendo discriminación por qué no se han animado a demandar?

La gente que tiene la cultura para darse cuenta que están siendo discriminados, por ciertas razones no demandan, prefieren no hacer publico que son homosexuales.

Los que ya son públicamente homosexuales, como los travestíes que ya no pueden esconder su orientación, no tienen la cultura para darse cuenta de la discriminación o el maltrato del que son objeto y que esta situación puede cambiar, porque para ellos es parte de su vida, es parte de cómo es la realidad. Entonces esa parte es difícil, por eso aunque se diga por qué si todavía no hemos probado, yo creo que el fin de la ley es ante todo que la gente se de cuenta de lo que en esa situación deben hacer y facilitar las posibilidades de reclamar, que pueda ejercer ciudadanía sin ser víctima del escándalo.

La ley debe enseñar a usarse y para quién esta hecha, sobretodo que para quiénes esta está hecha la norma la asuman.

12. ¿Considera Ud. que si se reconoce el derecho a la no discriminación por orientación sexual en la Constitución se podría alegar que es discriminatorio no reconocer la unión civil o el matrimonio, la adopción o el uso de las TERAS por los homosexuales?

El asunto es nuevamente de interpretación de la ley. En justicia, actualmente, sin necesidad que lo diga la ley, es obvio que es una manera de discriminar. Poniendo el caso de otros países, por ejemplo la Constitución de Massachussets decía que no se podía discriminar por cualquier motivo y eso bastó para que la Corte Suprema interprete que no otorgar el matrimonio era discriminación.

Con un criterio de justicia actualmente se podría interpretar que es discriminatorio, ya estando puesto de todos modos se vuelve a caer en la interpretación, porque es la discusión entre interpretación y ley, si en nuestro sistema si no esta puesto no existe.

Ya esta bien no tienes derecho a que te discriminen pero eso no implica necesariamente lo otro. Va a ser una pelea aparte, obviamente va a tener una base en la cual sustentar la pelea, dirán la constitución dice que no debes discriminar por orientación sexual, entonces ¿ por qué discriminas la unión de pareja homosexual?

13. ¿Puede ser también, en el caso del matrimonio, que existe una concepción muy tradicional de lo que es la familia y del matrimonio como unión de hombre y mujer con fines reproductivos?

Eso pesa mucho, lo que uno quiera interpretar sobre lo que es el matrimonio, para qué es el matrimonio y qué es familia. Pero los conceptos cambian, la realidad misma te dice que esa concepción de familia ha cambiado. Esa concepción de familia tiene su origen en Roma, tomó forma con el Código Napoleónico, que fue resultado de una especial circunstancia histórico cultural de Europa, han pasado muchos años y ha ido cambiando, las circunstancias no son las mismas, el matrimonio bajo esa concepción se requería para una sociedad que buscaba la industrialización, donde tener mayor población era importantísimo, Napoleón sabía que el poder de Francia en Europa era porque el país era el más poblado de Europa, por eso para él era importantísimo asegurar que los franceses se reprodujeran, era un deber para con el estado, no había posibilidad de industrializar si no había más gente que trabajara. Ante esas circunstancias se construyó la institución del matrimonio, pero ahora las circunstancias no son las mismas, incluso tenemos exceso de población y también ahora el poder de un país no se mide en lo poblado que esté, sino ahora hay otras circunstancias. Seguir manteniendo una institución así cuando ya la situación que le permitió surgir, digamos lo que le dio significado ha cambiado, es absurdo.

Hay una necesidad básica de las personas que los unen, las personas tienen la tendencia a agruparse, toda persona tiene tendencia a buscar con quien compartir su vida, una pareja o una relación que te permita desarrollarte como ser social que eres, entonces eso es el rasgo, la esencia mínima de lo que es familia. Ahora tendríamos que buscar; así como hemos buscado en el tema de los derechos humanos lo mínimo que comparten todos, cual es el rasgo mínimo que nos permite decir que algo es familia, para decir que dos personas establecen entre sí un acuerdo de solidaridad y de desarrollar un proyecto de vida común compartiendo un espacio en mayor o menor medida, por ejemplo unas personas que viven en una pensión no las hace familia, sin embargo si pueden ser familia, dos personas una que esta en Estados Unidos y otra en el Perú que comparten un compromiso de solidaridad. A veces el compartir un espacio no es un rasgo necesario, lo que si es necesario es que haya la voluntad de ser solidario y de caminar hacia un futuro común que se puede terminar en algún momento y encontrar otro futuro, nada es eterno, pero digamos que en determinado momento expresamos esa voluntad. Ese es el significado mínimo y básico e inalterable de lo que es familia.

14. Un argumento en contra de la adopción es la primacía del interés superior del niño.

El problema es que nunca se va a saber si no tienes sobre qué estudiar, si no se permite que los homosexuales adopten cómo podemos saber si ellos influyen negativamente.

Existe en una realidad pero se podría argumentar que no es una muestra que se pueda estudiar porque no es que se haya permitido y luego se ha demostrado que no sirve, sino que bajo la presión de no estar permitido ha funcionado, este puede ser un factor que ha distorsionado la situación.

15. Pero, también el que esta en contra podría argumentar que no se debe poner en riesgo al menor por experimentar.

Eso parte de la presunción de considerar al homosexual como algo malo, allí comienza todo. El argumento es no permitir la adopción porque el menor va a ser homosexual, pero si son homosexuales qué importa. Es como decir no hay que permitir que una pareja de negros adopte porque el menor va a ser negro. La homosexualidad no se contagia.

16. Ese argumento en contra parte de la idea de que la homosexualidad se adquiere.

Sí, que la homosexualidad se adquiere y es mala. Por ejemplo, no podemos decir no podemos dar la adopción de un niño a una pareja de musulmanes porque sino no van a ir a misa.

El asunto es que según el interés superior del niño lo que más le conviene es una familia y no ser criado en un orfanato y eso me parece que no es contestable, nadie puede decir que es mejor ser criado junto con 20 niños

más, tal vez teniendo apenas lo suficiente para comer y para vestirse porque el Estado no puede dar más, que una pareja de dos mujeres o dos hombres que lo críen dándole todo lo que necesita, que le den cariño. Aun en el caso que eso provocara que el niño resultara homosexual, aun en ese caso me parece que sería mejor.

17. ¿Entonces, no se debería prohibir la adopción, sino que deberían entrar junto con la pareja heterosexual a competir para demostrar que pueden ser padres idóneos?

Claro lo que se debe demostrar es la idoneidad, porque al igual que una pareja heterosexual puede ser tan mala como padre como una pareja homosexual puede ser buen padre o viceversa.

Es como decir no puede adoptar una pareja de negros o interraciales. Uno que hay que evaluar caso por caso, si esa pareja tiene las condiciones psicológicas, materiales para criar un niño, es decir le dan la adopción a quien tiene esas condiciones, una pareja heterosexual no por el hecho de ser hombre y mujer esta capacitado, pueden no estarlo y no se la dan. Se debería analizar si son idóneos, más que si sea dos hombres o dos mujeres, además podría adoptar una persona sola y esta podría ser homosexual salvo que esa persona sea públicamente homosexual, si es así no se lo dan.

18. ¿Sería discriminatorio el impedir, prohibir, o no reconocer el uso de las técnicas de reproducción por los homosexuales?.

Sería discriminatorio, porque una mujer soltera podría tener un hijo y que podría ser la base de una familia, incluso el proyecto de vida podría ser entre ella y su hijo.

Es un tema complejo, yo diría que, no necesariamente lo ideal es que tenga un padre y una madre, sino que el ideal es que tenga un buen ambiente, que pueda desarrollar sus potencialidades de la mejor manera y ese ambiente se lo puede dar una persona o dos o tres, no importan quienes produzcan el ambiente, sino que el ambiente exista.

Por eso, lo importante de las campañas, más que los argumentos legales que son importantes en el Congreso, es el uso de argumentos de tipo educativo, cultural, hacer entender a la gente de qué se trata todo esto, es decir de cambiar la forma de pensar de la gente. Por eso, es necesario hacer un plan comunicacional, para determinar cómo hacer que todas estas ideas lleguen a los demás que sea accesible. A veces pasa que la gente que está en este grupo, mis amigos comienzan a explicarle sus teorías sociológicas y otras, pero hablan para ellos mismos porque el resto de la población no les entiende, entonces hay que pensar que todos estos conceptos sean explicados de una manera accesible para provocar el cambio en la mentalidad de las personas.

19. ¿Esa es la estrategia que están utilizando en la campaña de la ley que están promoviendo?

Están tratando de ir por ese lado, pero en mi opinión, todavía les falta encontrar una manera de llegar a más gente, hablándoles de manera sencilla y explicarles por qué es justo, apelando a contextos de justicia, religiosos, incluso católicos, ya que si sabes argumentarlos sabrás llegar a un centro de justicia y equidad contra la cual no podrán decir nada.

20. El hecho que estén recolectando firmas ya es educativo, porque al pedirle a alguien que firme se le explica por qué, para qué firmar.

Sí, eso es importante.

La idea surgió después, primero se pensaba llevarla al Congreso y que algún congresista la proponga, pero luego nos dimos cuenta que no pedir a la misma gente que participe, es hacer lo mismo que se hace siempre y no se lograría en nada.

Esta campaña sirve para distribuir este argumento, que pase de unos a otros, es importante que si convences a una persona, esta persona hable con sus amigos y así sucesivamente. Es importante tratar que la gente lo converse como un tema cotidiano, entre los amigos, con los padres. El problema es que a veces la prensa hace que se cargue de morbo el tema, las únicas imágenes que ves son sólo los travestíes de farándula, no es que sea una mala imagen, sino que no abarca a toda la realidad y que apuesta por toda la realidad.

ANEXO 2: ENTREVISTAS A REPRESENTANTES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Estas entrevistas fueron realizadas vía comunicaciones electrónicas. Obtuvimos los correos electrónicos de las personas entrevistadas gracias a Marcelo Ferreira Coordinador del Programa para América Latina y el Caribe de la Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas (IGLHRC). Los entrevistados son representantes de organizaciones de diversos países (México, Venezuela, Argentina, Costa Rica) que luchan por los derechos de los homosexuales.

Enviamos a todos los entrevistados un cuestionario de tres preguntas:

- 1) ¿Considera UD. necesaria la existencia de una normativa internacional que expresamente regule el derecho a la no discriminación por orientación sexual y que imponga una actuación obligatoria para los países o basta que se controle de manera efectiva las normas internacionales ya existentes que garantizan por ejemplo el derecho a la igualdad, a la no discriminación, los derechos sexuales y reproductivos, etc.?
- 2) ¿Considera UD. necesaria la incorporación en la legislación interna de una norma penal que sancione directamente todo acto discriminatorio por motivos de orientación sexual o más que una reforma legal sería necesaria una reforma en el ámbito cultural, educativo, social o es que las reformas en cada uno de estos sectores serían indispensables y complementarias entre si?
- 3) ¿Cuáles serían las razones por las que el reconocimiento de los derechos de los homosexuales ha progresado más en unos países que en otros y que característica en común tendrían los países de Latinoamérica sobre esta evolución?

A continuación exponemos, fielmente, las respuestas de nuestros entrevistados.

- a) Entrevistado: Sergio Alan Villareal
Organización: Medios LGBT - Red Nacional de monitoreo y Respuesta a los medios
País: México
Fecha: 14 Noviembre 2003

De antemano te aclaro que el tema que manejo con mayor solidez es el relacionado con el de la diversidad sexual y todo lo relacionado con el colectivo Lésbico Gay Bisexual Transgénero Transexual y Travesti (LGBT), por lo que mis respuestas están enmarcadas en este ámbito.

Pregunta

¿Considera Ud. necesaria la existencia de una normativa internacional que expresamente regule el derecho a la no discriminación por orientación sexual y que imponga una actuación obligatoria para los países o basta que se controle de manera efectiva las normas internacionales ya existentes que garantizan por ejemplo el derecho a la igualdad, a la no discriminación, los derechos sexuales y reproductivos, etc.?

Respuesta

Efectivamente, resulta necesaria una legislación internacional que garantice la no discriminación por orientación sexual. Actualmente, la homosexualidad está prohibida, bajo diferentes modalidades legislativas y prácticas costumbristas, en más de 70 países de los 191 que integran la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En los países árabes es donde se ejercen mayores castigos a las personas homosexuales por el hecho de ejercer su orientación sexual, pero también en los que se presumen altamente avanzados en lo social, como los Estados Unidos de América, todavía se aplican legislaciones discriminatorias hacia quienes difieren de la heterosexualidad.

En 1997, durante el XIII Congreso Mundial de Sexología celebrado en Valencia, España, fue emitida la Declaración Universal de los Derechos Sexuales, la cual fue revisada y aprobada en 1999 durante el XIV Congreso Mundial de Sexología realizado en Hong Kong.

En dicho documento se expresa el Derecho a la Equidad Sexual, entre otros, que "se refiere a la oposición a todas las formas de discriminación, por razones de sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o discapacidad física, psíquica o sensorial".

Sin embargo, esa declaración resulta insuficiente para que en todos los países del orbe se deje de discriminar, en lo legislativo y en la práctica cotidiana, a las personas homosexuales.

Por ello resulta muy trascendente la resolución presentada este año 2003 por la delegación brasileña ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU para que sea prohibida la discriminación por motivos de orientación sexual. Esta prohibición sí tendría una mayor fuerza ante los gobiernos del mundo. El debate fue pospuesto para el 2004, pero resulta sumamente importante que sea aprobada para lograr un mayor avance en la lucha por la no discriminación.

Este sería un primer paso importante, que no necesariamente garantizaría su cumplimiento inmediato, pero sí otorgaría recursos legales a las organizaciones de derechos humanos para presionar con mayor solidez a las autoridades de todos los países miembros de la ONU para que respeten los derechos de todas las personas sin discriminar por motivos de orientación sexual.

Pregunta

¿Considera Ud. necesaria la incorporación en la legislación interna de una norma penal que sancione directamente todo acto discriminatorio por motivos de orientación sexual o más que una reforma legal sería necesaria una reforma en el ámbito cultural, social o es que las reformas en cada uno de estos sectores serían indispensables y complementarios entre sí?

Respuesta

Las reformas legislativas son consecuencia de la evolución social. Por ello es necesario actuar y presionar en todos los ámbitos. Las legislaciones que representan avances hacia el respeto en la diversidad no necesariamente son aplicadas en la vida cotidiana.

Es importante gestionar la creación de leyes que garanticen la no discriminación por orientación sexual, hacer valer dichas legislaciones en la práctica y generar la gestación de un cambio en la percepción que la mayoría social tiene hacia quienes vivimos una orientación sexual diferente la heterosexual.

Por esta última razón resulta muy importante el papel que juegan los medios de comunicación, sobre todo la radio y la televisión, sobre la mayoría poblacional. Aquí en México un grupo de personas LGBT estamos construyendo y desarrollando una Red Nacional de Monitoreo y Respuesta LGBT a los medios de comunicación. Vamos a hacer labor de cabildeo buscando que los medios abandonen los prejuicios hacia nuestro sector y le den un tratamiento más objetivo a la información relacionada a lo LGBT.

En otros países, como Francia y Estados Unidos, existen este tipo de organizaciones. En este último país existe una organización denominada Gay & Lesbian Alliance Against Defamation (GLAAD), la cual nos está compartiendo su experiencia y modelo de funcionamiento.

Pregunta

¿Cuáles serían las razones por las que el reconocimiento de los derechos de los homosexuales ha progresado más en unos países que en otros y qué características en común tendrían los países de Latinoamérica sobre esta evolución?

Respuesta

Evidentemente el avance en el reconocimiento de los derechos de todas las personas sin importar su orientación sexual tiene que ver directamente con el nivel de evolución social en los diferentes países, pero también con la separación entre lo político y lo religioso.

En las naciones donde las doctrinas religiosas tienen una marcada influencia sobre el quehacer político resulta más consolidada la discriminación por causas de orientación sexual. Un ejemplo de esto se aprecia en la mayor

parte de los países de la Liga Árabe y en aquellas regiones de Estados Unidos donde la ortodoxia religiosa es el eje de la vida de sus habitantes. El progreso material o falta de éste no tiene que ver con ello, sino la ausencia de un Estado laico en la práctica.

Sin embargo, también en los regímenes con tendencias totalitarias o dictatoriales, sin importar su corte ideológico, se ven con frecuencia coartados los derechos para las personas con orientación homosexual. Esto lo vemos en China, por ejemplo.

En Latinoamérica la influencia de la tradición judeocristiana, sobre todo la que ejerce la Iglesia Católica, ha permeado en gran parte de quienes hacen las leyes para impedir a toda costa el avance en el reconocimiento de los derechos para las personas homosexuales.

Pero los avances legislativos en la Unión Europea y Canadá en este sentido también han logrado influir, con un efecto ideológico automático, sobre todo en las cámaras legislativas de algunos países como Argentina, Colombia y México, pero con resultados todavía muy incipientes y no siempre exitosos.

En México, en el año 2001 se logró adicionar al Artículo Primero de la Constitución Política un texto referido a la discriminación:

...queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, 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.

También se aprobó en este año 2003 la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la cual contiene, en su Artículo 4, la siguiente especificación:

Artículo 4.- Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

Durante los últimos tres años se presentó en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (la capital del país), por parte de Enoé Uranga (diputada abiertamente asumida como lesbiana) la iniciativa de la denominada Ley de Sociedades de Convivencia, con el fin de otorgarles a aquellas uniones diferentes al modelo de la familia tradicional (entre las que están incluidas las

uniones entre personas del mismo sexo) los derechos sociales que les corresponde.

La iniciativa no fue aprobada, pero está siendo retomada por la actual legislatura que recién inició labores, con altas probabilidades de ser aprobada (con modificaciones o sin ellas), pues cuenta con el apoyo de la mayoría constituida por la fracción del izquierdista Partido de la Revolución Democrática.

En México el Movimiento LGBT se gestó a la par que en otros países, a fines de la década de 1970. Después sufrió algunas divisiones internas que le restaron fuerza ante el resto social, pero desde hace unos tres años a la fecha está reintegrándose y retomando, poco a poco, la efectividad que requiere.

En el aspecto político, actualmente el Gobierno Federal está integrado por gente, en su mayoría, identificada con la derecha más conservadora -- integrantes o simpatizantes del derechista Partido Acción Nacional (PAN) - y favorable a las políticas que dicta el Vaticano.

En la Cámara de Diputados federal tiene mayoría del Partido Revolucionario Institucional (PRI), muy conocido por sus políticos corruptos, pero en el que también hay gente sensata, honesta y simpatizante de las causas progresistas. El Partido de la Revolución Democrática (PRD) es la tercera fuerza política del país y aunque en sus estatutos se compromete con las causas de la izquierda en la práctica parece, en muchas ocasiones, divorciarse de las mismas.

De manera sistemática, el PAN ha rechazado las causas del sector LGBT. El PRI y el PRD algunas veces las apoyan y en otras las rechaza. Actualmente el principal aliado político del sector LGBT lo constituye el PRD, con las dificultades que genera el tratar a veces con algunos políticos que se dicen de izquierda pero que son homofóbicos.

En nuestros países latinoamericanos hay que presionar para que se aprueben las leyes, pero también resulta muy necesario gestar ese cambio social que permite que las legislaciones sea parte de la vida práctica.

En Latinoamérica existe un sector político muy conservador, generalmente aliado con el a la más conservadora de la Iglesia Católica, pero también hay una gran cantidad de gente que simpatiza con las causas del progreso social, incluyendo el fin de la discriminación por causas de orientación sexual.

La tarea a realizar es ardua pero sus frutos serán muy satisfactorios.

- b) Entrevistado: José Ramón Merentes
Organización: UNAF - Unión Afirmativa – ACUA
País: Venezuela

Primer correo electrónico

Fecha: 04 Noviembre 2003

En primer lugar, la discriminación por orientación sexual está prohibida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2 y 26, en virtud de las decisiones del Comité de Derechos Humanos en Toonen c.

Australia y la más reciente, Young c. Australia (en virtud de la cual se le reconoce pensión de viudez al compañero de un militar fallecido). Si bien estos derechos hay que reclamarlos caso por caso, nada impide que un o una ciudadana peruana homosexual invoque este Pacto para proteger sus derechos patrimoniales (a la seguridad social, por ejemplo).

Segundo correo electrónico

Fecha: 12 Noviembre 2003

En relación con el tema de interés, es preciso comentar también sus variantes éticas. Desde el punto de vista ético no existe justificación posible para la discriminación por orientación sexual. Los hechos son incontrovertibles: para establecer una distinción o limitación al goce y ejercicio en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos, es preciso demostrar la estricta necesidad de esa limitación (ver los principios de Siracusa). Esa limitación tiene que estar a su vez "limitada" (valga la redundancia) en el tiempo y debe ser mínima (no debe sobrepasar su finalidad declarada; además, debe estar explícita en la ley). Y, el Estado debe procurar por todos los medios a su alcance, superar las supuestas "razones" que llevaron a establecer esa distinción. En todo caso, la distinción tiene que ser "razonable y objetiva". Hablando de "discriminación" en este contexto, el único tipo permitido de discriminación es la discriminación positiva, es decir, aquella que ejerce el Estado en favor de grupos vulnerables de la población y entendiendo que en todo caso, este tipo de discriminación no puede redundar en la limitación del principio de ejercicio igual de los derechos humanos, reconocido en el texto constitucional. Si el Estado pretende limitar el principio del ejercicio en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos, debe razonar esa limitación.

- c) Entrevistado: Marcelo Ferreyra
 Organización: International Gays and Lesbians Human Rights Commission
 América Latina y el Caribe
 Fecha: 10 Noviembre 2003

Pregunta

¿Considera UD. necesaria la incorporación en la legislación interna de una norma penal que sancione directamente todo acto discriminatorio por motivos de orientación sexual o más que una reforma legal sería necesaria una reforma a nivel cultural, educativo, social o es que las reformas en cada uno de estos sectores serían indispensables y complementarias entre sí?

Respuesta

Por supuesto que ambas son complementarias y sus respectivos avances se apoyan y potencian mutuamente. La concientización cultural facilita el logro

de reformas legales que a su vez permiten una mayor libertad de expresión ciudadana para ampliar los ámbitos y los discursos culturales en reconocimiento de la diversidad de la ciudadanía.

Pregunta

¿Cuáles serían las razones por las que el reconocimiento de los derechos de los homosexuales ha progresado más en unos países que en otros y que característica en común tendrían los países de Latinoamérica sobre esta evolución?

Respuesta

Esta pregunta merece un análisis muy complejo. Sin embargo desde un punto de vista megaregional muy general se podría hablar de regiones como África donde salvo la excepción de Sudáfrica no se puede ni siquiera soñar con algún avance.

En el otro extremo esta el ámbito de la Comunidad Europea y aquí podríamos incluir otros países privilegiados como Nueva Zelanda y Canadá donde un muy fuerte marco de respeto por los Derechos Humanos permite exigir su protección para las minorías sexuales.

El caso Norteamericano es paradójico por que si bien presenta contextos culturales abiertos en las grandes ciudades y un intenso activismo político, desde el punto de vista legal los derechos humanos de las minorías sexuales (entre otros) avanzan con lentitud o parecen casi estancados (cuando no en franco retroceso desde la administración Bush), (recién el año pasado se eliminaron las leyes antisodomía, cuando muy pocos países de Latinoamérica las tienen o no las han tenido jamás).

Latinoamérica podría situarse en una posición intermedia que merece mucho esfuerzo, energía y trabajo, como el que hoy día realizan miles de organizaciones en toda la región (con la ventaja de que el idioma les permite compartir y comparar experiencias). El influjo de la Iglesia se ha visto bastante menguado en los países que han sufrido dictaduras reforzando las corrientes laicistas.

En última instancia creo que vale la pena considerar que si bien la región presenta amplias disparidades, desde un punto de vista global avanza en bloque comparada con otras regiones del planeta. Otra de las loables particularidades de nuestra región son las iniciativas de política exterior de Brasil que no sólo se han visto reflejadas en las Naciones Unidas sino en acuerdos internacionales como el del MERCOSUR exigiendo en cada caso que otros países respeten los derechos de las Minorías Sexuales.

- d) Entrevistada: Valeria Flores
Organización: Grupo Lésbico La Revuelta
País: Argentina
Fecha: 8 Noviembre 2003

Soy lesbiana feminista, 30 años, profesora de educación primaria, integrante de un equipo de investigación sobre representaciones acerca de cuerpos y sexualidades en mujeres docentes heterosexuales y lesbianas. Ahora te cuento un poco el trabajo de La Revuelta. Somos una colectiva feminista, integrada por heterosexuales y lesbianas. Mi compañera y yo encaramos el trabajo de visibilidad lésbica. Tratamos de desarrollar dos líneas de acción: la reflexión teórica y el activismo público, en una ciudad del interior del país (Neuquén), la que cuenta con 200.000 habitantes. Es la ciudad más grande de la Patagonia Argentina y la que tiene mayor índice de pobreza. El movimiento feminista y de mujeres es incipiente, y no hay organizaciones que reivindiquen los derechos de las identidades sexuales diferentes a la heterosexualidad. Con mi compañera somos las únicas lesbianas que salimos en los medios haciendo un trabajo político.

Te cuento esto para que te ubiques en qué contexto desarrollamos nuestro activismo. El acceso a la información es difícil, aunque a través del mail e internet hacemos lo que podemos. Te cuento que en general hay muchas dificultades en las instituciones del estado (salud, educación, justicia) para incorporar una perspectiva de género. En general, ha habido casos resonantes de violencia hacia las mujeres en los que los jueces y fiscales terminan re-victimizando a las víctimas y violando tratados y convenciones internacionales sobre los derechos de las mujeres.

En cuanto a informarte sobre "la situación en el país sobre las políticas de equidad de género que usualmente se reducen a regular temas vinculados a las mujeres, las dificultades que aparecen cuando se trata de protestar por situaciones discriminatorias por motivos de orientación sexual, los progresos que se han dado en el país sobre el tema y cómo se han ido gestando estos progresos , cómo se ha ido logrando el cambio social , cuáles han sido las estrategias que se han utilizado para lograr este cambio, como el Derecho ha contribuido en este cambio.", no es mucho lo que puedo decirte. Lo que puedo decirte es que el impacto que tuvo en la región la aprobación en la ciudad de Buenos Aires de la ley de unión civil. Aquí una legisladora provincial tomó el proyecto de la CHA(Comunidad Homosexual Argentina), lo copió y sin consultar al movimiento de mujeres ni a nadie, y lo presentó en la Legislatura sabiendo, como declaró después, que no iba a salir durante este período.

Nosotras hicimos una nota a la legisladora con nuestra opinión sobre el proyecto y sobre la forma empleada para presentarlo, desconociendo a las organizaciones de la sociedad civil.

Creo que las leyes, si emergen de los propios colectivos involucrados, y los procesos que se generan alrededor de ellas, ya que se ponen en juego interesantes debates alrededor de cuestiones sociales en este caso silenciadas. Pero creo que la ley es una herramienta, nada más, no resuelve todo, ya que tiene que ir acompañada o precedida por cambios culturales y

políticos. Sino es letra muerta, como pasa en la provincia de Río Negro, que tiene la ley de Unión Civil, y allí no hay una sola organización LGTB que saliera a hablar de ella ni activistas independientes.

Pregunta

¿Considera UD. necesaria la existencia de una normativa internacional que expresamente regule el derecho a la no discriminación por orientación sexual y que imponga una actuación obligatoria para los países o basta que se controle de manera efectiva las normas internacionales ya existentes que garantizan por ejemplo el derecho a la igualdad, a la no discriminación, los derechos sexuales y reproductivos etc.?

Respuesta

Sí, creo que es necesaria la existencia de una normativa internacional que regule explícitamente el derecho a la no discriminación por orientación sexual. Pero como te decía anteriormente, es necesario que vaya acompañado de acciones educativas y políticas que favorezcan la discusión.

Pregunta

¿Considera UD. necesaria la incorporación en la legislación interna de una norma penal que sancione directamente todo acto discriminatorio por motivos de orientación sexual o más que una reforma legal sería necesaria una reforma a nivel cultural, educativo, social o es que las reformas en cada uno de estos sectores serían indispensables y complementarias entre sí?

Respuesta

Creo que penalizar sin trabajar sobre los niveles cultural/educativo/político es crear una normativa "represiva", "no lo hago porque me sanciona la ley", no porque haya un sentido de respeto por la diversidad sexual, por formas de vida diferentes a la hegemónica. Me inclino más hacia un cambio social en primera instancia porque es fundamental problematizar los sentidos y significados construidos alrededor del lesbianismo, los gays y travestíes, es decir, cuestionar la heteronormatidad imperante en el estado. Para un concepto interesante para denominar la política sexual del estado es de estado mono-sexual, que sostiene la heterosexualidad compulsiva como única manera legítima de sexualidad, confinando a las mujeres a un modelo de sexualidad reproductiva en que la maternidad es una obligación, más que un derecho.

Pregunta

¿Cuáles serían las razones por las que el reconocimiento de los derechos de los homosexuales ha progresado más en unos países que en otros y que característica en común tendrían los países de Latinoamérica sobre esta evolución?

Respuesta

Creo que el avance en los derechos es producto del activismo político de organizaciones feministas, lésbico-feministas y LGTTTB, que han desarrollado su acción a través del tiempo, con cierta periodicidad histórica. Por otro lado, también porque se han hecho alianzas con sectores del estado o con otras organizaciones de la sociedad civil, que han permitido instalar el debate a nivel público-político.

Algo en común en los países de América Latina es el peso de la iglesia católica que ha frenado y reprimido toda discusión y apertura sobre el tema. En estos últimos tiempos, con el avance en materia de derechos de las mujeres en salud sexual y reproductiva, la iglesia ha emprendido una contra-ofensiva muy fuerte y de carácter medieval y conservador. Como efecto no deseado de esta posición, al polarizarse la discusión, hay sectores que terminan criticando estas posiciones retrógradas y apoyando el avance de los derechos.

Una aclaración: nosotras no usamos el término "homosexual" por sus connotaciones medicacionistas, además de que subsume a la diversidad en un término en el que se pierden las especificidades y las vivencias de opresión son diferentes. Por ejemplo: la invisibilidad de las lesbianas no es la misma que la de los gays.

- e) Entrevistado: Guillermo Murillo
 Organización: Agua Buena
 País: Costa Rica
 Fecha: 04 Noviembre 2003

Con respecto a la normativa de no discriminación por orientación sexual, lo único que aparece en la legislación costarricense es un artículo de la Ley 7771, Ley General del VIH/SIDA que dice:

“ARTÍCULO 48.- Discriminación

Quien aplique, disponga o practique medidas discriminatorias por raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica, estado civil o por algún padecimiento de salud o enfermedad, será sancionado con pena de veinte a sesenta días multa.

El juez podrá imponer, además, la pena de inhabilitación que corresponda, de quince a sesenta días”.

Es la única norma que lo menciona. Sin embargo hay un proyecto de reforma al Código Penal, (que va muy avanzado) que también recoge esta idea y otra como incluir dentro de los delitos de genocidio los cometidos por razones de opción sexual. Pero todavía es proyecto.

Pregunta

¿Considera Ud. necesaria la existencia de una normativa internacional que expresamente regule el derecho a la no discriminación por orientación sexual y que imponga una actuación obligatoria para los países o basta que se controle de manera efectiva las normas internacionales ya existentes que garantizan por ejemplo el derecho a la igualdad, a la no discriminación, los derechos sexuales y reproductivos etc.?

Respuesta

Creo con en esta materia se debe legislar de manera específica, así como se ha hecho con otros sectores de la sociedad.

Pregunta

¿Considera UD. necesaria la incorporación en la legislación interna de una norma penal que sancione directamente todo acto discriminatorio por motivos de orientación sexual o más que una reforma legal sería necesaria una reforma a nivel cultural, educativo, social o es que las reformas en cada uno de estos sectores serían indispensables y complementarias entre si ?

Respuesta

Yo en lo personal no creo en la labor sancionatoria del Derecho. Sin embargo sí creo en la labor educativa e impulsadora de cambios sociales. Lamentablemente a como está constituida nuestra sociedad, en este momento sí se hace necesaria su penalización, aunque con miras a educar y construir una nueva cultura.

De todas maneras creo que antes que penalizar la discriminación, lo más recomendable es que el Derecho empiece a reconocer los mismos derechos, por ejemplo el de formar una familia. Con este tipo de reconocimiento, aunque sea un proceso lento, es el que mejor garantizaría el respeto y la no discriminación.

Pregunta

¿Cuáles serían las razones por las que el reconocimiento de los derechos de los homosexuales ha progresado más en unos países que en otros y que característica en común tendrían los países de Latinoamérica sobre esta evolución?

Respuesta

Creo que la evolución en el reconocimiento de estos derechos responde principalmente al nivel de organización de la comunidad LGBT que es diferente en cada país. Así como a que en algunos países los homosexuales han acudido constantemente a los tribunales de justicia y aunque al principio no

haya leyes, la constante denuncia en los tribunales hace que a la postre se obligue a legislar sobre estos temas. Por ejemplo esa es mi impresión en países como Brasil, donde muchas personas han acudido a demandar sus derechos en materia de seguridad social, eso hizo que en el ámbito judicial primero, luego en el ámbito administrativo y por último en el ámbito legislativo se reconocieran algunos derechos.

La característica común que encuentro es que son principalmente los países más grandes de América Latina, con una mayor organización civil los que han logrado mayores cambios.

En América Central tenemos organizaciones muy pequeñas, divididas por problemas internos y no tenemos la fuerza para impulsar estos cambios en el ámbito legislativo, sólo se han hecho algunos intentos de manera aislada.

ANEXO 3: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS HOMOSEXUALES EN AMÉRICA DEL SUR Y CENTRAL

Países de América del Sur y Central	Regulación Constitucional	Penalización de las relaciones homosexuales	Protección del derecho a la no discriminación por orientación sexual en otras normas
Argentina	Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires(1996)		<ul style="list-style-type: none"> • Ordenanza 6321- Ciudad de Rosario (prohíbe la discriminación) • Ley 3055- Provincia de Río Negro (prohíbe la discriminación)
Brasil	Constitución de Mato Grosso Constitución de Sergipe, artículo 3.2		<ul style="list-style-type: none"> • Condenan la discriminación por orientación sexual los estados de Sergipe, Rio de Janeiro, Sao Paulo
Costa Rica			Ley General de Sida, artículo 48
Ecuador	Constitución de 1998 Artículo 23, inciso 3		
México			Código Penal de 1999 Artículo 281,10
Nicaragua		Código Penal de 1992 Artículo 103	Ley Orgánica del trabajo (1999, artículo5)
Puerto Rico		Código Penal de 1974 Artículo 205	
Venezuela			Ley Orgánica del Trabajo (1999, artículo 8)

ANEXO 4: REGULACIÓN EN LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Países miembros de la Unión Europea	Legislación sobre el derecho a la no discriminación por orientación sexual	Reconocimiento de las uniones homosexuales	Regulación de la adopción por homosexuales	Uso de técnicas de reproducción asistida por los homosexuales
Alemania		Ley Eingetragene Partnerschaft permite los derechos sucesorios a los convivientes homosexuales (2000).		
Bélgica		Permite el matrimonio entre personas del mismo sexo (2003)		La inseminación de las parejas lesbianas queda a discreción de las clínicas médicas de reproducción .
Dinamarca	Código Penal (artículo 266, en 1987)	Registered Partnership Act" (1 octubre 1989) permite el registro de uniones homosexuales, excluye la adopción.	-El 2 de junio de 1999, a través de la ley 360, añade un inciso en la sección IV permite la adopción del hijo de la pareja .	
Eslovenia	Código Penal (artículo 141, 1995)			
España	Código Penal (1995)	Cataluña (1998). Aragón (1999). Navarra (2000). Madrid (2001). Aprobación del ante Proyecto de Reforma del Código Civil – Legalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo. (2004)	- Comunidad Asturiana: Aprobó el 17 de mayo de 2002 la "Ley autonómica de Uniones de Hecho" permite el acogimiento simple de menores para parejas de hecho sin importar su orientación sexual . - Comunidad de Navarra (3 de julio del 2000) se permite la adopción conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas casadas.	
Finlandia	Código Penal (1995)	Ley del 28 de setiembre del 2001		
Francia	Código Penal (artículo 225-1 en 1985) Código Laboral (enmiendas realizadas en 1986 y 1990)	Ley N° 99-944 Pacto Civil de Solidaridad que añade el Art. 515°-1 al Código Civil, permitiendo las uniones homosexuales.		
Hungría		Desde el 21 de Mayo de 1996 existe una ley de registro de uniones homosexuales.		
Países Bajos	Código Penal (enmienda del artículo 137 y 429 en 1991)	"Registration of Partnership (vigente desde 1998) Acepta el matrimonio entre homosexuales desde el 2001.	-Por la Ley 10 (21 diciembre 2002) reforma el Libro I de su Código Civil permite a las parejas homosexuales adoptar. -Por la ley 9 (21 de diciembre 2002), modifica el libro I del Código civil permitiendo el matrimonio entre las personas del mismo sexo.	
Portugal		A partir del 15 de marzo del 2001 varias leyes garantizan los derechos de las uniones homosexuales.		
Reino Unido				El médico es quien decide a quién aplicar dichas técnicas, en virtud de la "Ley de fertilización Humana y embrionaria" (1990).
Suecia	Acta 1999: 133 prohíbe la discriminación por orientación sexual. En 1999 se crea la Defensoría del Pueblo contra la Discriminación por orientación sexual.	Ley para el registro de las uniones homosexuales (vigente desde 1 de enero de 1995), excluye la adopción y el uso de las técnicas de reproducción asistida .	Acta del 1° de Febrero el 2003, reconoce las parejas registradas los mismo derechos en la adopción que las parejas casadas.	

ANEXO 5: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS HOMOSEXUALES EN OTROS PAÍSES

País	Legislación que protege el derecho a la no discriminación por orientación sexual	Reconocimiento de las uniones homosexuales	Regulación de la adopción por homosexuales	Uso de técnicas de reproducción asistida
Australia	<ul style="list-style-type: none"> - Acta sobre los derechos humanos (1996) - Acto federal Australiano sobre protección legal de la realización de actos sexuales entre adultos voluntariamente 			Falla de la Corte de Victoria (2000)
Canadá	Acta Canadiense sobre Derechos humanos (1996)	<ul style="list-style-type: none"> - Matrimonio - Colombia Británica - Matrimonio Ontano 		
Estados Unidos	Prohíben la discriminación por orientación sexual: California, Connecticut, Colombia, Hawai, Maryland Massachuselts, Minesota, Nevada, New Hompshire, New Jersey, Rhode Island, Vermont	Matrimonio Estado de Massachusets (2004)	Estado de Connecticut (2002)	
Fiji	Constitución			
Groenlandia		Danish Parther act (1996)		
Islandia	Código Penal (1996)	Recognized Parthership (1996)		Permite que parejas registradas accedan a esas técnicas (200)
Noruega	Código Penal (1981)			
Nueva Zelanda	Acta sobre) Derechos humanos (1994			
Sudáfrica	Constitución (1997)			

ANEXO 6: REGULACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN EN LAS CONSTITUCIONES DE 1933, 1979 Y 1993

Regulación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en las Constituciones de 1933, 1979 y 1993		
Constitución de 1933	Constitución de 1979	Constitución de 1993
<p>-Regulado en el artículo 23</p> <p>- Se ubicaba en el Capítulo I "Garantías nacionales y Sociales", del título II "Garantías Constitucionales."</p> <p>- Sobre el derecho a la igualdad señalaba: "La Constitución y las leyes protegen y obliga igualmente a todos los habitantes de la República"</p> <p>- Sobre el derecho no discriminación señalaba: "Podrán expedirse leyes especiales porque lo exijan la naturaleza de las cosas no por la diferencia de personas."</p>	<p>- Regulado en el inciso 2, artículo 2</p> <p>- Se ubicaba en el capítulo I "De la persona", del título I "Derechos y deberes fundamentales de la persona."</p> <p>- Sobre el derecho igualdad señalaba que todas las personas tenían el derecho: " A la igualdad ante la Ley ... El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que el varón."</p> <p>- Sobre el derecho a la no discriminado señalaba: "... Sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión, o idioma."</p> <p>- Se reconocen los demás derechos que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La constitución garantiza • De naturaleza análoga <p>Derivan de la dignidad del hombre del principio de soberanía del pueblo, del Estado Social y democrático de derecho, de la forma republicana del gobierno (art. 4)</p>	<p>- Regulado en el inciso 2, artículo 2</p> <p>- Se ubica en el capítulo I "Derechos Fundamentales de la persona", del título I "De la persona y de la Sociedad."</p> <p>- Sobre el derecho a la igualdad señala: "A la igualdad ante la ley."</p> <p>- Sobre el derecho no discriminado señala: "Nadie debe ser discriminado por motivo de origen raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole."</p> <p>- El artículo 3 es casi idéntico al artículo 4 de la Constitución 79. Se omite la indicación de Estado social incluido en la Constitución 79</p>

ANEXO 7: REGULACIÓN DE LOS TRATADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1979 Y 1993

Regulación de los Tratados	
Constitución de 1979	Constitución de 1993
<ul style="list-style-type: none"> - Regulado en el capítulo V “De los tratados”, del título II “Del Estado y la Nación”. - Se refería a los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados (art. 101) - Los Tratados celebrados por el Perú formaban parte del derecho nacional (art. 101) - En caso de conflicto entre el tratado y la ley, primaba el tratado (art. 101) - Sobre el tema de la aprobación de los tratados: <ul style="list-style-type: none"> • Todo tratado debía ser aprobado por el Congreso antes de ser ratificado por el Presidente (art. 102) • Cuando contenía alguna estipulación que afectaba una disposición constitucional, debía ser aprobado por el procedimiento de reforma constitucional, antes de ser ratificado por el Presidente (art. 103) • En materias de exclusiva competencia del Presidente, este podía celebrar, ratificar, adherirse a convenios internacionales con otros estados u organizaciones internacionales, sin la previa aprobación del Congreso. Debía darle cuenta inmediatamente al Congreso (art. 104) - Los Tratados de Derechos Humanos tienen rango constitucional y sólo pueden ser (art. 105) modificados por el procedimiento de reforma constitucional. - Los Tratados de integración prevalecen sobre otros, celebrados entre los mismos partes (art 106) - La denuncia es potestad del Presidente, con aprobación del Congreso (art. 107) - Se ratifica: <ul style="list-style-type: none"> • Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos • Protocolo Facultativo de Pacto Internacional de Derechos Internacionales y Políticos. • Convención Americana sobre Derechos Humanos (decimosexta disposición final y transitoria) - No permite interponer la acción de inconstitucionalidad contra los tratados (art. 298) 	<ul style="list-style-type: none"> - Regulado en el capítulo II “De los tratados”, del título II “Del Estado y la Nación”. - Se refiere a los Tratados celebrados por el Estado (art. 55) - Los Tratados que entran en vigor forman parte del derecho nacional (art. 55) - Sobre la aprobación: <ul style="list-style-type: none"> • Deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente, si se refieren a: <ul style="list-style-type: none"> - Derechos Humanos - Soberanía, dominio o integridad del Estado - Defensa Nacional - Obligaciones financieras del Estado - Crear, modificación o suprimen tributos - Los que exigen modificación o derogación de alguna ley - Los que necesitan medidas legislativas para su ejecución (art. 56) <ul style="list-style-type: none"> • Sobre otras materias el Presidente puede celebrar ratificar, adherirse a tratados sin la previa aprobación del Congreso. (art. 57). • Cuando afecte disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el procedimiento de reforma constitucional, antes de ser ratificado por el presidente (art. 57) • La denuncia es potestad del Presidente, con cargo a dar cuenta el Congreso (art. 57) - La denuncia de los tratados debe ser aprobados por el congreso. - Las normas sobre derechos y libertades se interpretan según lo estipulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, tratados y acuerdos internacionales sobre esos temas ratificados por el Perú (cuarta disposición final transitoria). - Permite interponer acción de inconstitucionalidad contra los tratados (inciso 4, art. 200)