

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



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**“El matrimonio igualitario: Marcando un hito en la lucha contra la discriminación. El derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual aplicado al acceso al matrimonio en el Perú”**

Tesis para optar por el Grado Académico de Magistra en Derechos Humanos

Autora:

Claudia Lucía Castro Barnechea

Asesora:

Dra. Elizabeth Silvia Salmón Garate

Jurado:

Presidente: Dr. Juan Carlos Callirgos Patroni

Segundo miembro: Dra. Elizabeth Salmón Garate

Tercer miembro: Mg. Cristina Blanco Vizarreta

Lima- Perú

2017



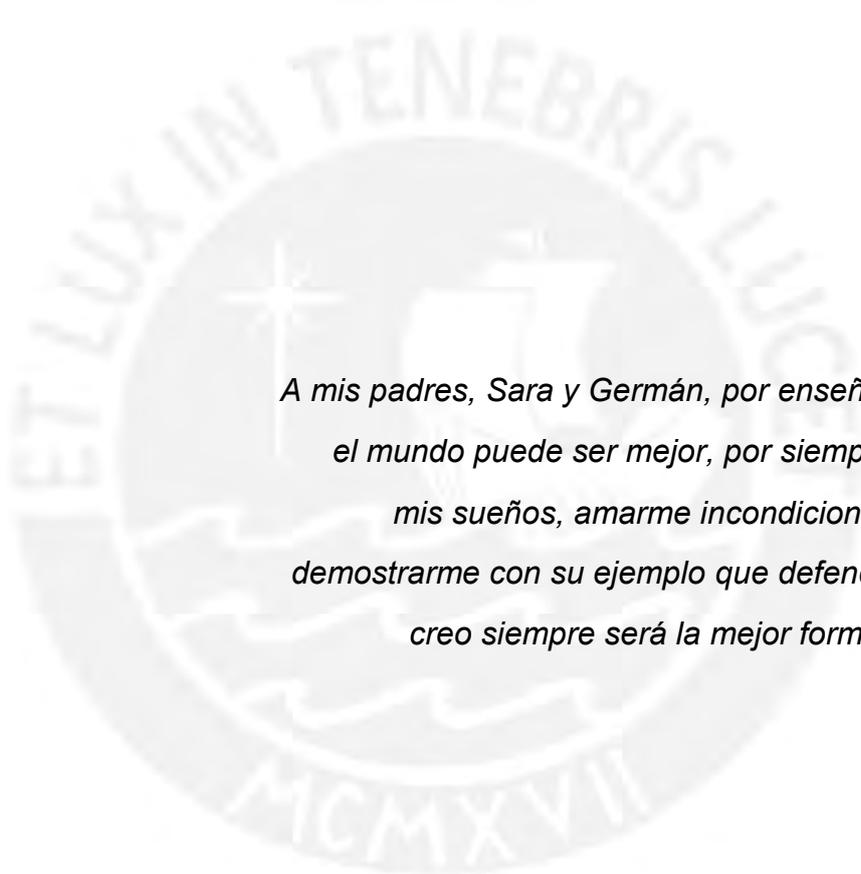
## Resumen

El derecho a la igualdad y no discriminación constituye un pilar importante para el Derecho y para institucionalidad democrática de los Estados. Es, además, esencial para una sociedad respetuosa de los derechos humanos y de las diferencias que nos hacen únicos y valiosos. Una sociedad que respeta las diferencias y garantiza igualdad para todos y todas es una sociedad más cercana a la protección de la dignidad del ser humano.

Debido a esto, la presente investigación se centra en la aplicación de este derecho en relación con una población vulnerable en específico, me refiero a las personas no heterosexuales y a las relaciones de pareja que forman y que, actualmente, no tienen forma jurídica de protección en el Perú. A diferencia de las parejas heterosexuales, las parejas que no lo son no tienen ningún tipo de institución jurídica que les garantice derechos y obligaciones, pues han sido excluidos de las formas jurídicas existentes que otorgan estos derechos. Esto ha redundado en la discriminación de las que son víctimas en la sociedad, ahondado en las formas de invisibilización, desvaloración y falta de reconocimiento que sufren como individuos y como parejas.

En este sentido, he analizado las obligaciones que tiene el Estado peruano derivadas del sistema universal de derechos humanos y del sistema interamericano, comparando estas obligaciones con las normas existentes y las medidas actuales a nivel nacional que se refieren en específico a la igualdad y no discriminación aplicadas al matrimonio como institución jurídica. Luego de un extensivo y profundo análisis de las normas y pronunciamientos a nivel universal, interamericano y nacional, puedo concluir que el Estado peruano tiene una obligación específica de protección sobre las personas que sufren de discriminación en la sociedad y, por lo tanto, deben adecuar la normativa nacional para hacer efectivos los derechos de todos y todas y garantizar que los puedan ejercer en un marco de igualdad.

Por esto, el Estado peruano, a través de sus instituciones y normas, está obligado a respetar este derecho y modificar o crear los medios necesarios para hacerlo real, incluyendo en esto la normativa de todo tipo. Esta obligación implica necesariamente que no exista institución jurídica alguna que genere diferencias no objetivas basadas en la orientación sexual de las personas, el matrimonio no puede escapar a esta obligación. Se debe tener en cuenta que, tanto la Constitución peruana como las obligaciones del Derecho Internacional de Derechos Humanos, indican una noción de familia amplia y más allá del modelo tradicional. Es, entonces, consecuencia directa de las obligaciones de igualdad y de la noción amplia de familia que concluyo en la necesidad de adaptar las normas internas peruanas para eliminar las restricciones de las parejas no heterosexuales a instituciones como el matrimonio para garantizar los derechos que les corresponde como familia y que les han sido negados por tanto tiempo. Es hora de que la sociedad y el Derecho avancen de la mano y se busque la protección de todos los seres humanos por igual.



*A mis padres, Sara y Germán, por enseñarme que  
el mundo puede ser mejor, por siempre apoyar  
mis sueños, amarme incondicionalmente y  
demostrarme con su ejemplo que defender lo que  
creo siempre será la mejor forma de vivir.*



*A Pedro, por su inacabable paciencia, las largas horas de conversación sobre estos temas, el apoyo constante y el cariño que me dio el empuje para lograrlo.*

## Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>06</b>
<b>Capítulo I:</b>	
<b>El derecho a la igualdad y no discriminación desde un enfoque de género.</b>	<b>08</b>
1.1. El derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género.....	08
1.2. Enfoque de género aplicado al concepto de Orientación sexual e identidad de género como herramienta de análisis.....	16
1.3. Las obligaciones jurídicas del Estado peruano con respecto al derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género en el marco del DIDH.....	24
1.3.1. El derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género en las obligaciones del Estado peruano de origen Internacional .....	24
a) Sistema Universal de Derechos Humanos y el derecho a la igualdad.....	25
b) Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho a la igualdad.....	27
1.3.2. El derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género en las obligaciones del Estado peruano de origen nacional.....	34
<b>Capítulo II:</b>	
<b>Las uniones de pareja no heterosexuales y su protección como obligación derivada del derecho a la igualdad y no discriminación.....</b>	<b>38</b>
2.1. La falta de protección jurídica a las uniones no heterosexuales como supuesto de discriminación por orientación sexual e identidad de género...	45
2.2. La regulación del matrimonio en la legislación nacional como figura excluyente .....	49
2.3. La igualdad y no discriminación en el acceso al matrimonio como institución jurídica.....	57
<b>Capítulo III:</b>	
<b>Influencia de la modificación normativa en la calidad de vida del grupo LGTBIQ y su impacto en la sociedad peruana .....</b>	<b>66</b>
3.1. Cambio social generado gracias a la eliminación de restricciones normativas del matrimonio .....	67
3.2. Impacto en la calidad de vida y el consecuente ejercicio efectivo de la ciudadanía de personas sexualmente diversas .....	74
<b>Conclusiones .....</b>	<b>78</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>84</b>

## Introducción

*“La orientación sexual y la identidad de género de las personas solo debe importar para reafirmar su esencia y para protegerlas. Ellos y ellas merecen vivir sin miedo y con plena libertad de escribir su propio destino, de realizar su proyecto de vida y de decir cómo aportar en el desarrollo de nuestro país”*

*Eduardo Vega Luna, ex Defensor del Pueblo (e)*

El anhelo de una sociedad más justa para todos y todas me ha llevado constantemente a encontrarme inmersa en discusiones sobre temas muchas veces polémicos. Y es que generalmente sociedades como la peruana son resistentes al cambio, se aferran a lo que se da por cierto sin querer ver como la “normalidad” oculta muchas injusticias.

Esta sensación constante de inconformidad con el statu quo actual es la que me llevó a los Derechos Humanos como una herramienta para lograr una sociedad mejor en la que, finalmente, todos y todas tengamos espacio por igual para hacernos oír y que se respete nuestra dignidad.

De esta manera, la Maestría en Derechos Humanos me abrió los ojos a temas en los que muchas veces no se piensa, o no se quiere pensar, para darme las armas académicas, metodológicas y argumentativas para defender aquello que la razón y el corazón creen correcto. La visión multidisciplinaria me permitió explorar estos temas más allá de lo jurídico, pero sin olvidar la importancia que puede tener el Derecho en el cambio social que se quiere conseguir y en la calidad de vida de las personas.

Por eso, el debate actual en el Perú sobre los temas de género, orientación sexual, igualdad y derechos de las personas sexualmente diversas me abrió la mente a un campo controvertido, pero sumamente interesante en el que conceptos jurídicos se mezclan con razones religiosas, morales y culturales. A partir de esto, el tema del matrimonio igualitario surgió en el debate público e inmediatamente captó mi atención. Aunque mi opinión fue clara desde que puedo recordar, decidí utilizar las herramientas que me ha dado la Maestría y mi formación jurídica para someter este tema a un análisis exhaustivo desde diferentes perspectivas bajo el parámetro de los Derechos Humanos.

Para esto utilicé el enfoque de género como herramienta metodológica para analizar las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de Derechos Humanos, especialmente concentrada en el derecho a la igualdad y no discriminación. A partir de

este análisis de obligaciones, tanto del sistema universal como del interamericano, paso a ver la correspondencia entre estas obligaciones y la normativa nacional de nivel constitucional e infra constitucional en materia de igualdad aplicada al acceso al matrimonio.

Además, resulta importante revisar los pronunciamientos de las diferentes instancias relacionadas al tema, en especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana sobre temas relacionados, así como algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano, teniendo en cuenta que la jurisprudencia muchas veces llena de sentido y da contenido a las obligaciones estatales en estas materias.

Luego de analizar todo este marco normativo importante sobre la materia pude comprobar el impacto social que viene relacionado a la normativa vigente. El enorme poder que puede tener el Derecho para generar cambios en la sociedad y en la calidad de vida de las personas me lleva a pensarlo como un instrumento necesario para la realización efectiva de los derechos de las personas, que debe superar la visión formalista y tradicional para llegar a materializar los principios fundadores del ordenamiento y la finalidad misma de la existencia del Estado: la protección del ser humano y su dignidad inherente que le da fundamento a todos los derechos.

Esa dignidad que nos hace a todos y todas iguales pero que exige una actitud especial ante los grupos que han visto sus derechos reducidos a lo largo del tiempo y en diversos aspectos de la vida en sociedad. Entre estos grupos, las personas sexualmente diversas son de las que más sufren de discriminación y necesitan el reconocimiento y valoración por parte del Estado y de la sociedad. Para esto sirve el Derecho, garantizar derechos iguales para todos y todas, y protección especial para quienes la necesiten; usar su fuerza para abrir espacios y reivindicar a los sectores de la ciudadanía que actualmente están excluidos de esa posibilidad.

Es en ese afán que la lucha por los derechos continúa, cada vez más fuerte y más potente, para que la igualdad no sea solo un discurso agradable, sino una realidad tangible para cada persona en su cotidianidad.

Me considero afortunada de poder dedicar mis esfuerzos académicos y profesionales a la búsqueda de la realización efectiva de los derechos de las peruanas y peruanos con la esperanza que cada vez más personas discutan el tema y la sociedad abra su mente a argumentos por sobre estereotipos para así lograr una sociedad que se concentre menos en las diferencias y piense más en lo que nos hace iguales.

## Capítulo I:

### El derecho a la igualdad y no discriminación desde un enfoque de género

En este capítulo daré una aproximación a los dos pilares básicos para la comprensión del tema. En primer lugar, una explicación detallada del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, en segundo lugar, aplicaré el enfoque de género a los conceptos de orientación sexual e identidad de género como herramienta para poder tener un acercamiento completo del tema de la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género y poder aplicar estas bases teóricas al tema del matrimonio igualitario.

#### 1.1.- El derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género

Los derechos humanos se fundamentan en la idea de que todo ser humano tiene dignidad que lo hace único y valioso y, por ende, merece la protección de lo que es en todas sus dimensiones.

Entendemos por dignidad en un sentido amplio:

*“El ser humano es el valor absoluto por excelencia del cual se derivan todos los otros valores. La libertad, igualdad, amor, etc, valen en tanto y en cuanto ayuden al ser humano en su realización personal, social y trascendente. La dignidad del ser humano se fundamenta en que es persona, es decir, es uno, único, original, irreplicable e insustituible. Esto significa que es un valor intrínseco, no dependiente de factores externos. Algo es digno cuando es valioso de por sí y no solo ni principalmente por su utilidad para eso o para lo otro. La persona es un absoluto, en el sentido de algo único, original, e irreductible a cualquier cosa”<sup>1</sup>*

Este concepto también puede ser usado en el ámbito jurídico pues la dignidad es la base, fundamento y fin de la creación del Sistema de Derechos Humanos. En ese sentido se dice que: *“la dignidad humana es un derecho fundamental inherente a toda persona humana por el sólo hecho de serlo, y constituye la base de todo sistema,*

---

<sup>1</sup> SIMONS, Alberto. La Defensa de la dignidad de toda persona humana en el Perú. En: La verdad nos hace libres: sobre las relaciones entre filosofía, derechos humanos, religión y universidad / Miguel Giusti, Gustavo Gutiérrez y Elizabeth Salmón (editores) -- Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. P. 623

*ordenamiento jurídico, constitucional y legal, teniendo en cuenta a la persona humana como fin primordial*<sup>2</sup>

Como se ve, la dignidad es la esencia del ser humano y del sistema de derechos que lo protege. En este sentido, el derecho a la igualdad es uno de los más esenciales pues se basa en la idea de dignidad al señalar que todos los seres humanos merecen el mismo trato en respeto y valor a pesar de las diferencias que puedan existir entre sus características. De esta forma, el derecho a la igualdad garantizaría que las diferencias no sean tomadas en cuenta cuando se trata de la titularidad y el ejercicio de todos los otros derechos. Por esta razón, considero que el derecho a la igualdad es un requisito indispensable para la existencia de todo el sistema de derechos humanos y es el parámetro con el que se deben medir y regular todas las medidas que se tomen a nivel local, regional, nacional e internacional.

El derecho a la igualdad puede ser visto desde la perspectiva de su contenido filosófico y doctrinal pero también debe considerarse que tiene un aspecto normativo importante desde el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) y desde el campo constitucional peruano.

Se debe tener en cuenta que la igualdad tiene una doble dimensión: por un lado, funciona como un principio rector del ordenamiento jurídico dentro de un Estado Democrático de Derecho al constituirse como un valor fundamental y una regla básica, y, de otro lado, funciona como un derecho subjetivo exigible individualmente que garantiza que todas las personas sean tratadas por igual ante la ley y sin ser objeto de discriminación alguna<sup>3</sup>.

Muchos autores rescatan este derecho desde la normativa (nacional e internacional) creyendo que su ámbito de protección es más que obvio. A pesar de esto, la normativa presenta ciertas variantes en su aplicación por lo que la doctrina ha creado contenidos distintos a este derecho. Siguiendo con esto, se puede ver como el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) se ha manifestado sobre el tema de la igualdad señalando lo siguiente: *“el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la*

---

<sup>2</sup> RUEDA FERNÁNDEZ, Silvia Consuelo. Garantías del Proceso Civil en un Estado Constitucional de Derecho. Editorial Idemsa. Lima: 2015. P. 367

<sup>3</sup> EGUIGUREN PRAELI. Francisco. Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. En: Ius et Veritas. Año 8 N° 15. Lima. P. 63

*norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales”<sup>4</sup>*

Si bien lo dicho por el TC puede resultar útil en ciertos contextos, debo señalar que su concepción termina siendo restringida e insuficiente para contemplar el ancho campo en el que es necesario aplicar el derecho a la igualdad. Ante esto han surgido desarrollos doctrinales interesantes con una visión más amplia. El Dr. Enrique Varsi, por ejemplo, habla de la igualdad como *“equiparidad, semejanza, similitud, equidad entre las personas sin beneficiar ni perjudicar unas a otras”<sup>5</sup>*, lo que da un campo mucho más amplio que lo señalado por el TC que centra su atención a la igualdad solo en relación con la aplicación de una norma ya existente, mas no habla de la necesidad de considerar la igualdad en los términos de Varsi en momentos previos, como sería el momento de creación de un ordenamiento jurídico. Varsi continúa señalando: *“(…) la igualdad no solo se refleja en el igual uso de la ley, sino también en la creación de un derecho unísono para todos. Tratamiento diferenciado solo puede existir en la ocurrencia de una base racional para justificarla. A falta de razones válidas, o si ello fuera insuficiente, se debe entender que en virtud de la igualdad debe aplicarse el mismo régimen jurídico en todas las situaciones”<sup>6</sup>*. De esta manera, Varsi coincide con la observación que planteo a la visión del TC ante lo que implica el derecho a la igualdad.

Debido a esta necesidad de amplitud en el contenido de lo que se entiende por igualdad, algunos autores han creado una serie de ideas del contenido del derecho a la igualdad.

En el ámbito de la igualdad como derecho subjetivo se debe tomar en cuenta sus diversos componentes<sup>7</sup>:

1.- La igualdad ante la ley: Este componente se relaciona a lo que luego señalaremos como igualdad formal pues se refiere a la parte normativa en su sentido más estricto.

1.1.- Igualdad en la ley: constituye un límite a la actuación del legislador pues impide la creación de normas arbitrarias o discriminatorias. Esto significa que la norma no puede establecer diferencias injustas, arbitrarias o irrazonables.

---

<sup>4</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 02835-2010-PA/TC, párr. 39

<sup>5</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Marianna CHAVES. Legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú. p. 31

<sup>6</sup> Idem

<sup>7</sup> MOSQUERA MONELOS, Susana. El derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de religión. En: El Derecho Fundamental a la Igualdad. Editorial Palestra. Lima. 2006. Pp. 11 - 57

1.2.- Igualdad en la aplicación de la ley: se refiere a obligación dirigida a los órganos e instituciones públicas que prohíbe la arbitrariedad el momento de aplicar una norma a casos similares

## 2.- Igualdad formal e igualdad material

2.1.- Igualdad formal: como mencionaba antes, se relaciona a la norma y al derecho de toda persona a que la ley los trate y se les aplique por igual<sup>8</sup>. Viene ligado a la literalidad de la norma y cómo es aplicada a los casos específicos.

2.2.- Igualdad material: se refiere a la obligación de la norma para que esta tienda a crear igualdad de oportunidades y condiciones en la realidad, más allá de la mera aplicación en estricto de su postulado a un caso.

Debido a esto se señala que: *“ya no es suficiente que el legislador, el intérprete o el juez hagan leyes y sentencias ajustadas al contenido formal del derecho a la igualdad, porque existe una diferenciación que las normas y las sentencias no pueden obviar, no pueden eliminar. La diferencia en las condiciones de partida, - condiciones sociales, económicas, personales, raciales o de género- determina que, aun cuando la norma ha respetado pulcramente el concepto de igualdad ante la ley el resultado logrado sea discriminatorio.”*<sup>9</sup>

3.- Igualdad de trato y no discriminación: referente al derecho subjetivo a recibir un trato igual para evitar privilegios y arbitrariedades. Esto no significa que no se pueda dar un trato distinto en ciertas ocasiones o bajo supuestos específicos pues se considera que es válido realizar un trato distinto legítimo cuando la circunstancias lo ameriten sin que eso pueda considerarse discriminatorio.

Sobre este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado ciertas pautas en sus decisiones que pueden resultar de utilidad para distinguir entre un trato diferenciado y un trato desigual o discriminatorio:

- Primero, se debe tener claro que no está proscrito realizar distinciones o diferenciaciones en el trato de ciertos temas o dirigidos a grupos específicos per se.

---

<sup>8</sup> EGUIGUREN, Francisco. óp. cit. p. 65

<sup>9</sup> MOSQUERA, Susana. óp. cit. p. 32

- Se debe resaltar que una distinción resultará discriminatoria cuando carezca de justificación objetiva y razonable, tomando en cuenta la finalidad y efectos de la medida.
- La finalidad debe resultar legítima y respetar el sentido de proporcionalidad entre los medios usados y el fin que se persigue.
- El trato distinto debe darse como consecuencia de una diferencia objetiva en las situaciones de hecho que expliquen una consecuencia distinta en las medidas adoptadas.
- El trato diferenciado hace que una medida sea admisible cuando se trata de categoría de personas o grupos que sufren limitaciones en sus derechos y que, en consecuencia, se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.<sup>10</sup>

De esta manera, se puede resumir estas pautas en cuatro lineamientos:

1. El trato diferenciado debe llevarse a cabo entre personas que se encuentran en una situación distinta.
2. El trato diferenciado debe sustentarse en un objetivo concreto (principio de razonabilidad)
3. El trato diferenciado debe guardar relación con el objetivo que se desea alcanzar (principio de racionalidad)
4. El trato diferenciado debe aplicarse o llevarse a cabo en forma proporcional al objetivo que se desea alcanzar (principio de proporcionalidad)<sup>11</sup>

Con respecto a este tema resulta importante señalar que la doctrina ha analizado la normativa sobre esto rescatando los motivos prohibidos o categorías sospechosas en lo que refiere a igualdad y no discriminación.

Se entiende por “categorías sospechosas”: *“aquellos grupos de personas que, desde una perspectiva histórico-estructural, se encuentran en una situación de desventaja en relación con el resto de la población. Las consecuencias jurídicas de este reconocimiento resultan evidentes: el Estado, como principal -aunque no único- garante de los derechos fundamentales debe adoptar todas las disposiciones de carácter legal que resulten indispensables para derribar estas barreras de desigualdad.”*<sup>12</sup>

<sup>10</sup> EGUIGUREN, Francisco. óp. cit. p. 66

<sup>11</sup> HUERTA, Luis. El derecho a la igualdad: Su desarrollo en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. En: El Derecho Fundamental a la Igualdad. Editorial Palestra. Lima. 2006. Pp 76-77.

<sup>12</sup> PAZO PINEDA, Oscar. Las uniones civiles entre parejas del mismo sexo: un análisis desde el principio de igualdad. p.6

En este sentido, la Constitución vigente señala:

*Artículo 2: Toda persona tiene derecho:*

*2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o **de cualquiera otra índole.***

Como se puede observar, no se especifica el motivo de “orientación sexual” que sería relevante para el tema en cuestión. La doctrina ha planteado diversas formas de salvar este problema de literalidad. Algunos, como el Dr. Varsi, considera que la causal derivada de la orientación sexual podría ser vista dentro de la causal de no discriminación por sexo. Otros autores prefieren seguir lo dicho por el DIDH que señala que el motivo de orientación sexual y el de identidad de género estarían cubiertos por la forma de fraseo que también tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) cuando señala que:

*Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos*

*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 esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o **de cualquier otra índole**, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social.***

Esta interpretación se basa en lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso Atala Riffo e hijas v. Chile cuando señala que: “*la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está prohibido por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de una persona*”<sup>13</sup>

De esta forma se demuestra que la orientación sexual de las personas, en este caso del grupo LGTBIQ, es una categoría protegida por lo que le resulta aplicable la obligación de igualdad emanada de los instrumentos internacionales y de las normas constitucionales peruanas. Como complemento a esta idea es importante señalar algo más sobre su contenido de acuerdo a la evolución del mismo. Sobre esto la doctrina ha

---

<sup>13</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo e Hijas vs Chile (2012) párr. 79

aportado el desarrollo histórico como un parámetro de análisis que vale la pena rescatar pues se relaciona con el tema en cuestión.

Se señala:

*“Así, como en un primer momento de desarrollo histórico se consideró a la igualdad formal “igualdad ante la ley”, la etapa siguiente trató a la igualdad como “igualdad de oportunidades” y, por ende, introduce las acciones afirmativas y la consideración de las posibilidades de acceso; en la actualidad las exigencias de una sociedad democrática -respeto, pluralidad y diversidad, en términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- demandan evaluar a la igualdad como equivalente a “igualdad en la diversidad”; ello obliga a ajustar los test de constitucionalidad sobre el derecho a la igualdad a la consideración de la diversidad (étnica, social, sexual, cultural, etc.) como integradora y plataforma de análisis al evaluar si una conducta privada o estatal resulta lesiva de este derecho”<sup>14</sup>*

Como señalaba anteriormente, el grupo LGTBIQ es considerado uno de los más vulnerables debido a la gran cantidad de aspectos de la vida en los que son discriminados. Los problemas de legislación que les de la protección suficiente y la garantía del ejercicio libre de sus derechos en igualdad son comunes en países como el Perú, que no posee normatividad específica sobre este grupo ni políticas públicas por parte del Estado que den un marco de protección.

Debido a todo esto considero necesario enfocar el derecho a la igualdad y no discriminación para el caso específico de este grupo vulnerable. Como mencionaba antes, existen categorías sospechosas o motivos prohibidos en los que la distinción se trata, usualmente, de discriminación. El grupo LGTBIQ ha sido históricamente vulnerable y se encuentra en una posición estructuralmente desventajosa<sup>15</sup> por lo que

---

<sup>14</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. Unión civil, matrimonio igualitario e identidad de género: la obligación de reconocimiento y tutela de la diversidad sexual en el Derecho peruano. En: Foro Jurídico N° 14 Año 2015. p. 111

<sup>15</sup> Sobre esto se manifiesta la *Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género (A/63/635*. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/orientacion\\_sexual\\_Declaracion\\_UNU.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_UNU.pdf)):

“(…) Estamos profundamente preocupados por las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género. 5. Estamos, asimismo, alarmados por la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, y porque estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquellos sometidos a tales abusos. 6. Condenamos las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género dondequiera que tengan lugar, en particular el uso de la pena de muerte sobre esta base, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles,

considero oportuna la interpretación señalada en el apartado anterior sobre su inclusión como grupo vulnerable dentro del fraseo abierto y no taxativo que señala que las diferencias “de cualquier otra índole” o “cualquier otra condición social” no pueden generar discriminación, fraseo que se encuentra de la misma forma en la CADH y en la Constitución peruana vigente, así como en una serie de instrumentos normativos internacionales en la materia que han marcado una clara tendencia en ese sentido.

Entonces, debido a eso, considero que la orientación sexual y la identidad de género se encuentran protegidas dentro de lo que se ha denominado en el derecho a la igualdad como “categoría sospechosa” y que se ve plasmada en el fraseo antes mencionado que, al no ser taxativo, pretende precisamente ampliar la posibilidad del campo de protección del derecho a la igualdad a supuestos que no siempre pueden ser taxativamente previstos en una norma general y abstracta como un mandato de no discriminación pero que, en espíritu y contenido, deben ser ampliados al máximo posible para evitar que casuales que surjan con el devenir social se vean excluidas de protección.

Esto es respaldado por la Corte Interamericana cuando señala:

*“Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, **no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo**. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo”<sup>16</sup>*

Cabe resaltar que existen algunos otros instrumentos normativos recientes en los que si se hace referencia de manera expresa a esta categoría, aunque no están aún vigentes. Un ejemplo de esto es la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia<sup>17</sup> del 2013 que señala en su artículo 1:

---

inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud (...)”

<sup>16</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile (2012) párr. 85

<sup>17</sup> Dicha Convención ha sido firmada por Perú recientemente pero no ha sido ratificada y no se encuentra actualmente vigente por no haber completado el número necesario de ratificaciones.

*“ (...) a discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, **orientación sexual, identidad y expresión de género**, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.”<sup>18</sup>*

Si bien esta Convención no se encuentra aún vigente, se puede ver como la tendencia del DIDH nos lleva a considerar la orientación sexual y la identidad de género como causa importante por lo que su expresa literalidad sería un avance significativo en el progreso de la protección y garantía de los derechos de este grupo. Para tener mayor claridad en el ámbito normativo y las obligaciones del Estado peruano en este campo se procederá más adelante a realizar una revisión de dichas obligaciones y el fraseo en la normativa aplicable al Perú para evaluar esta evolución en la apertura de los supuestos prohibidos de discriminación, pero primero se pasará a analizar lo antes mencionado bajo el enfoque de género como herramienta valiosa para detectar dentro de la normativa este supuesto y su evolución.

## **1.2.- Enfoque de género aplicado al concepto de Orientación sexual e identidad de género como herramienta de análisis**

Para lograr un análisis real de la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género como causal específica se debe utilizar el enfoque de género como herramienta valiosa que permite ver desde otra perspectiva tanto a los hechos como a la normativa y detectar esta tendencia. Considero que sin esta perspectiva que ofrece el enfoque de género, sería casi imposible detectar este supuesto de discriminación en el inmenso mar normativo y casuístico.

En este sentido, procederé a dar una breve explicación del enfoque de género con miras a utilizarlo con esta finalidad y sin pretender agotar el tema que excede largamente los fines de este trabajo.

---

<sup>18</sup>Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A9\\_discriminacion\\_intolerancia.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A9_discriminacion_intolerancia.asp)

En primer lugar, se debe tener en cuenta que el enfoque de género no es solo una herramienta metodológica, es una perspectiva que nos da una forma de ver el mundo para comprender las concepciones que se tienen y las valoraciones que surgen entorno a los temas relacionados al sexo, el género, las identidades y la relación entre estos. Así señala Patricia Ruiz Bravo cuando dice que *“Conocer el mundo en que vivimos, tratar de comprenderlo y analizarlo exige un enfoque de género. Una mirada que no contempla este eje de desigualdad no puede dar cuenta cabal de la realidad. Está condenada a ser parcial y sesgada”*<sup>19</sup>.

Por esto considero fundamental utilizar esta herramienta para el tema en cuestión pues resulta en un mecanismo para visualizar lo que a simple vista puede resultar oculto tras estereotipos y concepciones sociales, culturales e históricas que perpetúan modelos discriminatorios y de subordinación. Debido a esto, vemos el enfoque de género desde todo lo que implica. Esto significa tres aspectos principales<sup>20</sup>: 1) Hacer consciente la situación de desigualdad existente, 2) Identificar las razones que causan esta desigualdad y 3) Proponer alternativas para enfrentarla y eliminarla.

Considerando estos tres aspectos del enfoque de género se puede analizar una situación de hecho o una norma y detectar si hay una diferenciación y si está se basa en causas validas o si se trata de una forma de discriminar por razones de género soterrada bajo otros supuestos o invisibilizada por la normalización de estereotipos y modos de violencia diversos.

Dentro de este enfoque de género existen 3 dimensiones que resultan importantes para entender la verdadera extensión de este enfoque al momento de analizar una situación. En primer lugar, se debe tener en cuenta el concepto mismo de “género”. Según Ruiz Bravo, ese concepto nace al momento en que sectores de la sociedad detectan que la subordinación existente (generalmente de la mujer, pero aplicable a las diversidades sexuales) no tiene verdaderos motivos biológicos, como se pensaba, sino que proviene de construcciones sociales, culturales e históricas que lo han fijado así y que se mantienen en la sociedad por el mismo uso y creencia que es la forma “normal” o “correcta” de ver el mundo y a las personas. A partir de esta idea se concibe la diferencia entre “sexo” y “género” y se entiende a este último como una construcción cultural y

---

<sup>19</sup> RUIZ BRAVO, Patricia. “Una aproximación al concepto de género” En: Igualdad de oportunidades y política. Editado por IDEA Internacional y Asociación Civil Transparencia. Lima. 2008. p.6  
Disponible en:  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/0C65F84D60C7A95F0525794900575749/\\$FILE/Igualdad\\_oportunidades.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/0C65F84D60C7A95F0525794900575749/$FILE/Igualdad_oportunidades.pdf)

<sup>20</sup> Ibídem.

social que varía dependiendo del contexto histórico y del entorno específico donde se dé.

Gracias a esto se puede comenzar a entender que existen roles asignados socialmente a cada género que han causado limitaciones en los derechos de muchas personas a lo largo del tiempo pues los roles son generalmente abiertos y permisivos con el género masculino y limitativos, cerrados y restringidos para lo femenino (lo femenino se veía restringido al rol reproductivo mientras el masculino al rol productivo). Esto generaba, a su vez, que estos roles llevaran a cada género a limitar su desarrollo a ciertos espacios (el rol reproductivo femenino se debía limitar al ámbito privado mientras el masculino de producción al ámbito público). De igual manera, estos roles traían consigo concepciones sobre las características o rasgos de la personalidad asemejando siempre la femineidad a la debilidad, la timidez, la bondad, la ingenuidad, etc., mientras lo masculino se veía relacionado a la fuerza, el coraje, la inteligencia, la habilidad, etc.

En este sentido, comprender un concepto de "género" permite ampliar la mirada para distinguir características biológicas de cargas sociales y culturales que se le imponen y que no le son inherentes. Se entiende, entonces, que *"un sistema sexo-género es el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen estas necesidades humanas transformadas"*.<sup>21</sup>

En concordancia con esto, Joan Scott señala que el género comprende 4 elementos que se interrelacionan al actuar en la realidad<sup>22</sup>: 1) símbolos culturalmente disponibles que se dan generalmente a través de representaciones (incluso contradictorias) de personajes emblemáticos (como ejemplo se podría tomar a María o Eva como modelos femeninos de características contradictorias), 2) conceptos normativos en las doctrinas (religiosas, legales, educativas, científicas, etc) que afirman un sentido único de interpretación y de significados de los términos, 3) un sistema institucional en el que el género se crea y se va construyendo y 4) la identidad subjetiva que muestra la forma en que cada persona interioriza esos mandatos y los hace propios.

De esta forma se tiene una idea más clara del concepto de género como dimensión relevante a tener en cuenta cuando se usa el enfoque de género como herramienta metodológica de análisis.

---

<sup>21</sup> Rubin, Gayle: "El tráfico de mujeres: notas sobre la 'economía política' del sexo". En Nueva antropología Nº30, México, 1986.

<sup>22</sup> Texto de Joan Scott referido en: RUIZ BRAVO, Patricia "Una aproximación al concepto de género"

En segundo lugar, y luego de comprender el concepto de género, se deben tener en consideración también las relaciones de género como otra dimensión del enfoque de género. Esta dimensión nos permite ver tanto las relaciones inter-género (entre diversos géneros) como las relaciones intra-género (entre personas del mismo género). Las relaciones de género se han visto marcadas por las notorias desigualdades (en especial, desigualdades de poder) que han llevado a relacionar lo femenino (o lo diverso a lo masculino) como subordinado y, por ende, subvalorado y alejado del poder. Sobre esto habla Joan Scott cuando señala que *"...el género es el campo primario dentro del cual o por medio del cual se articula el poder. No es el único, pero parece haber sido una forma persistente y recurrente de facilitar la significación de poder en las tradiciones occidental, judeocristiana e islámica."*<sup>23</sup>

Estas relaciones de género se ven inmersas dentro de lo que Ruiz Bravo denomina como la tercera dimensión del enfoque de género: los sistemas de género. Estos se refieren a un conjunto de pautas, valores, e incluso normas, usadas por una sociedad determinada para "modelar" la forma en que deben ser enmarcadas o consideradas la sexualidad y la procreación. El sistema social está definido por la forma en que interactúan y se dan las relaciones de género pues los sistemas de género interactúan con otros (económico, político, religioso, etc) y se retroalimentan por lo que este factor influencia todo el sistema social. Debido a esto es que la autora señala que existe una estrecha relación entre el sistema de organización social y el sistema de poder ya que los sistemas de género son instrumentos de clasificación social, jerarquización, dominación y poder.<sup>24</sup>

Se toman estas ideas para poder aplicar el enfoque de género como herramienta metodológica al momento de entender el supuesto de orientación sexual e identidad de género en el derecho a la igualdad y no discriminación. Con esta finalidad pasamos a dar el siguiente paso en este análisis que se refiere a entender que implica la orientación sexual y la identidad de género desde esta perspectiva de género aplicada.

Para poder comprender lo que implica la orientación sexual como elemento distintivo de debemos considerar cuales son los conceptos básicos a tener en cuenta entendiendo que la sexualidad es un rasgo de suma importancia en la existencia del ser humano, así como del desarrollo de su vida y su propia esencia.

---

<sup>23</sup> SCOTT, Joan: "El género, una categoría útil para el análisis histórico". En: Amelang y Nash: Historia y género. Madrid, 1990. P. 47

<sup>24</sup> RUIZ BRAVO, Patricia. Loc. Cit.

El ser humano es un ser complejo compuesto de múltiples aspectos, tanto físicos como espirituales, y que debe ser considerado como un ser racional y libre. Me refiero con esto a la libertad del ser humano de crearse a sí mismo, entendiendo que el ser humano no solo tiene libertad, sino que el ser humano ES libertad. Esta libertad se refiere a la capacidad de desarrollar una vida que se proyecta al futuro por lo que su existencia y su identidad también se despliegan en el tiempo. Este devenir en el tiempo permite que el ser humano se vuelva único e irrepetible y se defina a si mismo creando su identidad. Esta es la capacidad de autoconstruirse que posee el ser humano y que es consecuencia directa de su dignidad inherente y que fundamenta todos sus derechos. Esta creación propia toma toda la vida, es un proceso personal que logrará plasmar la particularidad del ser humano y que le permitirá realizar su proyecto de vida<sup>25</sup>.

Se ve entonces que el elemento principal en la identidad es la autoconstrucción y la idea de que todos estos elementos autoconstruidos van juntos de forma indisoluble, es un todo inseparable que da vida al individuo, lo hace un ser real en el mundo. Esto implica necesariamente que la identidad nace de uno y no se puede crear o imponer desde fuera del ser humano. En este sentido, forzar una identidad o no permitir esta autoconstrucción y su reconocimiento constituiría una grave violación a los derechos de la persona pues se trata de un daño grave a la misma esencia del ser humano.

Debido a todo esto, señalaré que la identidad es el conjunto de atributos y características que individualizan a una persona y la hacen distinta a las demás, siendo estos atributos o características decididos y creados libremente por el individuo como manifestación de su libertad y dignidad y que le permitirán sentirse él mismo y hacer que las personas del exterior lo vean de la forma que quiere ser visto.

Es cierto que el sexo de una persona es un elemento importante en la construcción de la identidad, considerando que la identidad es única pero compuesta de muchos elementos que se conjugan entre ellos. En ese sentido es importante señalar que el sexo como elemento no es unitario, sino que está compuesto a su vez de una serie de sub elementos que pueden variar y ser modificados en casi todos los casos. Debido a esto, el sexo y la identidad sexual deben ser entendidos como un fenómeno complejo y de múltiples variantes y alternativas. Se pueden tomar en cuenta los aspectos científicos o biológicos, los psicológicos y los jurídicos.

En el aspecto científico, se pueden ver los siguientes sub-elementos<sup>26</sup> :

---

<sup>25</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. El derecho como libertad. 2ª ed. Lima: Universidad de Lima. 1994, p.73.

<sup>26</sup> CASAS, Mariana. *El derecho personalísimo a la identidad sexual*. En: Persona, Derecho y Libertad. p. 190

- a) El dato cromosómico: referente al patrimonio celular heredado en el instante de la concepción. Son 23 pares de cromosomas, 22 de los cuales son comunes en ambos sexos.
- b) Los caracteres sexuales gonádicos: condicionados por lo cromosomático, representado por los órganos distintivos que secretan hormonas: ovarios y testículos
- c) Los caracteres hormonales: referentes a las hormonas masculinas y femeninas (testosterona, estrógeno, progesterona)
- d) Los elementos genitales: representados por los caracteres externos que permiten una primera definición a efectos registrales
- e) Los elementos anatómicos o caracteres sexuales secundarios

A estos aspectos científicos añadimos entonces el aspecto psicológico conocido como “identidad sexual” que, a su vez, posee también subelementos.

La identidad sexual:

*“constituye un importante aspecto de la identidad personal, en la medida que la sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto, encontrándose en estrecha conexión con una pluralidad de derechos, como los atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, la integridad psicosomática y la disposición del propio cuerpo (...) se entiende como la parte de la identidad total de las personas que posibilita el reconocerse, aceptarse y actuar como seres sexuados y sexuales”.*<sup>27</sup>

Entendiendo esto se puede entonces especificar los sub-elementos de la identidad sexual<sup>28</sup>:

- a) Identidad de género: convicción íntima y profunda que tiene cada persona de pertenecer a uno u otro sexo, más allá de sus características cromosómicas y somáticas.
- b) Rol de género: expresión de masculinidad o feminidad de un individuo acorde con las reglas establecidas por la sociedad.
- c) Orientación sexual: preferencias sexuales en la elección del vínculo sexo-erótico.

<sup>27</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. *Derecho a la identidad* En: Persona, Derecho y Libertad. 1° ed. Lima. 2009, p 175-176

<sup>28</sup> *Ibìdem*.

Muchas veces estos aspectos se mezclan y se confunden al tratar de definir la identidad sexual de una persona. Esto se da debido a que existen ciertos patrones de pensamiento en donde la sexualidad se puede definir solo en blancos y negros sin prestar interés o validez a la existencia de todos los tonos de grises de la realidad. Esto se ve reflejado en el sexo en su aspecto jurídico debido a que no todas las legislaciones nacionales rescatan esta diversidad.

Luego de haber visto el tema de la identidad sexual<sup>29</sup>, considero oportuno hacer una referencia a algunos de los grupos incluidos en lo que entendemos como sexualidades diversas o no heterosexuales. Debo comenzar por explicar que en este trabajo y con fines metodológicos se puede utilizar la terminología LGTBIQ como forma de denominación para algunos temas, pero no será un uso taxativo de las iniciales pues con este grupo se quiere representar a toda persona no heterosexual tratando de presentarlo de la forma más amplia posible con la finalidad de no dejar a ningún grupo o persona fuera del ámbito del tema ya que el derecho a la igualdad y no discriminación amerita la concepción más amplia posible en estos casos.

A fin de ejemplificar considero relevante señalar lo que representan estas siglas<sup>30</sup>:

- Lesbianas: Se refiere a mujeres que se sienten atraídas emocional, sexual y románticamente a otras mujeres.
  - Gays: Referente a hombres que se sienten atraídos emocional, sexual y románticamente a otros hombres.
  - Trans: Cuando la identidad de género de la persona no corresponde con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas.
- Por lo tanto, se considera que está *“caracterizado por el hecho de que una persona que, desde el punto de vista genotípico y fenotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, tiene consciencia de ser del sexo opuesto o de vivir de*

---

<sup>29</sup> Para más información, consultar: Guía de diversidad sexual (Ministerio de Salud- Argentina). Disponible en: [http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000322cnt-2016-07\\_guia-diversidad-sexual-2016.pdf](http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000322cnt-2016-07_guia-diversidad-sexual-2016.pdf)

<sup>30</sup> Información obtenida de la Guía de Conceptos Básicos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

*la manera que lo hacen los sujetos del sexo contrario, no obstante ser una persona normal desde una perspectiva genética y morfológica. Ella, sin embargo, está poseída de una aspiración a modificar quirúrgicamente su propio sexo somático para el efecto de obtener el reconocimiento jurídico de tal transformación<sup>31</sup>”*

- Bisexuales: Personas que se sienten emocional, sexual y románticamente atraídas a hombres y mujeres.
- Intersex: Todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual del individuo no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino.
- Queer: “Género queer” es un término general para las personas cuya identidad de género no está incluida o trasciende el binario hombre y mujer

Conociendo cuales son las características de la identidad se puede llegar a comprender mejor cuáles son los rasgos que diferencian a este grupo en particular y cuál es la relación estrecha que existe entre estos rasgos y la esencia misma de una persona.

La identidad de género y la orientación sexual son aspectos de unión indisoluble con el ser mismo de una persona, de sus sueños, sus planes, sus deseos, se esencia y su propia identidad. Es debido a esto que considero que son aspectos que ameritan y necesitan encontrarse amparados bajo el derecho a la igualdad y no discriminación pues, usar estas características como motivo para dar un trato diferente irrazonable o lesivo, constituiría una afectación tan grave que dañaría la dignidad de la persona en su nivel más íntimo y profundo.

En esa línea, y luego de entender el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género bajo la perspectiva del enfoque de género corresponde analizar su desarrollo jurídico y la evolución de este supuesto en las obligaciones jurídicas del Estado peruano para entender su ámbito de protección, respeto y garantía.

---

<sup>31</sup> PATTI, Salvatore y Michael Will. Mutamento di sesso e tutela della persona (1986) . Traducción de: CASAS, Mariana. p. 189

### **1.3.- Las obligaciones jurídicas del Estado peruano con respecto al derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género en el marco del DIDH**

El Estado peruano tiene una serie de obligaciones con respecto al derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación que provienen, de un lado, de sus normas nacionales como su Constitución y, de otro lado, de las obligaciones internacionales que ha decidido soberanamente asumir. Utilizando el enfoque de género como herramienta de análisis, pasamos a revisar las obligaciones jurídicas del Estado en esta materia.

#### **1.3.1.- El derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género en las obligaciones del Estado peruano de origen Internacional<sup>32</sup>**

El Estado peruano posee una serie de obligaciones a nivel internacional que, al tomar la decisión soberana de acoger, se vuelven parte de su sistema normativo y le genera una serie de derechos y obligaciones con sus ciudadanos y con la Comunidad Internacional en general, así como con los organismos internacionales que vigilan el cumplimiento de dichos instrumentos normativos.

Estas obligaciones internacionales tienen, en el caso peruano, dos principales fuentes. En primer lugar, el Sistema Universal de Derechos Humanos que se desarrolla en el marco de las actividades de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y, en segundo lugar, las provenientes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Se debe tener en cuenta que esta serie de instrumentos normativos ratificados por el Estado peruano, según la Constitución vigente, son parte de la normativa nacional a nivel constitucional por tratarse de temas de derechos humanos<sup>33</sup> por lo que su

---

<sup>32</sup> Lista de instrumentos normativos internacionales de los que el Perú es parte obtenidos de: Ministerio de Justicia- “Compendio de Derechos Humanos: tratados internacionales de los que el Perú es Parte” <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/09/DGDOJ-Compendio-Derechos-Humanos.pdf>

<sup>33</sup> El Tribunal Constitucional ha determinado que “los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (artículo 55º de la Constitución), sino que la Cuarta Disposición Final (...) exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la

obligatoriedad no viene únicamente del compromiso internacional voluntariamente asumido por el Estado, sino también por la incorporación de estas normas al sistema jurídico nacional en el más alto rango.

**a) Sistema Universal de Derechos Humanos y el derecho a la igualdad. -**

Comprende todos los instrumentos normativos gestados dentro del ámbito de la ONU y los organismos derivados de esta y que obligan a los Estados miembros que se hagan parte en estos. En este caso me centro en los instrumentos ratificados por Perú y, por ende, aplicables y exigibles al Estado peruano en materia de DIDH.

Instrumento normativo internacional	Contenido referente al derecho a la igualdad y no discriminación	Observaciones y Comentarios de la autora
Carta de las Naciones Unidas (1945)	<p>“Artículo 1: Los propósitos de las Naciones Unidas son:            (...) Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y <b>estímulo del respeto a los derechos humanos</b> y a las libertades fundamentales de todos, <b>sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (...)</b>”</p>	<p>La Carta ONU se muestra como un primer antecedente del derecho a la igualdad y no discriminación, aunque no se hace mayor desarrollo pues no es esencialmente un instrumento de DIDH. Para eso luego se da la DUDH que desarrolla un listado más detallado de derechos.</p>
Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)	<p>“Artículo 1            Todos los seres humanos nacen libres e <b>iguales en dignidad y derechos</b> y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.            Artículo 2            Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, <b>sin distinción</b> alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política <b>o de cualquier otra índole</b>, origen nacional o social, posición económica, nacimiento <b>o cualquier otra condición.</b> (...)”            Artículo 7  <b>Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.</b> Todos tienen derecho a igual <b>protección contra toda discriminación</b> que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”</p>	<p>Como se puede ver, la DUDH desarrolla en extenso lo que la Carta ONU señala de modo incipiente. En el artículo 2 se menciona la fórmula reconocida anteriormente (“o de cualquier otra condición”) que según el devenir normativo y jurisprudencial se ha considerado como la puerta de ingreso de la orientación sexual a las categorías sospechosas o prohibidas.</p>
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	<p>“Artículo 2            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, religión, opinión política <b>o de otra índole</b>, origen</p>	<p>El PIDCP tiene un órgano denominado Comité de Derechos Humanos que se encarga de supervisar el cumplimiento de las obligaciones asumida por parte de los Estados y, en este caso específico, posee la facultad de</p>

dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder” (STC- EXP. N.º 02730-2003-PA/TC. Sentencia del 12 de abril de 2004. Fundamento jurídico 9)

	<p>nacional o social, posición económica, nacimiento <b>o cualquier otra condición social</b>.</p> <p>2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter (...)</p> <p>Artículo 3</p> <p>Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres <b>la igualdad en el goce de todos los derechos civiles</b> y políticos enunciados en el presente Pacto.</p> <p>Artículo 26</p> <p><b>Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.</b> 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 <b>o de cualquier índole</b>, origen nacional o social, posición económica, nacimiento <b>o cualquier otra condición social.</b>”</p>	<p>recibir casos individuales (denuncias) para determinar si se violó el Pacto por parte de un Estado. Si bien estas soluciones (Dictámenes) no tienen la misma vinculatoriedad de una sentencia si deben ser tomados en cuenta por los Estados en cuestión pues son ellos los que ha asumido libremente la obligación de someterse a estos.</p> <p>Este Comité resolvió el primer caso sobre discriminación por orientación sexual en el ámbito de la ONU: caso Toonen vs. Australia (1994). En este primer caso cuando se habla de orientación sexual se incluye como subcategoría dentro de la categoría sexo. Tendencia que va evolucionando. Luego se han visto algunos otros casos sobre el tema como son: caso Young vs. Australia (2003) y caso X vs. Colombia (2007).</p>
<p>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)</p>	<p>“Artículo 2</p> <p>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, religión, opinión política <b>o de otra índole</b>, origen nacional o social, posición económica, nacimiento <b>o cualquier otra condición social</b>.</p> <p>2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter (...)</p> <p>Artículo 3</p> <p>Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres <b>la igualdad en el goce de todos los derechos civiles</b> y políticos enunciados en el presente Pacto.</p>	<p>El PIDESC tiene un órgano que supervisa el cumplimiento de lo que se señala en el Pacto, este Comité tiene la posibilidad de emitir Observaciones Generales (OG) que sirven de ayuda para la interpretación adecuada de las obligaciones de los Estados y que deben ser tomadas en cuenta por estos debido al compromiso que han asumido al suscribir el instrumento normativo. El Comité DESC ha emitido la OG n° 20 que habla sobre la discriminación y menciona el tema de orientación sexual como causal prohibida de discriminación contenida dentro de la fórmula abierta manifestada en las expresiones: “de otra índole” o “cualquier otra condición social”</p>

*Elaboración propia*

Dentro del sistema universal se puede encontrar esta serie de instrumentos normativos que, a su vez, han dado paso a la creación posterior de instrumentos que, aunque sin carácter directamente normativo y vinculante, van de la mano con el espíritu de los instrumentos mencionados y deberían ser tenidos en cuenta al momento de interpretar y ejecutar las obligaciones asumidas por los Estados.

Podemos rescatar en este ámbito los siguientes:

- Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género” (A/HRC/C/29/23, 4 de mayo de 2015)
- Declaración sobre orientación sexual e identidad de género (A/63/635 – 2008)
- Resolución 17/19 del Consejo de Derechos Humanos: “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (2011)
- Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity (2011)
- Observación General N°20 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales: “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales” (2009)
- Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos: “No discriminación” (1989)

**b.- Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho a la igualdad. -**

El Perú como Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha suscrito una serie de instrumentos normativos internacionales dentro del ámbito interamericano en materia de Derechos Humanos (o relacionados al tema) como vemos a continuación:

Instrumento normativo internacional	Contenido referente al derecho a la igualdad y no discriminación	Observaciones y Comentarios de la autora
Carta de la OEA (1948)	Artículo 3º Los Estados americanos reafirman los siguientes principios: 1) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana <b>sin hacer distinción</b> de raza, nacionalidad, credo o sexo.	Si bien no es propiamente un instrumento normativo de derechos humanos tiene un contenido que se relaciona a este ámbito al generar un marco dentro de la relación entre Estados que contempla este tema como un eje y al crear dentro de su espacio de actuación entes como la Comisión Interamericana y la Corte que se centran en el tema de los derechos humanos. Además de esto, menciona expresamente la obligación de no discriminación como un principio para los Estados.
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)	Artículo II. <b>Todas las personas son iguales</b> ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo <b>ni otra alguna.</b>	Como ya se ha mencionado, la fórmula no taxativa al señalar los supuestos prohibidos en el tema de discriminación es también usada en el ámbito interamericano, al igual que en el universal, reforzando la idea de una intención abierta y más flexible en el ámbito de protección

		del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación.
Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)	<p>Artículo 1º. Obligación de Respetar los Derechos</p> <p>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 esté sujeta a su jurisdicción, <b>sin discriminación alguna</b> por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas <b>o de cualquier otra índole</b>, origen nacional o social, posición económica, nacimiento <b>o cualquier otra condición social</b>.</p> <p>Artículo 24º. Igualdad ante la Ley</p> <p><b>Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley</b></p>	La CADH es uno de los instrumentos normativos internacionales aplicables al Perú con mayor relevancia. Como se puede ver, repiten la fórmula abierta que señalaba generando así una obligación jurídica al Estado peruano que resulta ineludible. Esta Convención es el instrumento considerado para poder acudir como individuo a la Comisión Interamericana y, posteriormente si se considera necesario, a la Corte IDH. La violación de sus disposiciones comprobada ante la Corte por parte de un Estado amerita no solo la declaración de la violación y la responsabilidad del Estado sino también habilita a la imposición de reparaciones a las víctimas y demás medidas obligatorias para el Estado.
Protocolo de San Salvador (1988)	<p>Artículo 3º</p> <p>Obligación de no discriminación</p> <p>Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas <b>o de cualquier otra índole</b>, origen nacional o social, posición económica, nacimiento <b>o cualquier otra condición social</b>.</p>	El Perú también se obligó con el Pacto de San Salvador referente a los DESC pero que en su parte inicial también consagra el derecho a la igualdad y no discriminación como eje fundamental para el cumplimiento de otros derechos y señala también la fórmula abierta antes mencionada.
Carta Democrática Interamericana (2001)	<p>Artículo 9º</p> <p>La <b>eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género</b>, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.</p>	Si bien es cierto que no es directamente un instrumento de derechos humanos consideramos relevante rescatar este artículo pues brinda una visión más amplia en la que la igualdad y la prohibición de discriminación, especialmente la de género, se consideran fundamentales para el fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana, vistos como fines deseables y legítimos para los Estados.

*Elaboración propia*

Así como se ha visto en el caso del Sistema Universal, en el Sistema Interamericano también se han generado una serie de documentos e instrumentos de diversos tipos relacionados al tema e inspirados en la normativa señalada en materia de igualdad y no discriminación y, en especial, en lo referente a la igualdad y no discriminación por orientación sexual.

En este sentido, podemos considerar los siguientes:

-Resolución de la Asamblea General OEA: AG/Res 2435 (junio 2008) “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (y sus consecutivas: AG/Res 2504 del 2009, AG/Res 2600 del 2010, AG/Res 2653 del 2011, AG/Res 2721 del 2012, AG/Res 2807 del 2013 y AG/Res 2863 del 2014)

- Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes” (abril 2012)

En ese sentido, también se ha creado la “Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia” que aún no se encuentra vigente por no contar con el número de ratificaciones necesarias.

De igual manera, los órganos de la OEA encargados de atender casos individuales de violaciones a la CADH se han pronunciado sobre el tema de igualdad y no discriminación por orientación sexual aplicando la Convención y los estándares del DIDH en esta materia. Estas decisiones son relevantes pues establecen estándares que deben ser aplicados y tomados en cuenta por todos los Estados partes de la CADH, incluyendo el Perú.

Como ejemplo existen los siguientes pronunciamientos de la Comisión Interamericana:

Pronunciamiento	Caso	Contenido relevante
Informe N° 71/99. Admisibilidad, petición 11.656 (4 mayo 1999)	Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia	El caso se refiere a la negativa de las autoridades penitenciarias colombianas de autorizar las visitas íntimas de la recurrente debido a su orientación sexual argumentando que causaría indisciplina dentro del centro penitenciario alegando la poca aceptación cultural de las prácticas homosexuales en este contexto. El Estado modificó su normativa y recurrió a una Solución Amistosa.
Informe N° 71/99. Solución amistosa, petición 81.09 (6 agosto 2009)	X e Y vs. Chile	El caso trata sobre una pareja de mujeres a las que se les hostigó en su centro de labores (en el ámbito público) exigiendo información de su vida privada y relación de pareja. Al negarse a dar la información sufrieron allanamiento de morada y pena restrictiva de libertad. El Estado recurrió a una Solución amistosa.
Informe N° 81/13. Fondo, petición 2723.02 (4 noviembre 2013)	Homero Flor Freire vs. Ecuador	Se trata de un Oficial de Policía Militar de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana que fue dado de baja tras ser sancionado y procesado por conductas homosexuales consideradas deshonorosas y contrarias a los reglamentos de la institución. El caso pasó a la Corte pues no se logró una Solución Amistosa.

*Elaboración propia*

Como se puede ver, son casos que han llegado a la Comisión debido a la violación de derechos consagrados en la CADH, en especial el derecho a la igualdad y no discriminación. Los casos mencionados son referentes al tema de la orientación sexual en particular como causal de discriminación y han ameritado pronunciamientos muy interesantes de la Comisión en los que se aplica la concepción antes mencionada de la orientación sexual como causal prohibida de trato discriminatorio contenida en las expresiones abiertas de la CADH.

Otro órgano importante es la Corte Interamericana que ya ha emitido pronunciamientos sobre temas relacionados a la orientación sexual y la comunidad LGTBIQ. Cabe recordar que la Corte IDH posee dos competencias, una contenciosa para resolver casos individuales mediante sentencias vinculantes y de obligatorio cumplimiento para los Estados que le han dado voluntariamente esa competencia, y una competencia consultiva para realizar aclaraciones o interpretaciones de la CADH y las obligaciones que desprenden esta Convención.

Sobre la Corte IDH en su rol consultivo están los siguientes:

Pronunciamiento	Contenido Relevante
Opinión Consultiva 04/1984 <sup>34</sup> . Solicitada por Costa Rica	Basándose en las modificaciones constitucionales que deseaba realizar Costa Rica, desarrolla el derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, y señala lo siguiente:  <i>“(...) El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos <b>“sin discriminación alguna”</b>. Es decir, <b>cualquiera sea el origen o la forma que asuma</b>, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma (...)”</i>
Opinión Consultiva 18/2003 <sup>35</sup> . Solicitada por México	Desarrolla el contenido de las obligaciones en la CADH sobre la igualdad y no discriminación, y señala que el principio de igualdad y no discriminación pertenece a la categoría de jus cogens <sup>36</sup> por lo que se constituye en base fundamental del sistema jurídico y resulta obligatorio erga omnes, además especifica el motivo de género como un supuesto prohibido de manera expresa (dejando

<sup>34</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Opinión Consultiva 04/84 “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada a la naturalización”. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf)

<sup>35</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Opinión Consultiva 18/03 “Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados”. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>

<sup>36</sup> Entendemos por jus cogens a las normas de Derecho Internacional general (universalidad) que resultan imperativas para todos (inderogables, irrenunciables e inviolables) por su especial objeto de protección y que son expresión de los intereses superiores de la Comunidad Internacional. (Noción construida en base al texto de: ZELADA, Carlos. “Ius Cogens y Derechos Humanos: Luces y sombra para una adecuada delimitación de conceptos”. En: Agenda Internacional. Editorial PUCP. 2002. Pp. 129-156)

	<p>también vigente la fórmula “de cualquier otra índole o condición social” como una posibilidad abierta y flexible):</p> <p><i>“(...) este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens (...)”</i></p> <p>Además, señala:</p> <p><i>“(...) En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.”</i></p>
<p>Opinión Consultiva solicitada por Costa Rica<sup>37</sup> (aún no ha sido resuelta)</p>	<p>Esta OC aún no ha sido resuelta pues recién ha sido presentada en mayo del 2016 pero su contenido será sumamente relevante para la materia en análisis pues el Estado consulta sobre temas de orientación sexual e identidad de género en relación con la obligación de no discriminación de la CADH. En específico, Costa Rica consulta sobre:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) El reconocimiento al cambio de nombre de las personas de acuerdo con su identidad de género.</li> <li>b) La protección y reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo y la pertinencia de una figura jurídica sobre el tema.</li> </ol> <p>Esperemos que la Corte siga con la línea que ha iniciado con sus casos contenciosos y responda de forma favorable al derecho a la igualdad y los lineamientos del DIDH.</p>

*Elaboración propia*

Con respecto a la competencia contenciosa de la Corte existen casos relacionados al tema de la orientación sexual como causal de discriminación. Si bien, como mencionaba, no son casos directamente contra el Estado peruano, deben ser tomadas en cuenta como interpretación autorizada de las obligaciones contenidas en la CADH, así como criterios jurisprudenciales que podrían ser de aplicación como Estado si

<sup>37</sup> Sobre el documento emitido por el Estado y los puntos en consulta, ver: <http://gobierno.cr/costa-rica-solicita-opinion-consultiva-a-cidh-en-temas-de-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero/>

caemos en los supuestos que ya se han establecidos como prohibidos y violatorios del derecho a la igualdad en este aspecto<sup>38</sup>.

Caso	Contenido Relevante
<p>Caso Karen Atala Riffo e hijas vs Chile (24 febrero 2012)</p>	<p>En este caso, una jueza chilena sufre de discriminación por su orientación sexual luego de divorciarse de su esposo durante el proceso referente a la tenencia de sus hijas menores de edad pues el sistema judicial chileno no le dio la custodia de sus hijas debido a su orientación sexual y su decisión de vivir con su pareja del mismo sexo. En este caso, la Corte señala que:</p> <p><i>“(...) La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana”</i></p> <p>De igual manera, señala:</p> <p><i>“(...) la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”</i></p> <p>Concluye que:</p> <p><i>“Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.”</i></p> <p>Como se puede ver, la Corte Interamericana ha incluido la orientación sexual y la identidad de género dentro de la frase “o de cualquier condición social” y, aunque coincido con el espíritu de flexibilidad, amplitud y no taxatividad de los supuestos mencionados en la CADH, debo señalar que considero más oportuno y adecuado incluir tanto a la orientación sexual como a la identidad de género en la frase “de cualquier otra índole” pues sería poco adecuado señalar que la orientación sexual y la identidad de</p>

<sup>38</sup> Existen otros casos vistos por la Corte Interamericana que hablan del derecho a la igualdad y no discriminación, aunque en supuestos distintos. En estos otros casos he podido comprobar que se sigue la misma línea jurisprudencial con respecto al contenido general de la obligación del Estado en relación al artículo 1.1 y 24 de la CADH. Ver: Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (2005), Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela (2008), Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (2012), Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú (2014), entre otros.

	<p>género son una condición social cuando, como ya se ha dicho, son parte esencial de la persona y de su identidad, y no vienen asignados ni determinados por el entorno social. Se entiende que la tendencia de la Corte Interamericana se basa en precedentes del sistema europeo que utilizan este fraseo en otros idiomas y considero positiva la tendencia que se está creando, aunque sería un aporte mayor si se estableciera de la forma más acertada.</p>
<p>Caso Ángel Alberto Duque vs Colombia (26 febrero 2016)</p>	<p>En este caso, al señor Duque se le niega la posibilidad de recibir una “pensión de sobrevivencia” luego del fallecimiento de su pareja bajo el argumento de que constituían una pareja del mismo sexo. El señor Duque habría sido discriminado en base a su orientación sexual pues debido a este motivo se consideró que su relación de pareja no estaba protegida por las mismas normas que las parejas heterosexuales y que el concepto de familia no los incluía.</p> <p>Aquí la Corte se ratifica en lo dicho en el caso Atala cuando señala:</p> <p><i>“La Corte Interamericana ya ha establecido <b>que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.</b> Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. En ese sentido, el instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana.”</i></p>
<p>Caso Homero Flor Freire vs Ecuador (31 agosto 2016)</p>	<p>El caso refiere a la sanción dentro del ámbito militar que se le da a un oficial acusado de conductas homosexuales, siendo dado de baja de acuerdo con el Reglamento de disciplina militar vigente a la época que sancionaba de manera agravada la conducta homosexual a diferencia de las conductas sexuales de otro tipo. En este caso la Corte recuerda lo ya mencionado en el caso Atala y en el caso Duque para dejar en claro que, según la CADH y el corpus iuris interamericano de DDHH, la orientación sexual y la identidad de género son motivos prohibidos de discriminación. Además, reitera que el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación son parte del jus cogens del Derecho Internacional por lo que son centro y eje del sistema y obligación primordial para los Estados.</p> <p>De igual manera señala que:</p> <p><i>“El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.”</i></p> <p>Sobre el particular detalla que:</p> <p><i>“(..) ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, sea esta real o percibida, pues ello sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana (...)el <b>alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual</b> no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino <b>que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas</b>”.</i></p>

	<p>Esto significa que la protección de este grupo no se limita a la condición en sí, sino que se extiende a las expresiones y consecuencias que vienen de la mano de la orientación sexual e identidad de género de una persona, por lo que se podría concluir que el tema de las uniones no heterosexuales está incluido en la protección como forma necesaria en la que se plasma y se completa el proyecto de vida de muchas personas.</p>
--	---

*Elaboración propia*

### **1.3.2.- El derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género en las obligaciones del Estado peruano de origen Nacional**

En el ámbito nacional existen normas que resultan un reflejo de las normas del DIDH y que, en general, siguen la misma línea evolutiva de esta normativa en materia de derecho a la igualdad y no discriminación.

Ejemplo de esto es el artículo antes mencionado de la Constitución que señala:

*Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho:*

*2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o **de cualquiera otra índole.***

Como había mencionado, en este artículo se señala la obligación de igualdad, aunque partiendo de una visión más legalista y de aplicación de la norma lo que podría resultar limitante si se interpreta de forma literal. A pesar de esto, no se debe olvidar que la Constitución debe tenerse en cuenta como un todo que se inspira en la dignidad y la protección del ser humano como centro del Estado y de la sociedad<sup>39</sup> por lo que la interpretación del derecho a la igualdad debería entenderse de una forma que trascienda la literalidad y el ámbito meramente aplicativo de la norma. Esta interpretación se vería relacionada a lo que continúa en el mismo artículo que se refiere al mandato de no discriminación, en todos los ámbitos en los que pueda ser aplicable pues no cuenta con restricción alguna.

En este sentido se ha entendido la última parte del artículo cuando se menciona la prohibición de discriminación por “cualquier otra índole” lo que como ya expliqué antes, incluye a los grupos vulnerables pues no es una lista taxativa de supuestos o categorías protegidas. Dentro de estos grupos vulnerables se debe considerar al grupo LGTBIQ pues es un grupo de personas que históricamente se ha visto excluido de un ejercicio real y efectivo de sus derechos<sup>40</sup>.

Cabe resaltar que, la realización efectiva del derecho a la igualdad y no discriminación será en la realidad un requisito indispensable para que una persona miembro de un grupo especialmente vulnerable pueda ejercer sus demás derechos y lograr un real reconocimiento de su dignidad como ser humano y como ciudadano, fin que persigue la misma existencia de la Constitución.

<sup>39</sup> Artículo 1 de la Constitución Política del Perú: Artículo 1°. - La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

<sup>40</sup> Ver: Informe Anual sobre Derechos Humanos de personas Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales en el Perú 2014-2015. Realizado por: Promsex. En este Informe anual se presentan cifras de casos de violencia, homicidios y diversos tipos de ataques físicos y psicológicos a personas LGTB, así como obstáculos en temas laborales, de acceso a la salud, participación política, entre otros.

Esto se ve reflejado en la Cuarta Disposición Final que señala:

*Cuarta. - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.*

La Cuarta Disposición da, entonces, un criterio de interpretación que debe ser guía y de uso transversal a todo el contenido constitucional. De esta forma, el derecho a la igualdad que mencionaba no se limita, sino más bien se expande para abarcar los sentidos e interpretaciones que sean más acordes con las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Dentro del ámbito de la normativa nacional, también se puede señalar una mención del Código Procesal Constitucional que, en el listado de derechos protegidos por el Proceso de Amparo señala al derecho a la igualdad y no discriminación especificando el supuesto de orientación sexual:

*Artículo 37.- Derechos protegidos*

*El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:*

*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;*

Esto demuestra como la lógica constitucional si prevé una protección que incluye a la orientación sexual como supuesto de prohibición de trato discriminatorio pues, aunque no se encuentra en la literalidad de la Constitución, se ve cómo esta repite el frase abierto y flexible de la normativa de DIDH lo que, a su vez, se confirma con lo señalado en el Código Procesal Constitucional.

Fuera del ámbito constitucional podemos mencionar al Código Civil vigente que señala:

*Artículo 3º.- Capacidad de Goce*

*Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley.*

Aunque no se menciona explícitamente al derecho a la igualdad, se hace una referencia a los derechos civiles de todas las personas entre los que se encuentra el derecho a la igualdad como eje del ejercicio efectivo de la ciudadanía y el goce de los derechos.

Todas estas normativas nacionales, influenciadas por el DIDH, se materializan (o deberían materializarse) en medidas y políticas específicas que le den desarrollo y permitan aplicar de manera efectiva lo señalado. A pesar de esto, se puede observar que las medidas de desarrollo sobre el tema no lo han tocado con la misma intensidad ni siguiendo la línea evolutiva antes demostrada.

Ejemplo de esto es el Plan Nacional de Derechos Humanos<sup>41</sup> que, a pesar de sus grandes avances en otras materias, olvida por completo el tema de la orientación sexual y los problemas que afronta la comunidad LGTBIQ en el Perú. En el apartado destinado

<sup>41</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Plan Nacional de Derechos Humanos (2014-2016).

Disponible en : [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/peru\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/peru_sp.pdf)

a las medidas especiales para grupos vulnerables no se ha tomado en cuenta a este grupo en particular ni se aborda el tema de la orientación sexual y la identidad de género como causal de discriminación.

De igual manera, el Plan Nacional de Igualdad de Género<sup>42</sup> (2012-2017) que parece olvidar la concepción más amplia de “género” y se limita a analizar e intentar disminuir las brechas entre hombres y mujeres en diferentes ámbitos. No hace mención ni alusión especial a la comunidad LGTBIQ ni a los obstáculos que debe afrontar, y estos quedan diluidos en la división bipartita entre mujer y hombre.

No sorprende la exclusión pues el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables señaló en su momento que no consideraba dentro de su ámbito de acción el tema de la comunidad LGTBIQ, excluyéndolos de la posibilidad de contar con un ente rector que vele por su inclusión en las medidas políticas públicas. Aunque luego se ha tratado de abordar de manera tibia a través de la participación en una mesa de trabajo sobre temas relacionados, aunque sin que esto implique rectoría sobre la materia.

Por el contrario, la Defensoría del Pueblo ha emitido la Res. N° 010-2016/DP que aprueba el Informe Defensorial N° 175 llamado “Derechos humanos de las personas LGTBI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú”<sup>43</sup>. Dicho Informe constituye un gran aporte en materia de igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género a la comunidad LGTBIQ pues visibiliza una serie de problemas que afectan a este grupo, como, por ejemplo:

- Afectaciones a la vida e integridad
- Violencia en la escuela contra los estudiantes LGTBI
- Derecho a la identidad de las personas trans
- Problemas en el ejercicio del derecho a la salud
- Falta de reconocimiento de las uniones civiles entre parejas del mismo sexo
- Ausencia de estadísticas oficiales
- Escasa participación del colectivo LGTBI en la elaboración de políticas públicas

De igual manera, se ha publicado recientemente el “Plan Nacional de Lucha contra la violencia de género”<sup>44</sup> (2016-2012) que de alguna manera reivindica la participación del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables incluyendo en su Plan a las mujeres lesbianas, trans y personas bisexuales.

En lo que se refiere a la aplicación de las normas de forma más directa también encontramos contradicciones en los órganos jurisdiccionales. Ejemplo de esto es el vaivén jurisprudencial que se ha dado en torno al cambio de nombre y sexo registral en el documento de identificación en el caso de las personas trans. En algunos casos, esto se ha permitido, pero, en muchos otros, se ha denegado alegando temas de normas inferiores como el Reglamento de RENIEC o argumentos abstractos como la seguridad

---

<sup>42</sup> MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. Plan Nacional de Igualdad de Género (2012-2017). Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2012/Agosto/18/DS-004-2012-MIMP.pdf>

<sup>43</sup> Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” del 31 de agosto del 2016. Boletín de Normas Legales.

<sup>44</sup> MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. Plan Nacional de Lucha contra la violencia de género (2016-2012). Disponible en: <http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-plan-nacional-contra-la-viol-decreto-supremo-n-008-2016-mimp-1408988-1/>

jurídica haciéndole prevalecer sobre el derecho a la identidad y la no discriminación para estas personas.

Como ejemplo de estas contradicciones jurisprudenciales y las interpretaciones diversas que se le ha venido dando al tema podemos ver:

Fecha	Numero de sentencia	Órgano que la emite	Caso	Resultado
2006	EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC	Tribunal Constitucional (TC)	Karen Mañuca Quiroz Cabanillas	Se acepta el cambio de nombre (previamente otorgado) pero se niega el de sexo.
2011	(no figura)	Poder Judicial (PJ)	Naaminn Timoyco	Aceptan cambio de nombre y de sexo en el registro.
2012	(no figura)	Poder Judicial (Corte Superior de Justicia de Lima)	Fiorella Cava	Aceptan el cambio de nombre y de sexo en el registro.
2014	EXP N 00139 2013-PA/TC	Tribunal Constitucional (TC)	P.E.M.M.	El PJ había aceptado cambio de nombre, pero TC dice no a cambio de sexo (crea doctrina vinculante obligatoria sobre la materia)
2016	EXP N° 06040-2015-PA/TC	Tribunal Constitucional (TC)	Ana Romero Saldarriaga	El TC cambia su propia doctrina vinculante y establece que tanto el cambio de nombre como el de sexo en el DNI es aceptable.

*Elaboración propia*

Como se puede ver, el marco normativo nacional, si bien se encuentra formalmente dentro de los estándares establecidos por la normativa internacional vinculante para el Estado peruano y la jurisprudencia de los órganos internacionales de DIDH, no ha permitido resultados claros que sigan con la línea de protección de la igualdad y la no discriminación que el IDH ha venido estableciendo. En este sentido, es importante resaltar que las obligaciones del Estado peruano en materia de igualdad y no discriminación que involucran al grupo LGTBIQ no se deben limitar a la literalidad de las normas (aunque es un punto importante y necesario) sino que, además, deben buscar la igualdad material en las situaciones reales y la igualdad en la aplicación misma de las normas, dando la interpretación más favorable a la persona.

## Capítulo II:

### Las uniones de pareja no heterosexuales y su protección como obligación derivada del derecho a la igualdad y no discriminación

En la actualidad, muchos países del mundo han ido abriendo sus legislaciones a diversas figuras jurídicas que brindan un marco de protección al grupo LGTBIQ. Desde leyes de identidad que permitan realizar los cambios de nombre y sexo en los documentos de identificación hasta legislación específica sobre uniones de pareja bajo instituciones como la unión civil<sup>45</sup> y el matrimonio igualitario.

Debo señalar que dicha apertura ha sido producto de una evolución notable de la concepción que se tiene sobre la orientación sexual y la identidad de género, así como una reacción por parte del Estado ante el enérgico pedido de la sociedad, y en especial de los miembros de este grupo.

Si bien es cierto que se trata de un tema polémico debido a la oposición de sectores más conservadores y tradicionales de la sociedad que han reaccionado de forma adversa ante estos pedidos, no se debe olvidar que la protección de grupos más vulnerables en la sociedad y la vigencia del principio de igualdad y no discriminación es una obligación de los Estados y no depende, de ninguna manera, de los gustos o pareceres de la sociedad o de los grupos que puedan pretender mantener un aparente status quo adverso a grupos como este, ni tampoco se debe someter a voto o decisión alguna.

En este sentido se manifiesta la Corte IDH cuando señala:

*“(...) la presunta falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno de los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que esta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales*

---

<sup>45</sup> La “unión civil” ha sido concebida como una institución intermedia entre el matrimonio y la unión de hecho pues concede una serie de derechos (mínimos con respecto al matrimonio, más cercanos a la unión de hecho) pero permite un cambio de estado civil (“compañero civil”, “integrante de unión civil” o “conviviente civil”, dependiendo del Estado específico) luego de la inscripción correspondiente.

*contraídas por la decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana*<sup>46</sup>

Debido a esta obligación, muchos países han iniciado diferentes mecanismos para realizar dicha apertura normativa y permitir, de esta manera, una protección para las parejas no heterosexuales que permita un marco de garantía de sus derechos en igualdad. Como mencionaba, algunos países han optado por una medida intermedia denominada “unión civil”<sup>47</sup> o “unión civil no matrimonial” como es denominada en los proyectos de ley en Perú.

Otros han decidido recurrir directamente a la figura del matrimonio, ampliando su ámbito de alcance y retirando las restricciones de las normativas civiles para crear la fórmula de “contrayentes” o “cónyuges” y eliminar la de “hombre y mujer” de la literalidad de sus normas. En otros casos, el matrimonio igualitario se ha introducido por precedentes jurisprudenciales, referéndum o modificaciones constitucionales. Cada país ha optado por un mecanismo jurídico diferente para adaptar su normativa y alinearla con los principios del DIDH y sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos<sup>48</sup>.

En la región latinoamericana podemos ver casos como Argentina que en el 2010 legalizó el matrimonio igualitario, desde años antes la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ya tenía esa normativa. En este país también pueden adoptar y, además, cabe mencionar que fue el primer país de la región con legislación de identidad, cambio de sexo (lo referente a los documentos de identificación como al tratamiento mismo de reasignación física que se encuentra cubierto por el sistema nacional de salud) y el matrimonio igualitario a nivel nacional.

Uruguay siguió la iniciativa argentina permitiendo el matrimonio igualitario desde el 2013 aunque ya se permitían desde antes las uniones civiles. Además, también se permite la adopción. Por otra parte, en Brasil, se permite el matrimonio igualitario desde el 2013, por iniciativa judicial y no legislativa. El Consejo Nacional de Justicia de ese país aprobó una Resolución que permite el matrimonio en todo el país para todas las personas por igual. En México, está permitido el matrimonio igualitario desde el 2009 tanto en el Distrito Federal como en algunos estados de la unión y, actualmente, por vía judicial se

---

<sup>46</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo e Hijas v. Chile (2012) párr. 92

<sup>47</sup> Algunos países con figuras similares a la “unión civil”: Italia, Chile, Ecuador, entre otros

<sup>48</sup> Algunos países que ya cuentan con matrimonio igualitario son: España, Canadá, Irlanda, Holanda, Bélgica, Sudáfrica, Noruega, Portugal, Suecia, Dinamarca, Nueva Zelanda, Islandia, Francia, Reino Unido, Luxemburgo, Estados Unidos, Finlandia, etc. En Latinoamérica: Argentina, Uruguay, Brasil, México, Colombia, entre otros.

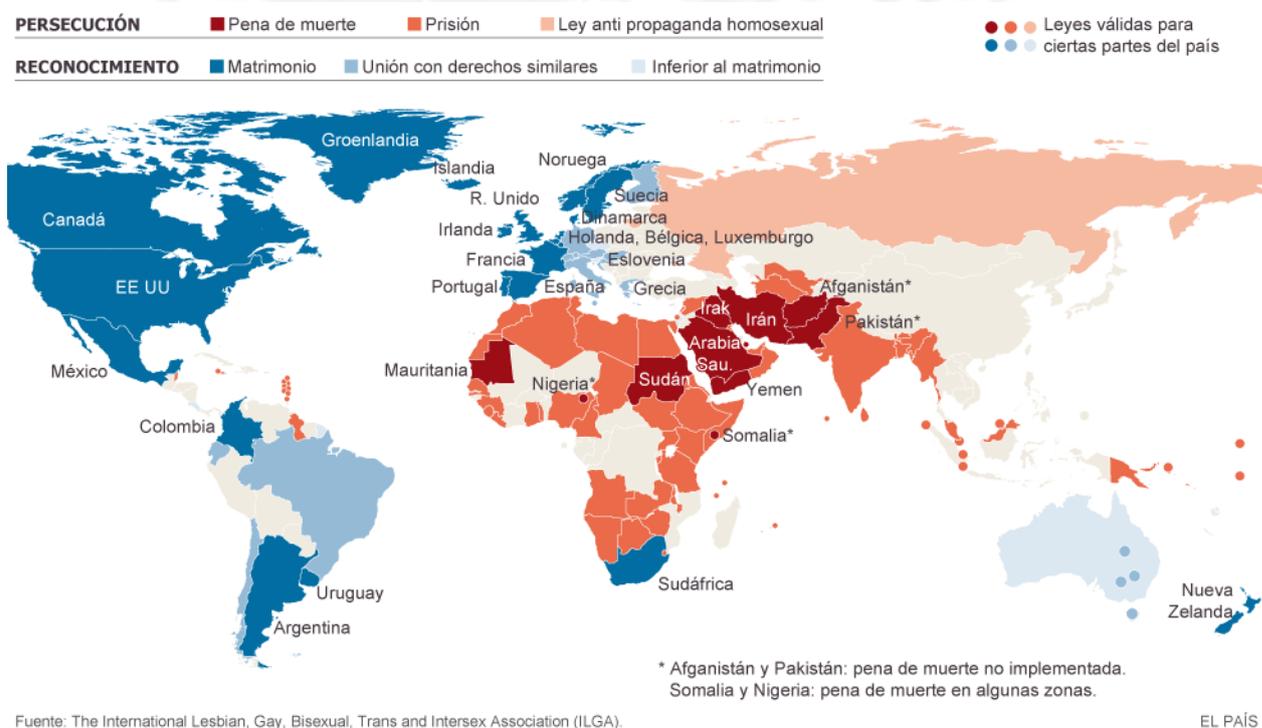
ha establecido el precedente que habilita el matrimonio (se logró por vía de un amparo). De igual manera, el Ejecutivo ha presentado una propuesta de reforma constitucional del artículo 4 de la Constitución federal para incluirlo de forma directa y definitiva a nivel nacional.

El caso colombiano tiene matices especiales pues el Legislativo tenía el mandato de legislar sobre el tema y, al vencer el plazo otorgado, fue la Corte Constitucional colombiana la que decidió en noviembre del 2015 aprobar la adopción por parte de parejas no heterosexuales y, en abril del 2016, aprobar el matrimonio igualitario en todo el país. Esto en relación con un caso<sup>49</sup> llegado a la Corte IDH en que se tocaba el tema, dando señales claras de que en Colombia habían trabas para el pleno ejercicio de los derechos en igualdad por parte de parejas no heterosexuales.

Es notorio, entonces, como el tema ha ido evolucionando y ganando terreno, no solo en países europeos y Norteamérica, sino también en países vecinos de la región con sistemas similares al nuestro y marcos normativos parecidos al peruano.

Para tener una visión más clara podemos referirnos a gráficos como el siguiente:

### **Derechos de las personas no heterosexuales y reconocimiento de sus relaciones afectivas**<sup>50</sup>



<sup>49</sup> Nos referimos al caso Duque v. Colombia (2016), ya mencionado anteriormente.

<sup>50</sup> Fuente: Diario "El País", sección Internacional (Edición: 12 mayo 2016). Disponible en: [http://elpais.com/elpais/2015/05/21/media/1432230538\\_572904.html?rel=mas](http://elpais.com/elpais/2015/05/21/media/1432230538_572904.html?rel=mas) (Fecha de revisión: 22 setiembre 2016)

En el caso peruano, se ha presentado una serie de proyectos legislativos con modelos que pretenden regular las relaciones no heterosexuales, aunque la mayoría de ellos intentan realizar una regulación indirecta, mucho más amplia que invisibiliza las relaciones afectivas no heterosexuales dentro de una gama de supuestos que no necesariamente implican una relación de pareja.

Este es el caso de los proyectos denominados “unión solidaria” (o, “sociedad solidaria”) y muchos otros anteriores que se refieren a cualquier tipo de relación entre dos personas que, como única condición, hacen vida en común bajo cualquier modalidad. Esto significa que este tipo de uniones involucran a compañeros de habitación, amigos, parientes de cualquier tipo, etc. pues la “unión solidaria” no es exclusiva para miembros del mismo sexo o parejas, no otorga estado civil existente, no forma familia ni otorga vínculo de parentesco y no crea un estado civil diferente. Del mismo modo, no otorga nacionalidad del compañero y no otorga derechos de visitas íntimas, se limita solo a condiciones patrimoniales similares a las de un contrato de copropiedad, así como beneficios mínimos en lo que respecta a los temas de beneficios sociales<sup>51</sup>.

Pasaré a realizar una pequeña síntesis de los proyectos similares<sup>52</sup> a este mencionado líneas arribas que han sido presentados en el Legislativo peruano sin lograr mayor éxito:

**Proyectos de Ley sobre uniones no matrimoniales previas al proyecto de unión civil**

Modalidad de unión	Proyectos legislativos	Características de la modalidad
Patrimonio compartido	P.L. 3814-2009-CR P.L. 4176-2010-CR P.L. 0108-2011-CR P.L. 1393-2012-CR	Regula el <b>contrato</b> de patrimonio compartido (manejo de un patrimonio compartido a modo de copropiedad)
Atención mutua	P.L. 2801-2013-CR	Se basa en el acuerdo de voluntades de dos personas que, <b>sin alterar el estado civil</b> , tiene la finalidad de establecer

<sup>51</sup> Datos obtenidos de: Congreso de la República del Perú. Lista de Proyectos de Ley presentados periodo 2011-2016. "Proyecto de Ley 02647/2013-CR ". Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/>  
Y, Diario El Comercio “Unión civil y unión solidaria: ¿en qué se diferencian?” (Edición: 17 marzo 2015). Disponible en: [http://elcomercio.pe/politica/congreso/union-civil-y-union-solidaria-que-se-diferencian-noticia-1797949?ref=flujo\\_tags\\_535021&ft=nota\\_4&e=titulo?ref=nota\\_politica&ft=mod\\_leatambien&e=foto](http://elcomercio.pe/politica/congreso/union-civil-y-union-solidaria-que-se-diferencian-noticia-1797949?ref=flujo_tags_535021&ft=nota_4&e=titulo?ref=nota_politica&ft=mod_leatambien&e=foto)

<sup>52</sup> Tabla elaborada por la autora en base a la información obtenida de: CORNEJO FAVA, María Teresa. “La unión civil: ¿necesidad de legislar en pro de minorías?” En: Aletheia Revista de la Escuela de Posgrado de la UNIFE. Año 2 N° 1. 2014. P. 138-144

		derechos patrimoniales (pensionario y hereditario) y algunos derechos específicos (como la decisión en casos de necesidad quirúrgica de emergencia)
Sociedad Solidaria	P.L. 3273-2013-CR	Régimen de acuerdo voluntario entre dos personas mayores de edad que hacen vida en común pero que <b>no altera el estado civil ni genera parentesco, y no se refiere únicamente a parejas</b> . Implica una serie de derechos patrimoniales y una finalidad de apoyo y asistencia y no de crear una familia

*Elaboración propia*

Luego de estos proyectos, se presentó el primer proyecto legislativo de “unión civil no matrimonial”<sup>53</sup> a cargo del Congresista Carlos Bruce que creaba este modelo intermedio al que me refería antes que, además de los temas patrimoniales, de beneficios sociales y hereditarios, otorgaba derechos especiales como los derivados de la formación de una familia, así como un estado civil especial (“compañero civil”).

No solo se trata de una figura más amplia y con mayor contenido en tanto derechos y obligaciones entre los integrantes de la unión (similar a la unión de hecho ya existente para parejas heterosexuales), sino que, además, tiene un especial significado al ser la primera institución que reconocería las uniones no heterosexuales como uniones de pareja valiosas de ser reconocidas y protegidas.

Esta figura, que como mencionaba es una figura o institución intermedia, es considerada como un primer paso en el camino a la igualdad, aunque no logra equiparar al matrimonio en todos sus derechos e implicancias legales y sociales (como se verá más adelante).

Estos proyectos no han logrado concretarse en el Perú, a pesar de esto, otros proyectos legislativos se siguen presentando pues la demanda social de un grupo considerable de peruanos continúa, tanto miembros del grupo en cuestión como miembros de la

<sup>53</sup> El primer proyecto de unión civil (P.L. 1481-2010-CR) pasó al Archivo del Congreso en noviembre del 2011 por haber terminado la legislatura sin habersele dado mayor análisis. Luego se presenta el P.L. 2647-2013-CR (al que nos referimos) y que ameritó opiniones técnicas favorables del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (que se manifestó en favor señalando que es viable jurídicamente y esencial para los derechos fundamentales y la igualdad) y de la Defensoría del Pueblo (que por Informe de Adjuntía N°003-2014-DP/ADHPD recomienda la aprobación del Proyecto).

sociedad civil en general que pugnan por un país más igualitario y capaz de valorar y reconocer la diversidad de sus miembros en la amplitud que la realidad amerita.

A pesar de esta necesidad social, hay grupos que se oponen y prefieren evadir el tema y el reconocimiento que supone crear un régimen de protección que los incluya. Se ha debatido al respecto, pero son los argumentos morales y religiosos los que más aparecen en la discusión legislativa.

Sin embargo, la realidad nos muestra que las parejas no heterosexuales existen en un número considerable y forman familias peruanas que merecen y deben ser protegidas de igual manera que las heterosexuales, teniendo igual acceso a las instituciones jurídicas que brinden dicha protección, sin ver restringido su acceso por cuestiones como la orientación sexual o la identidad de género de sus miembros.

Debido a esto, un nuevo proyecto de Unión Civil ha sido presentado y se encuentra en debate a la fecha<sup>54</sup>. Este nuevo Proyecto se encuentra en discusión a nivel de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y contiene, en esencia, la misma institución del proyecto anterior, aunque con ciertas variaciones en lo referente a los derechos de los compañeros civiles:

### **Comparación de los dos principales proyectos de ley sobre Unión Civil**

	<b>Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR</b>	<b>Proyecto de Ley N° 718/2016-CR</b>
Impulsado por:	Carlos Bruce Montes de Oca	Alberto de Belaunde de Cárdenas
Estado actual:	Archivado	En debate
Principal contenido:	Señala la definición de “Unión civil”, así como el nuevo estado civil: “compañeros/as civiles”. De igual manera, el trámite correspondiente para realizar la inscripción en el registro de personas (requiere dos testigos y un trámite de inscripción ante Registros Públicos)	De igual manera, señala la definición y el nuevo estado civil. La diferencia radica en la simplificación del trámite de inscripción (ante notario o juez de paz donde no haya notario) y la presentación de un solo testigo.
Derechos y deberes de las parejas civiles:	1.- A formar una sociedad de gananciales 2.- Al mismo tratamiento que un pariente de 1° grado en: a) visitas en centros médicos b) toma de decisiones para procedimientos quirúrgicos de emergencia, cuando el/la	a) asistencia mutua b) alimentos mutuos c) seguridad social (salud, pensiones de invalidez, etc dependiendo la cobertura de cada caso) d) pensión de supervivencia e) representación conjunta

<sup>54</sup> Actualizado a marzo del 2017.

	<p>compañero/a no puede dar su consentimiento</p> <p>c) visitas íntimas en centros penitenciarios</p> <p>d) alimentos recíprocos</p> <p>e) derecho de habitación (vitalicio y gratuito) en el hogar común</p> <p>f) adquirir la nacionalidad (luego de 2 años)</p> <p>g) seguridad social (salud, pensión de viudez, pensión de invalidez, etc) de acuerdo con el sistema al que esté afiliado el/la compañero/a</p> <p>h) cambio al nuevo estado civil de “compañeros/as civiles”</p> <p>i) asistencia y protección contra violencia familiar</p> <p>3.- Modificación del artículo 816 del CC en cuanto al orden sucesorio.</p>	<p>f) derecho de habitación en el hogar común y derecho de domicilio</p> <p>g) visitas íntimas en centros penitenciarios</p> <p>h) visitas en centros médicos</p> <p>i) decisiones de salud cuando el/la compañero/a no pueda dar su consentimiento</p> <p>j) toma de decisiones para procedimientos quirúrgicos de emergencia, cuando el/la compañero/a no puede dar su consentimiento</p> <p>k) decidir sobre la sepultura y/o necropsia</p> <p>l) adquirir la nacionalidad (luego de 2 años)</p> <p>m) igualdad en el gobierno del hogar y el sostenimiento</p> <p>n) asistencia y protección contra violencia familiar</p> <p>o) acceso a programas de beneficio y promoción social</p> <p>p) solicitar indemnización por los daños ocasionados a la pareja</p> <p>Además:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Derechos sucesorios como heredero forzoso</li> <li>- Posibilidad de escoger entre sociedad de gananciales o separación de patrimonios</li> </ul>
--	--	--

*Elaboración propia*

Si bien son rescatables los esfuerzos de ciertos grupos legislativos para crear proyectos como el de “unión civil” y coincido en el espíritu que los motiva<sup>55</sup>, considero que no es necesario crear una institución específica para el caso de las parejas no heterosexuales que sea especial y diferenciada para estos casos por dos motivos principales:

<sup>55</sup> Es necesario resaltar que, en otros ámbitos, no solo el legislativo, se están dando cambios y apertura a este tema. Ejemplo de esto es la Resolución del Tribunal Registral peruano que, gracias a la apelación de una inscripción registral denegada, abordó el tema del reconocimiento de matrimonios igualitarios realizados en otros países que, al llegar a Perú, pretenden inscribir bienes inmuebles a nombre de la sociedad conyugal, señalando que es conforme al ordenamiento jurídico peruano e internacional el dar reconocimiento a estos matrimonios y sus efectos. Considero un avance notable en la concepción que se tiene de este tema a nivel interno, resaltando que se trata de una autoridad administrativa la que ha interpretado de manera adecuada la normativa, a mi entender.

Para más información sobre este caso, Resolución disponible en: <http://laley.pe/not/3554/matrimonios-gay-pueden-adquirir-e-inscribir-bienes-en-el-peru/>

1.- Crear una institución distinta genera mayor diferenciación que no tiene fundamento objetivo pues ya existe regulación sobre relaciones de pareja en el país por lo que , lo lógico y consecuente con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, es permitir el acceso a las instituciones ya existentes y no crear otras distintas para regular lo mismo basándose en la única diferencia de la orientación sexual y la identidad de género, motivos prohibidos para realizar diferenciaciones como ya se ha visto anteriormente.

2.- Las instituciones que se proponen para regular el caso específico de las parejas no heterosexuales (uniones civiles, por ejemplo) promueven estados intermedios que, si bien son un paso en el camino a la protección de este grupo, al ser comparadas con las instituciones ya existentes para regular parejas heterosexuales, resulta menor y, por ende, menos beneficiosa. Este sometimiento a una institución menos beneficiosa existiendo una fórmula mejor para otras parejas resultaría discriminatorio.

Ante esta situación pasaré a analizar la necesidad de protección de las relaciones homoafectivas o no heterosexuales entre miembros del grupo LGTBIQ en comparación con las instituciones ya existentes que se aplican para parejas heterosexuales para luego concluir cuál de estas instituciones sería la más adecuada para cumplir con el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género.

### **2.1.- La falta de protección jurídica a las uniones no heterosexuales como supuesto de discriminación por orientación sexual e identidad de género**

En el ámbito jurídico, el Perú tiene una serie de normas que regulan las uniones de pareja y sus consecuencias en nuestro país. Tanto en el nivel constitucional como en el nivel infraconstitucional, se puede ver instituciones jurídicas creadas para dar cierta protección y garantía a este aspecto tan relevante de la vida humana y de la sociedad.

En el Perú, se cuenta con dos instituciones que ven este tema desde el campo jurídico. La más conocida y difundida es la del matrimonio y, por otro lado, se ha creado una institución jurídica más reciente que busca extender el ámbito de protección del Derecho, pero bajo un supuesto de hecho algo diferente y menos formal.

A continuación, presentaré una visión general de ambas instituciones para entender la razón por la que este trabajo se centra en el matrimonio:

**Diferencias entre Instituciones jurídicas que regulan las relaciones de pareja:**  
**Unión de hecho y Matrimonio**

	<b>Unión de Hecho</b>	<b>Matrimonio</b>
Fuente normativa principal a nivel nacional	<p>- <b><u>Constitución:</u></b> Artículo 5.- Concubinato La unión estable de un <b>varón y una mujer</b>, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.</p> <p>- <b><u>Código Civil:</u></b> Artículo 326.- Efectos de uniones de hecho La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un <b>varón y una mujer</b>, libres de impedimento matrimonial, para <b>alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio</b>, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido. Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge</p>	<p>- <b><u>Constitución:</u></b> Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y <b>promueven el matrimonio</b>. Reconocen a estos últimos como <b>institutos naturales y fundamentales de la sociedad</b>. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.</p> <p>- <b><u>Código Civil:</u></b> Artículo 234.- Noción del matrimonio El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un <b>varón y una mujer</b> legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.</p>

<p>Derechos y obligaciones derivados</p>	<p>1.- Derechos patrimoniales de sociedad de gananciales (luego de 2 años de constituida y debidamente probada, ante notario o juez). No hay posibilidad de elegir el régimen de separación de bienes.</p> <p>2.- Posibilidad de solicitar ante el juez indemnización o alimentos en caso de abandono</p> <p>3.- Derecho de heredar como heredero forzoso para las Uniones de hecho inscritas o reconocidas judicialmente (Ley N° 30007)</p>	<p>a) Obligaciones de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Alimentar y educar a los hijos (art 287)</li> <li>- Fidelidad y asistencia mutua (art 288)</li> <li>- Cohabitación (art 289)</li> <li>- Igualdad en el hogar: derecho y deber de participar, cooperar y tomar decisiones juntos (art 290)</li> <li>- Sostenimiento de la familia (art 291 y 300): hijos y cónyuge, así como alimentos (art 474)</li> <li>- Ambos pueden ejercer la representación de la pareja (art 292)</li> </ul> <p>b) Ambos pueden elegir libremente el régimen patrimonial que deseen para proteger mejor sus bienes (art 295) y poder administrar el patrimonio social (art 313)</p> <p>c) Consecuencias hereditarias entre cónyuges: herederos forzosos (art 724) y legítima (art 730)</p> <p>d) Capacidad de decisión en temas de salud</p> <p>e) Visitas en centros penitenciarios, de reclusión, hospitalarios, etc</p> <p>f) Facilidad en temas de adopción, tutela, etc a parejas casadas</p> <p>g) Cobertura de seguros y entrega de pólizas</p> <p>h) Curatela entre cónyuges (art 569)</p> <p>i) Disposición de restos mortales (necropsia, incineración o sepultura-art 13)</p> <p>j) Disposición sobre derecho a intimidad, imagen y voz del cónyuge fallecido (art 14 y 15)</p> <p>k) Posibilidad de usar el nombre del cónyuge</p> <p>l) Otorga el estado civil de cónyuges, y en caso de fallecimiento de uno genera el estado civil de viudo/a</p>
<p>Formalidad necesaria</p>	<p>Luego de los dos años de convivencia, se puede realizar la inscripción en los registros personales, o puede ser reconocida por vía notarial o judicial posteriormente.</p>	<p>Las formalidades (persona que puede realizar la ceremonia, lugar, requisitos, causales de nulidad y anulabilidad, etc) se encuentran en el Código Civil entre los artículos 239 y 286. De igual manera, la forma de disolver el vínculo guarda formalidad rígida (348-360)</p>
<p>Comentario</p>	<p>Parece ser una opción para las parejas que no desean utilizar la institución formal del matrimonio, pero, a pesar de ello, desean tener cierto tipo de protecciones mínimas, especialmente de corte patrimonial para su relación y la familia que constituyen. Ofrece menos amplitud de derechos y obligaciones que el matrimonio civil formal.</p>	<p>Es la institución que, en nuestro sistema jurídico, ofrece mayor amplitud de derechos y obligaciones para los miembros de la pareja y mayor protección para su familia. Está revestida de formalidades que le dan cierta solidez, expresan mayor grado de compromiso y reconocimiento, tanto jurídico como social.</p>

Elaboración propia

Como se puede observar, estas dos instituciones son las actualmente disponibles para las parejas heterosexuales en nuestro sistema jurídico para poder garantizar un espacio de protección y garantía de sus derechos y obligaciones en el ámbito de pareja y familiar. Así como señalé en el cuadro anterior, es la institución del matrimonio civil la que provee a la pareja de una gama más amplia de derechos y obligaciones y un mayor reconocimiento tanto jurídico como social, como pareja y como familia.

Debido a esto, he considerado al matrimonio como la institución más protectora y completa en lo que se refiere a las parejas y sus derechos. En este sentido, me vuelco sobre esta institución para realizar el siguiente análisis del tema en específico.

Como se ve en la normativa citada líneas arriba, el matrimonio ha sido regulado tanto en la Constitución de 1993 como en las normas que la desarrollan, en este caso el Código Civil de 1984 (en adelante, CC). Si se presta atención al texto de ambos artículos se puede observar una diferencia sustancial con respecto a la limitación de las personas que pueden acceder a esta institución pues, mientras la Constitución no especifica limitación alguna, el CC si la impone como requisito esencial. Sobre esto hablaré en el siguiente apartado en específico.

Esta diferencia sustancial se refiere al requisito que impone el CC de 1984 (aún vigente) de la diferencia de sexo entre los contrayentes, requisito que excluiría de manera absoluta a toda pareja que no sea heterosexual y cisgénero<sup>56</sup> (solo permitiría el matrimonio entre hombre heterosexual y mujer heterosexual). De esta manera, se estaría excluyendo al resto de peruanos que no comparten esta orientación sexual e identidades de género específicas, generando una situación de desprotección para las parejas no heterosexuales y las familias que estas originan.

Anteriormente expliqué la situación especial de vulnerabilidad de la comunidad LGTBIQ en países como el Perú, por lo que generar una diferenciación de este tipo en base a su orientación sexual e identidad de género (siendo estas categorías prohibidas) podría resultar en un acto discriminatorio que genera una mayor vulnerabilidad a este grupo en específico, así como una grave desprotección de sus relaciones afectivas y familias, que agrava su situación en el ámbito jurídico y social.

---

<sup>56</sup> Cisgénero: Cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer. El prefijo “cis” es antónimo del prefijo “trans”. Fuente: Guía de Conceptos Básicos de la CIDH (Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>)

## 2.2.- La regulación del matrimonio en la legislación nacional como figura excluyente

Como se ha mencionado, decidí centrar la mirada en las relaciones afectivas y su protección desde la institución matrimonial por ser la de más amplia protección y garantía, así como la que otorga mayor reconocimiento a nivel jurídico y social<sup>57</sup>. Ante esto, se observa que la normativa legal posee una restricción que limita el acceso a esta institución y sus consecuencias legales y sociales a un grupo específico determinado en función de su orientación sexual y su identidad de género.

Esta limitación del CC no se ve de igual manera en la Constitución, como se observa:

### Regulación del matrimonio en el Perú

<b>Constitución Política del Perú (1993)</b>	<b>Código Civil (1984)</b>
Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y <b>promueven el matrimonio</b> . Reconocen a estos últimos como <b>institutos naturales y fundamentales de la sociedad</b> . La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.	Artículo 234.- Noción del matrimonio El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un <b>varón y una mujer</b> legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a <b>fin de hacer vida común</b> . El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

*Elaboración propia*

Sobre esta diferencia se debe tener en cuenta que la Constitución es la norma de rango superior en un sistema jurídico como el peruano, consagra los principios fundantes del Estado y de todo el ordenamiento. En la Constitución se consagran los derechos fundamentales, la división del Estado, el manejo del poder, las principales garantías democráticas, entre otros aspectos relevantes para el funcionamiento del país. Tiene un rango superior a cualquier otra norma dentro del país y ninguna norma inferior se le puede oponer pues devendría en inconstitucional y debiera ser expulsada del sistema<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Según el INEI: “en el país se inscriben 262 matrimonios por día (al 2015). En el 2014, se registraron 95 mil 770 matrimonios. Por día fueron 262, lo que equivale a 11 matrimonios por hora” En: publicación digital del INEI por el Día Mundial de la Población titulado “Estado de la Población Peruana 2015”. [http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1251/Libro.pdf](http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1251/Libro.pdf). P.10

<sup>58</sup> Sobre esto se puede ver en la Sentencia del TC N° 1124-2001-AA/TC (11 julio 2002) cuando señala: “6.- La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, «todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir [...] la Constitución [...]». Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los

Teniendo esto en cuenta, cabe resaltar que esta norma de superior jerarquía y rectora de los principios fundantes del Estado no ha determinado una diferenciación con respecto a las personas que pueden acceder a la institución jurídica del matrimonio. La Constitución no señala de manera alguna que el matrimonio sea entre hombre y mujer, ni que sea exclusivamente heterosexual. Debido a esto, vale la pena preguntarse si sería realmente válido que la norma inferior cree una distinción sin mayor justificación cuando la norma superior no lo ha hecho. Considero que no sería válido crear dicha distinción pues, sin haber causal válida y objetiva que permita tal diferencia y viendo que la norma fundamental no la realiza, la norma inferior usaría una causal prohibida (orientación sexual e identidad de género) para generar una limitación que no está prevista en la Constitución, norma encargada de velar por los principios del sistema. Concluyo entonces que, donde la norma superior no hizo diferencia, la norma inferior tampoco la debe hacer.

Considerando el aspecto temporal, se puede notar que la norma Constitucional, además de ser de mayor rango jerárquico, es también posterior al CC pues la Constitución data de 1993 mientras el CC de 1984. Teniendo esto en cuenta se podría entender que, al ser la norma posterior menos restrictiva -y por ende de mayor amplitud en su protección de derechos- hace inaplicable las normas anteriores (o las disposiciones específicas) que se le opongan y creen mayores restricciones que las impuestas posteriormente.

De igual forma, se puede considerar que la normativa Constitucional no se debe interpretar de forma aislada pues es un conjunto de principios, valores, derechos, directrices, etc. por lo que se debe tener en cuenta una interpretación sistemática<sup>59</sup> que le de contenido completo a las disposiciones que la forman. Así, se debe tener en cuenta la Constitución como un todo armónico por lo que la disposición del matrimonio debe ser interpretada en su conjunto con el catálogo de derechos mencionados en sus primeros artículos, incluyendo el derecho a la igualdad y no discriminación por

---

*particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia interprivatos o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.”*

<sup>59</sup> Sobre la interpretación sistemática, Marcial Rubio señala que “(...) la interpretación sistemática trata de mirar íntegramente la Constitución y de dar respuestas normativas constitucionales no desde un texto normativo específico sino desde el conjunto de reglas y principios constitucionales (...) para analizar cada problema constitucional debemos revisar no solamente la regla aplicable sino todo el texto constitucional y los principios de la disciplina (...)”. En: RUBIO, Marcial. “La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2013. P.71

orientación sexual que, como ya hemos explicado antes, proviene de la misma Constitución y de las normas del DIDH que la complementan al mismo nivel.

Cabe mencionar de igual manera que, lo señalado en la Constitución con respecto a la unión de hecho no debe ni puede ser interpretado analógicamente con el artículo 4 antes mencionado pues dicha interpretación analógica restringiría derechos violando así el principio pro persona que debe regir en la interpretación de todas las normas. Además de tratarse de instituciones jurídicas diferentes, cada una de ellas con un supuesto de hecho diferente, requisitos específicos y consecuencias jurídicas particulares.

Aunque ya ha sido mencionado antes, es relevante explicitar una idea esencial para entender el tema pues, al ser la orientación sexual e identidad de género la variable para negar el acceso de las personas al matrimonio, se caería en lo que ya se ha considerado una causal prohibida para realizar diferencia. Debido a esto, la limitación en el acceso al matrimonio que se establece en el CC peruano no sería una distinción, sino una forma de discriminación. Entonces, dicha limitación no sería jurídicamente válida en un ordenamiento jurídico como el peruano que posee la prohibición expresa de la discriminación, tanto por norma constitucional y la jurisprudencia que la desarrolla, como por las normas adoptadas en el marco del DIDH por el Estado peruano.

Si se considera que la orientación sexual y la identidad de género son entendidas como condiciones prohibidas para hacer distinciones (como ya se ha explicado en el capítulo anterior) tales como la raza o la religión, *“impedir el acceso al matrimonio a personas del mismo sexo sería idéntico a prohibir los matrimonios interraciales, ya que la estructura de la prohibición es la misma”*<sup>60</sup>.

Una condición como cualquiera de las mencionadas (raza, religión, sexo, orientación sexual, etc.) estaría siendo tomado como el *“criterio de ingreso a la situación jurídica: este criterio presente en la norma regulará quiénes pueden o no gozar de un derecho - en este caso contraer matrimonio- según si están inmersos o no en esta condición (de la cual no pueden “desligarse” voluntariamente perpetuando la situación de exclusión)”*<sup>61</sup>

Siguiendo el enfoque de género planteado en esta reflexión resulta importante señalar que una restricción normativa como la presente en el CC refleja la mentalidad del

---

<sup>60</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. Unión civil, matrimonio igualitario e identidad de género: la obligación de reconocimiento y tutela de la diversidad sexual en el Derecho peruano. En: Foro Jurídico N° 14 Año 2015. p.109

<sup>61</sup> *Ibidem*.

legislador<sup>62</sup> y nos lo muestra cargado de un fuerte contenido moral, tradicional o hasta religioso más que jurídico y concordante con la evolución del Derecho.

El legislador se muestra excluyente usando una concepción heteronormativa<sup>63</sup> y cisnormativa<sup>64</sup> de la realidad que no es aplicable actualmente dentro de un marco protector de la igualdad y garantista de la no discriminación, pues esta mirada crea una normativa parcializada en donde la alteridad y la no heterosexualidad es vista como no válida, “anormal” y como exterior al ámbito de protección creando una situación de injusta desprotección a gran parte de la población más vulnerable.

Esto lleva también a considerar que el legislador ha valorado la heterosexualidad como el factor más relevante dentro de una relación de pareja y la formación de una familia, excluyendo a un sinnúmero de parejas y familias de la protección que el ordenamiento jurídico prevé para los grupos humanos de este tipo.

Ante esto debemos pensar, además, que el legislador peruano de 1984 no tenía en su visión temporal la posibilidad de un matrimonio que no sea formado por hombre y mujer (como es lo tradicional) pues el contexto de la época no lo incluye como posibilidad. Esto debido a que el primer país es incluir una normativa abierta lo hace en el 2001, por lo que para el año de creación del CC peruano, el legislador seguía con las fórmulas tradicionales que ven al matrimonio como un ámbito de procreación y no de realización de la persona a través de su relación de pareja.

Es por esto que no se debería interpretar que la finalidad del legislador era directamente prohibir este tipo de uniones, sino más bien que se les excluye debido a concepciones antiguas en las que esto no era ni siquiera una opción posible pues no seguía de ninguna manera los criterios tradicionales y la finalidad procreativa. El mayor problema radica en que se ha seguido usando y manteniendo esa fórmula que es discriminatoria a la luz de la obligación existente de no discriminación por orientación sexual y que, en la práctica,

---

<sup>62</sup> El Código Civil de 1984 fue dado a través de un Decreto Legislativo (DL N° 295) emitido por el Poder Ejecutivo, con cargo a dar cuenta al Congreso, el 24/07/84.

<sup>63</sup> Heteronormatividad: Se refiere al sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas “normales, naturales e ideales” y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Se compone de reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a los individuos a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes. Fuente: Guía de Conceptos Básicos de la CIDH (Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>)

<sup>64</sup> Cisnormatividad: Expectativa de que todas las personas son cisgénero, que aquellas personas a las que se les asignó masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres. Fuente: Guía de Conceptos Básicos de la CIDH (Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>)

se usa como una restricción que cierra toda posibilidad de acceso a las parejas no heterosexuales.

La realidad nos demuestra que existen parejas y familias que no se encuentran dentro de este ámbito restringido de protección por la aplicación de esta norma del artículo 234 en un sentido restrictivo, dejando en desamparo injusto a una cantidad de ciudadanos a los que se le niega acceso a este marco de protección por considerar que su relación de pareja y la formación de su familia es, de alguna manera y debido a su orientación sexual e identidad de género, menos valiosa o digna de protección y reconocimiento por parte del Estado, negando así los derechos de este grupo.

Sobre el tema de la heterosexualidad como requisito esencial se puede observar mucha doctrina del Derecho de familia tradicional que señala, por ejemplo, que:

*“Dentro de los fines familiares debe considerarse el hecho de la generación humana y la consiguiente relación de paternidad, maternidad y filiación (...) no alude, pues, a una simple unidad de convivencia por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo (...) todo intento de ‘ensanchar’ lo familiar a vínculos no relacionados con el cumplimiento de fines familiares debe considerarse inconstitucional (...)”<sup>65</sup>*

Como se puede ver, se ha considerado la heterosexualidad como única forma de unión de pareja debido a la idea de que la finalidad más relevante del matrimonio es la procreación de prole. De esta forma, el factor reproductivo ha sido considerado como el fin mismo de la existencia del matrimonio. Me permito disentir con esta visión tradicional y desfasada del Derecho de familia por una serie de razones:

- En primero lugar, debido a que la relación afectiva de una pareja no puede ser cosificada al punto de verla como un mero instrumento para la reproducción (se caería en una visión reduccionista de la finalidad de la institución y de la vocación matrimonial). El matrimonio actualmente no es visto únicamente como un espacio de reproducción socialmente aceptado pues la realidad nos muestra que la posibilidad de tener prole no se limita al vínculo matrimonial y, por otro lado, que el vínculo matrimonial no obliga de ninguna manera a la reproducción (existe un derecho a la autodeterminación reproductiva y a la vida privada que debe ser tomado en cuenta). Muchas parejas optan por el matrimonio debido a la relevancia y reconocimiento social y jurídico que esta institución le da a su

---

<sup>65</sup> PLÁCIDO, Alex. El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. En: Revista Derecho PUC. Nº 71 Año 2013. Lima. Pp. 83-84

relación y la familia que pueden formar, de acuerdo a lo que posteriormente puedan decidir. Reducir la institución matrimonial al mero acto de reproducción sería quitar valor al afecto entre los cónyuges y la voluntad de una vida en común como finalidad en sí misma<sup>66</sup>.

- Antiguamente, el matrimonio era usado para garantizar la creación de prole y la “legitimidad” de los hijos para continuar un linaje. Actualmente, esto no solo es desfasado sino también innecesario pues la Constitución garantiza los mismos derechos para los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. De igual manera, la ciencia permite saber con certeza la paternidad de los hijos por lo que el uso de presunciones como justificación escapan el ámbito de la aplicación real de la filiación. Por esta razón, actualmente la sexualidad, la reproducción y el matrimonio no necesitan estar necesariamente juntos para ser factibles.
- Centrar el matrimonio en la reproducción nos llevaría a concluir que, a pesar de cumplir con el requisito de la heterosexualidad, muchas parejas no podrían contraer matrimonio. Por ejemplo, una pareja heterosexual que voluntariamente desee casarse, pero haya decidido no tener hijos no podría o no debería poder contraer matrimonio bajo la lógica de la finalidad reproductiva pues su vida de pareja no llevaría a la procreación. De igual manera, una pareja heterosexual con problemas de fertilidad o imposibilitada físicamente de concebir no podría acceder al matrimonio por lo misma razón. En todo caso, incluso una pareja de adultos mayores que ya han concebido y cuyos hijos son adultos y ya no dependen de ellos deberían ver extinto su matrimonio pues su posibilidad de reproducirse ya no se encuentra habilitada por los años.

Todo esto descartaría la idea de la heterosexualidad como factor esencial con la finalidad de garantizar la reproducción, por lo que resulta necesaria una actualización del Derecho de Familia peruano para que no solo siga los criterios del derecho privado, sino que adopte los parámetros del DIDH, aplicable a todo el sistema jurídico en general.

Una última cuestión relevante se refiere a la idea de familia que se está tomando para mantener una norma restrictiva como la del CC. Según lo señalado ahí, se estaría tomando un modelo único de familia lo cual no es adecuado pues la realidad nos

---

<sup>66</sup> Ante esto, se puede observar pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se señala que la imposibilidad física para concebir o tener hijos no es un motivo aceptable para impedir a personas transexuales de tener familia. Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom (Estrasburgo, 11 julio 2002)

presenta una variedad de contextos y situaciones que no pueden ser encasillados en un solo molde por lo que, al crear normas que consideren un modelo único de familia, se estaría dejando fuera del ámbito de protección a una gran cantidad de personas de forma injusta restando valor a sus familias y disminuyendo sus posibilidades de ejercer de manera efectiva los derechos que les corresponde.

En este sentido, el TC señala que: *“Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales”*<sup>67</sup>. Se entiende, entonces, que el TC interpreta que *“el mandato constitucional de protección a la familia no está dirigido a un modelo de familia único sino a la diversidad de formas familiares que se presenten en la realidad (...) hay que tener en cuenta su contenido mínimo el cual se traduce en relaciones afectivas, con proyección y planes de vida en común”*<sup>68</sup>

Es importante resaltar, entonces, que la familia es esencialmente un instituto natural, no de origen jurídico, por lo que se ve influenciada por el entorno físico, temporal, contextual, etc. en el que se da.

El artículo 4 de la Constitución lo reconoce de la misma forma al señalar que es un instituto natural y fundante de la sociedad y, debido a esto, su delimitación y determinación no corresponde al Derecho. En el mismo sentido, no corresponde al Derecho ni al legislador limitar su protección a un tipo específico, ni distinguir sus disposiciones dejando fuera a los supuestos que no encajan en su mirada de la familia.

Al igual que en la Constitución peruana, el PIDCP en su artículo 23 señala:

“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

En concordancia con esto se encuentra la CADH en su artículo 17 estipula:

“Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”

---

<sup>67</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. N.º 09332-2006-PA/TC. Caso Shols Pérez (30 de noviembre 2007). Fundamento 7.

<sup>68</sup> FERNANDEZ REVOREDO, María Soledad. Sobre la compatibilidad del matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo con el ordenamiento constitucional peruano. En: Foro Jurídico N° 14 Año 2015. p .123

Como se puede ver, tanto la Constitución peruana, como los instrumentos de DIDH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>69</sup> y el TC peruano coinciden en la idea de que la noción de familia es anterior y aprehendida por el Derecho mas no creada por este, por lo que no es la familia como entidad la que debe adaptarse a lo que dice la norma, sino más bien ser la norma la que se amolde a lo que la realidad muestra para tratar de cubrirla al máximo posible y brindar la protección necesaria al mayor grupo de personas en este ámbito. Debe ser vista, en consecuencia, como una construcción social continua que varía con la misma evolución de la sociedad y los cambios de los tiempos.

Debido a todo lo mencionado, puedo concluir que:

*“(...) la Constitución de 1993 no asume un concepto único y específico de familia, sino que, respetuosa de la pluralidad, deja abierta la incorporación de las distintas formas familiares, siendo todas ellas merecedoras de la protección del Estado (...) no se puede hablar de un modelo constitucional único de familia frente a la diversidad y pluralidad que nuestra Constitución reconoce y respeta. Por el contrario, la Constitución sostiene un concepto abierto de la institución familiar que va a ir variando de acuerdo con la dinámica de las relaciones humanas y de los contextos sociales y culturales”<sup>70</sup>.*

Entonces, la institución matrimonial no se debe ver limitada, así como el concepto de familia, pues es la amplitud del reconocimiento y la diversidad lo que se busca proteger por nuestro sistema normativo y por el mismo DIDH.

Por esto considero que la exclusión de ciertos tipos de familias y de algunas formas de parejas es una forma de limitación de derechos injusta y contraria al DIDH:

*“Así como los hijos y la capacidad procreativa no son esenciales para que la convivencia de dos personas merezca protección legal, no se justifica dejar de amparar, bajo el concepto de familia, a las relaciones homoafectivas. Hacer excepciones donde la ley no distingue es una forma cruel de excluir derechos”<sup>71</sup>*

---

<sup>69</sup> Para más detalle de la noción de familia en este sentido, ver: Caso Atala Riffo e Hijos v. Chile (2012), Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012), entre otras.

<sup>70</sup> FERNÁNDEZ REVOREDO, María Soledad. Óp. cit. pp. 118-120

<sup>71</sup> BERENICE DIAS, María. Derecho fundamental a la homoafectividad. En: Gaceta Constitucional N° 32. Lima. 2010. p. 24

### 2.3.- La igualdad y no discriminación en el acceso al matrimonio como institución jurídica

Como ya se ha visto antes, el matrimonio sería la institución más protectora en lo que refiere a relaciones de pareja en el sistema jurídico peruano, pero debemos preguntarnos si el matrimonio como institución está siendo imposible en su acceso o si se trata de una restricción y de qué tipo o dimensión, así como el motivo de esta.

En primer lugar, cabe localizar las fuentes jurídicas que podrían señalar al matrimonio para el caso peruano como institución jurídica que refleja una realidad social y cultural aprehendida por el Derecho, y que resulta importante en lo que respecta a la protección de una institución natural elemental para la sociedad como la familia.

#### El matrimonio en los instrumentos normativos internacionales y nacionales aplicables al Perú

Instrumento normativo	Artículo correspondiente al matrimonio	Comentario de la autora
<b>Sistema Universal de Derechos Humanos</b>		
Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)	<b>Artículo 16</b> 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen <b>derecho</b> , sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, <b>a casarse</b> y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio	En la DUDH se habla de un “derecho” a casarse sin restricción alguna y se mencionan algunos de los motivos prohibidos que se han comentado anteriormente. De igual manera, se puede resaltar que se habla de hombres y mujeres, pero no se especifica de manera literal que sea “entre” hombre y mujer por lo que no debería hacerse una interpretación restrictiva, sino más bien una pro persona que nos lleve a entenderlo del modo amplio y menos restrictivo.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)	<b>Artículo 23</b> 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el <b>derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia</b> si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.	El PIDCP señala algo similar al mencionar el derecho a contraer matrimonio, aunque sin especificar en su literalidad que este se debe dar solo “entre” hombre y mujer. Además, se debe entender que hay muchos tipos de familia y muchas maneras de formar una por lo que la ratio de una norma así refiere más al afán de protección que al de restricción.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)	<p><b>Artículo 10</b> Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:</p> <p>1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, <b>la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución</b> y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.</p>	Por otro lado, el PIDESC señala que la constitución de una familia merece la más amplia protección y asistencia por lo que, cualquiera sea su forma u origen, una familia de cualquier tipo merece la protección por igual, incluidas las familias constituidas por uniones homoafectivas pues, señalar lo contrario, sería caer en el motivo prohibido de discriminación de orientación sexual e identidad de género.
<b>Sistema Interamericano de Derechos Humanos</b>		
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)	Artículo VI. Toda persona tiene derecho a <b>constituir familia</b> , elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.	En el ámbito interamericano, se dan normas similares que señalan que la construcción de la familia, cualquier sea su forma o tipo, merece y tiene derecho a ser protegida.
Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)	<p><b>Artículo 17. Protección a la Familia</b></p> <p>1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.</p> <p>2. Se reconoce el <b>derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio</b> y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.</p> <p>3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. (...)</p>	La fórmula usada por la CADH es similar a las antes mencionadas pues habla del derecho a contraer matrimonio sin hacer especificaciones de quienes deben componer necesariamente la pareja. La literalidad nos lleva a pensar que lo que se buscaba al señalar “derecho del hombre y la mujer” iba concordante con la protección a las mujeres para evitar matrimonios forzados o arreglados que eludan el consentimiento. Se debe entender, entonces, que tanto hombres como mujeres, es decir todas y todos, tenemos derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, sin que eso implique quienes deben componer necesariamente la pareja para contraerlo.
Protocolo de San Salvador	<p><b>Artículo 15</b> <b>Derecho a la Constitución y Protección de la Familia</b></p> <p>1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.</p> <p>2. Toda persona tiene <b>derecho a constituir familia</b>, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. (...)</p>	Se puede ver como las normas de DIDH relacionan al matrimonio con la constitución de una familia, ampliando nuestro entendimiento del mismo pues el matrimonio no debe ser visto como una institución jurídica separada del hecho de que esa institución permite la mejor constitución de familias bajo el amparo de la protección jurídica.
<b>Ordenamiento jurídico peruano</b>		
Constitución Política 1993	Artículo 4°. - La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También <b>protegen a la familia y promueven el matrimonio</b> . Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.	La Constitución señala la protección especial que tiene la familia y el matrimonio, entendiéndolos como todas las familias. Así lo señala el TC a lo largo de su jurisprudencia y en reiteradas ocasiones refiriéndose a que no se debe considerar que el término “familia” tiene una sola forma de ser compuesta.
Código Civil 1984	Artículo 234.- Noción del matrimonio	El CC habla del matrimonio y utiliza una fórmula clásica y antigua de

	<p>El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un <b>varón y una mujer</b> legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a <b>fin de hacer vida común</b>. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.</p>	<p>matrimonio concebido como unión de hombre y mujer. Ante esto debemos tener en cuenta que el legislador de 1984 no tenía en mente las uniones homoafectivas pues es recién en 2001 que se legisla una fórmula abierta de matrimonio (Países Bajos).</p>
--	--	---

*Elaboración propia*

Como se puede ver, el matrimonio se encuentra relacionado indisolublemente con la posibilidad de crear una familia (considerada como institución natural y social) que se presenta como consecuencia necesaria de la constitución de un matrimonio (aunque este no es la única fuente creadora de una familia).

Luego de analizar lo dicho en la normativa, considero que se presentan dos caminos posibles para enfocar este tema:

Por un lado, sería posible argumentar que el matrimonio en sí constituye un derecho y que, por lo tanto, lo violado cuando se restringe el matrimonio entre personas no heterosexuales sería este derecho en sí como derecho específico. Esto podría argumentarse si se toma una lectura literal de ciertos tratados de DDHH que, como se ha visto en el cuadro anterior, lo señalan así en el fraseo. Aquí se incluye al artículo 17 de la CADH que lo señala así, aunque la intención de la literalidad de la CADH se formuló de esta manera con la finalidad de proteger a la mujer de matrimonios forzados o arreglados que no permitan su libre decisión pues en 1969 (fecha de su creación) el tema del matrimonio igualitario no estaba en la mente de los creadores de la Convención. A pesar de tener la interpretación literal del lado de este argumento y mi convicción personal de que la normativa debería desarrollarse en ese sentido, se debe considerar que argumentativamente esta sería la vía menos eficiente por una serie de desventajas.

En primer lugar, si bien el art 17 de la CADH lo menciona así, la Corte IDH no lo ha interpretado en ese sentido en el único caso de la jurisprudencia que se relaciona al tema (Duque v. Colombia) por lo que no hay antecedente ni interpretación en ese sentido en sistema interamericano. En segundo lugar, la Constitución peruana señala que promueve el matrimonio mas no lo manifiesta como un derecho específico por lo que la argumentación en ese sentido requeriría interpretar que a través del artículo 3<sup>72</sup>

<sup>72</sup> Constitución Política del Perú (1993): **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.

de la Constitución podríamos incluir al matrimonio como derecho, lo cual traería una serie de dificultades argumentativas pues no hay base jurídica y jurisprudencial suficiente que lo respalde en este sentido aún. Otra opción implicaría extraer del art 4 que la “promoción” implica un derecho, lo cual ha sido argumentado de manera confusa por algunos autores<sup>73</sup>, pero resulta de difícil consistencia. En tercer lugar, hablar de “derecho al matrimonio” traería consigo la discusión de otras modalidades y posibilidades más allá del matrimonio igualitario que es el tema de esta investigación. Cuando se habla de un derecho al matrimonio se ha abierto la discusión a temas como el matrimonio polígamo, el adulterio, el matrimonio de menores de edad, la endogamia (matrimonio entre parientes cercanos), uniones inter-especies, etc. Temas que, como se puede ver, exceden el ámbito de esta investigación y se alejan del tema central que es el matrimonio igualitario (entiéndase como matrimonio entre dos personas adultas, capaces y sin impedimentos, con la única variante de eliminar la necesidad de alteridad de sexos como requisito). En cuarto lugar, se debe tener en cuenta a modo de referencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha expresado en varios casos<sup>74</sup> que no existe un consenso europeo sobre el tema ya que no todos los países de la Unión lo contemplan en sus legislaciones nacionales como derecho por lo que los jueces consideran que no lo pueden imponer como derivado de la Convención Europea y, siguiendo la tradición europea, utilizan el margen de apreciación de los Estados<sup>75</sup> para este tipo de materias pues consideran que el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales que varían en cada sociedad y que las autoridades nacionales deben ser

---

<sup>73</sup> Uno de estos autores es el Dr. Enrique Varsi, quien argumenta en favor de la existencia de un “derecho al matrimonio” derivado del artículo 4 de la Constitución. A pesar de eso, como se puede ver intercala su argumentación por momentos refiriéndose al derecho al matrimonio, y en otros momentos hablando de la igualdad en el acceso al matrimonio como institución jurídica. Así señala: “(...) el derecho al matrimonio está relacionado con el libre desarrollo de la persona que se traduce en la libertad de elegir cuándo y con quién casarse. Cualquier restricción a ello resulta inconstitucional. No existe razón lógica y racional que pueda obstruir el acceso de los homosexuales a la institución del matrimonio. Debe entenderse que el derecho al matrimonio es un derecho fundamental garantizado a todos y no a algunos, según podemos entenderlo del artículo 4, conjugando con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución del Perú, que se encuentra sustentado en (...) la prohibición de prácticas discriminatorias por motivos de (...) orientación sexual o de cualquier otra índole. Por lo tanto, todos los ciudadanos peruanos, sin excepción alguna, tienen derecho a contraer matrimonio”. (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique y Marianna Chaves. Legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú. Gaceta Constitucional N° 32. Lima. 2010. P.39)

<sup>74</sup> Ejemplo de esto son: Caso Schalk y Kopf v. Austria (Caso N° 30141/04 del 2010) y Caso Chapin y Charpentier v. Francia (Caso N° 40183/07 del 2016)

<sup>75</sup> Con “margen de apreciación de los Estados” se hace referencia al: “(...) campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejando a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del derecho limitado.” (En: “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”. BARBOSA DELGADO, Francisco. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31242.pdf> )

las que legislen sobre la materia<sup>76</sup> pues son las más cercanas a la sociedad y sus intereses. A pesar de esto, en los casos más recientes, el TEDH ha señalado también que, si bien no hay una obligación de reconocer el matrimonio en estos términos, si hay una obligación de legislar de la manera más protectora de los derechos posible, esto implica crear fórmulas legislativas que ayuden a proteger el patrimonio y los aspectos esenciales de la convivencia de una pareja. En quinto lugar, así como en el sistema europeo, en el interamericano tampoco se puede hablar de una consolidación o un consenso interamericano sobre la materia, dificultando el hecho de imponerlo como obligación específica y directa para los Estados. En este sentido, se debe tener en cuenta el artículo 29 de la CADH que señala los métodos de interpretación que se deben usar, dejando en claro que en el sistema interamericano se usa un sistema de mínimos por sobre el uso europeo del margen de apreciación por lo que, la obligación que se impone a los Estados en esta materia, debe basarse al menos en el mínimo obligatorio para todos y este se refiere a la obligación de no discriminación por orientación sexual mas no al matrimonio como derecho independiente. Sobre esto se debe considerar que el matrimonio como derecho universal se encuentra en proceso formación o, como diría el Dr Gregorio Peces-Barba, en un proceso de generalización. Siguiendo a este autor se ha señalado que este proceso *“supone (...) la extensión de los derechos al resto de la sociedad, a los más débiles, superando parcialmente algunas negaciones. Se asume que los derechos (...) trascienden a la historia y se extienden por el tiempo, llegando cada vez a más titulares (...)”*<sup>77</sup>. En pocas palabras, este proceso de generalización se refiere a *“(...) las contribuciones que a lo largo de la historia de los derechos se han realizado para extender el disfrute de los derechos a todos sus titulares potenciales, es decir, la humanidad.”*<sup>78</sup> En este sentido, el proceso de generalización todavía no se encuentra completo pues todavía hay muchos países que no lo reconocen como un derecho específico ni han abierto su legislación a supuestos como el matrimonio igualitario, tampoco hay pronunciamientos en ese sentido de fuente jurisdiccional ni una práctica generalizada de los Estados.

Por otro lado, la segunda opción sería partir de una obligación ya reconocida y vigente para los Estados (aplicable al Perú) que es la derivada del derecho a la igualdad y no

---

<sup>76</sup> Cabe resaltar que, si bien el TEDH no dio la razón a los peticionarios en casos como Chapin y Charpentier v. Francia, el mismo Estado francés reconoció el matrimonio igualitario a través de una ley el 17 de mayo del 2013.

<sup>77</sup> IGLESIAS GRAZÓN, Alberto. La evolución de los Derechos Fundamentales a partir del siglo XIX. Lección quinta. Instituto de Derechos Fundamentales “Bartolomé de las Casas” p.6. Disponible en: [http://ocw.uc3m.es/filosofia-del-derecho/teoria-e-historia-de-los-derechos-humanos/material-de-clase-1/leccion-5-la-evolucion-de-los-derechos-fundamentales-a-partir-del-siglo-xix/at\\_download/file](http://ocw.uc3m.es/filosofia-del-derecho/teoria-e-historia-de-los-derechos-humanos/material-de-clase-1/leccion-5-la-evolucion-de-los-derechos-fundamentales-a-partir-del-siglo-xix/at_download/file)

<sup>78</sup> Ídem. p.8

discriminación por orientación sexual e identidad de género para señalar que esta obligación vincula al Estado y, debido a esta, no se puede negar el acceso a una institución jurídica como el matrimonio. Como se puede ver en el Capítulo I de la presente investigación, la obligación que señalo tiene fundamentos jurídicos a nivel internacional (tanto en el sistema universal como interamericano) y nacional por lo que se encuentra plenamente vigente para el Estado peruano y constituye un motivo razonable de protección especial debido a la situación de vulnerabilidad de este grupo en específico.

Además de esto, el mismo Estado peruano ya ha reconocido esa obligación en otros temas que se están tocando actualmente, tales como la penalización de los conocidos “crímenes de odio” debido a la causal de orientación sexual e identidad de género, la inclusión de este tema en el currículo educativa, su inclusión también en el próximo Plan Nacional de Derechos Humanos y, de igual manera, en las múltiples sentencias del TC peruano que han sido mencionadas<sup>79</sup> en las que se señala la orientación sexual e identidad de género como aspectos protegidos por el derecho a la igualdad y no discriminación.

Debido a esto (y como ya se ha demostrado en el Capítulo I) la obligación de igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género se encuentra actualmente vigente y es exigible, además de ser reconocida como tal por el SIDH y el mismo Estado peruano por lo que exigir que se respete esta obligación en el tema específico del acceso a la institución del matrimonio no solo implica acudir a la vía argumentativa más eficiente sino que, además, resulta un pedido completamente justo y acorde con el DIDH. En consecuencia, esta es la vía que ha sido escogida y que justifica todo este trabajo de investigación.

Siguiendo esta línea y basándose en el argumento de la obligación de protección contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, se puede ver el reciente Informe Defensorial N°175 (setiembre 2016) titulado “Derechos Humanos de las personas LGBTI: necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú”. Este Informe explora de manera bastante completa los diversos aspectos de la vida de las personas de este grupo y los ámbitos de esta en los que se produce discriminación, señalando la necesidad de que el Estado tome medidas específicas para proteger sus

---

<sup>79</sup> A modo de ejemplo, la Sentencia TC N° 05652-2007-AA es una de las tantas sentencias del TC que señala entre sus fundamentos: “21. En conclusión, la prohibición de discriminación es una obligación general de los Estados en materia de derechos humanos, que les impide privar el goce o el ejercicio de los derechos humanos a personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, ya sea por motivos de origen, sexo, raza, color, **orientación sexual**, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole”

derechos. Es notorio entonces que, si se exige la necesidad de medidas específicas y políticas públicas para la protección de este grupo vulnerable, esto es debido a la existencia de esta obligación reconocida por el Estado. Así, la Defensoría del Pueblo señala en este Informe que la población LGBTI se encuentra en una situación de invisibilidad<sup>80</sup> y desprotección por parte del Estado. Esta desprotección incluye el ámbito de sus familias, por lo que la Defensoría señala que no existe un marco normativo especial que los proteja y que, además de no existir marco especial, el marco normativo general existente se interpreta de forma restrictiva por lo que el resultado es aún más vulneratorio. En ese sentido, la Defensoría señala estar en favor de la creación de una institución o marco de protección para las parejas no heterosexuales y señala que lo considera constitucionalmente correcto. Por esto, la Defensoría concluye que esta población se enfrenta a una serie de prejuicios, estereotipos y estigmas que los llevan a una situación de discriminación y exclusión social que dificulta el ejercicio de otros derechos y que la falta de reconocimiento de sus uniones de pareja y las familias que conforman es una vulneración al derecho a la igualdad y al libre desarrollo personal.<sup>81</sup>

Como se puede ver, el Informe Defensorial sigue la misma línea al señalar que la protección especial de este grupo proviene, principalmente, de la obligación del Estado en materia de igualdad y no discriminación y que, debido a esto mismo, no se debe impedir el reconocimiento de sus uniones y familias, por lo que se debe facilitar una vía de protección legal de las mismas. Se entiende que, no habilitar una vía de acceso a una institución jurídica de protección de sus uniones, constituye una vulneración de sus derechos y, por lo tanto, una violación de la obligación internacional del Estado peruano en la materia.

Debido a esta situación de vulneración constante que se presente en el Perú por la falta de reconocimiento de las parejas no heterosexuales y las familias que constituyen a través de la negativa de acceso a la institución existente para eso (matrimonio civil) es que se ha presentado un nuevo proyecto de ley. Este proyecto (Proyecto de Ley N° 961-2016-CR del 14 de febrero del 2017) presenta la propuesta congruente con este argumento que es la de modificar el artículo 234 del CC para crear una fórmula abierta. Además, establece un mandato de prohibición de interpretación normativa que excluya de protección a las parejas del mismo sexo, así como el reconocimiento de los matrimonios no heterosexuales realizados en el exterior.

---

<sup>80</sup> Para demostrar esto, la Defensoría del Pueblo ha recurrido al censo del 2013 en el que se ha invisibilizado por completo a las parejas conformadas por personas del mismo sexo pues no se les ha considerado en las cifras como familias.

<sup>81</sup> Ver: Conclusión N° 17 del Informe Defensorial N° 175. Defensoría del Pueblo. Setiembre 2016

El nuevo proyecto habla en su Exposición de motivos del uso del control de convencionalidad y señala que es necesario verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y demás tratados. Esto es obligación (cumplir de oficio) de toda autoridad pública, incluyendo al Poder Legislativo y los Congresistas. Debido a esto, se hace necesario comparar la normativa nacional con los estándares de DIDH y ver su compatibilidad. Ante este análisis de compatibilidad, las y los congresistas que presentan este proyecto concluyen que esta modificación se hace necesaria para evitar la restricción de acceso al matrimonio de las parejas no heterosexuales y, en consecuencia, del ámbito de protección que el matrimonio otorga como institución jurídica llena de derechos y deberes entre los cónyuges y para con la familia que forman.

Concluyo, entonces, que el motivo de la restricción de acceso al matrimonio es un motivo prohibido por la normativa de DIDH y por la misma normativa nacional peruana por lo que corresponde remover la restricción y permitir el acceso igualitario para, de esta manera, cumplir con la obligación de respeto a la igualdad y no discriminación en este aspecto.

Esto generaría la necesidad de una modificación normativa en la regulación actual del matrimonio que algunos consideran una crisis en la institución del matrimonio civil, pero se debe tener en cuenta que toda institución jurídica, como el Derecho mismo, evoluciona, cambia y se va modificando al ritmo de los cambios sociales:

*“(...) se debe tener presente que la posibilidad de apertura hacia el matrimonio homosexual está lejos de ser la primera “gran crisis” de la institución matrimonial (...) antes de este momento, sin duda decisivo, ocurrieron al menos tres anteriores tsunamis legislativos en relación al matrimonio, los cuales involucran lo siguiente: las leyes que consagraron el matrimonio civil, desligándolo del matrimonio-sacramento, como único medio con potestad para investir de efectos sociales, religiosos y legales a la unión marital; las normas que reconocen la igualdad entre varones y mujeres y su impacto en los efectos personales y patrimoniales del matrimonio; y las leyes que permiten el divorcio vincular”<sup>82</sup>*

Como se puede ver, las instituciones jurídicas han sido creadas con una finalidad más grande que su mera existencia dentro del ordenamiento jurídico, más bien han sido creadas para dar seguridad y garantizar derechos y deberes entre las personas. Las instituciones jurídicas sirven y son útiles en tanto la realidad social en la que se crean

---

<sup>82</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. “¿Matrimonio igualitario o unión civil? A propósito de las propuestas de regulación de las uniones homoafectivas en el Perú” En: Gaceta Constitucional Nº 32. Lima. 2010 p.67

las sienta útiles. Si estas instituciones comienzan a quedar “chicas” frente a la realidad lo que corresponde es adaptar el Derecho y permitir que evolucione, en lugar de mantenerlo como una antigüedad de museo, que se ve, se admira de lejos, pero no se aplica a la vida cotidiana de las personas que la necesitan. Es por esto que el matrimonio civil, como institución de contenido jurídico, pero de base social, debe seguirle el paso a la sociedad en la que se aplica y debe seguir su mismo camino evolutivo para así poder lograr el impacto social para el que fue creado.



### Capítulo III:

## Influencia de la modificación normativa en la calidad de vida del grupo LGTBIQ y su impacto en la sociedad peruana

Como se ha podido observar en los apartados anteriores, las implicancias de esta apertura normativa serían considerables. Debemos tener en cuenta los efectos que esta medida tendría a nivel jurídico, social, colectivo e individual.

Por un lado, como ya había mencionado antes, ampliar la literalidad normativa del matrimonio que se señala en el Código Civil para eliminar las restricciones en materia de orientación sexual e identidad de género, crearía un marco normativo protector de los derechos humanos de todos los peruanos por igual, lo que implica que (en esa materia en específico) el Estado peruano estaría recién cumpliendo con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en lo referente a la prohibición de discriminación y el derecho a la igualdad, así como el respeto de lo estipulado en las normas constitucionales en las mismas materias. Creándose así un marco normativo más justo e igualitario y un Estado más cercano al respeto de los derechos de sus ciudadanos.

Por otro lado, se debe tener en cuenta el impacto general que se causaría en la sociedad peruana considerando que este cambio normativo produciría un impacto que causaría un cambio social. Si bien es cierto que existen muchos grupos religiosos y tradicionales que se niegan y oponen a esta posibilidad, debemos tomar en cuenta que siendo parte de una sociedad sumamente machista y discriminatoria con las poblaciones “diferentes”<sup>83</sup>, este factor de oposición no resulta nuevo y tampoco debería constituir un obstáculo absoluto al momento de concebir medidas igualitarias de derechos humanos.

A pesar de esta oposición, no se puede dejar de lado la idea de que crear medidas de apertura y de igualdad en nuestra sociedad podría traer consigo también efectos positivos que, no solo promuevan espacios de dialogo en la sociedad en general, sino que también promuevan actitudes de respeto y tolerancia hacia el colectivo LGTBIQ.

A nivel del colectivo también se podría ver un impacto pues las modificaciones normativas y los consecuentes cambios sociales tendrían repercusión en los espacios en los que este grupo actúa como colectivo. Una modificación de este tipo constituiría

---

<sup>83</sup> Para más detalle sobre la discriminación “por horror a la diferencia” ver: CALLIRGOS, Juan Carlos. La discriminación en la socialización escolar. PUCP. Lima. 1995. Disponible en: <http://alertacontraelracismo.pe/wp-content/uploads/2013/09/Callirgosladiscriminacionenlaescuela.pdf>

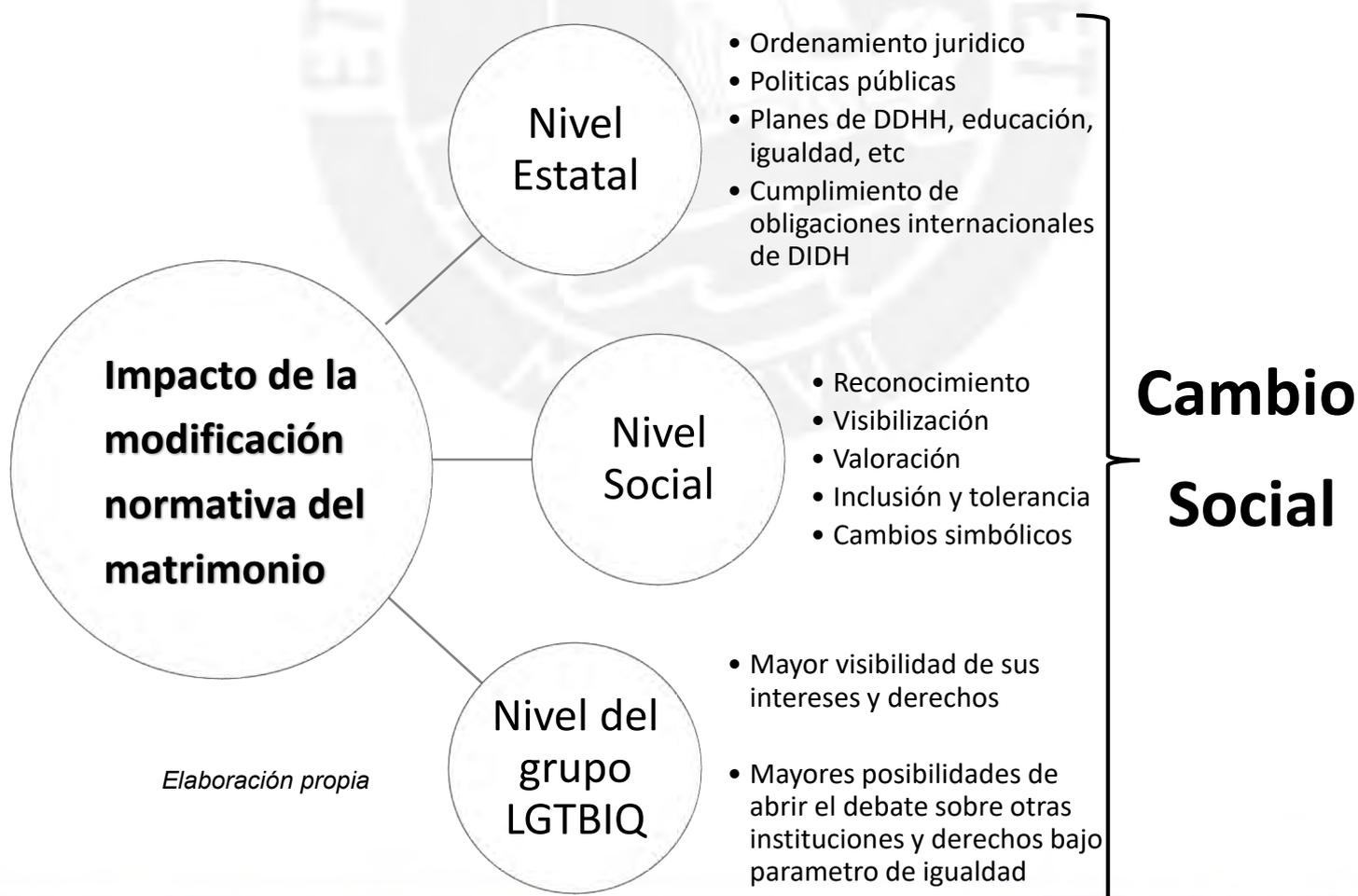
una forma de reforzar la causa de este grupo y su lucha continua por ser considerados como ciudadanos y afianzar su participación como colectivo en la sociedad haciéndose escuchar y llevando sus necesidades e intereses a nuevos espacios.

Por último, se debe considerar también el impacto que esta modificación conseguiría en la calidad de vida de cada una de las personas no heterosexuales tanto en lo que refiere a la posibilidad de obtener reconocimiento y protección jurídica de sus uniones, así como de los efectos del cambio social que genera esta medida.

Para poder analizar estos aspectos he decidido agruparlos en dos secciones cada una caracterizada por un aspecto esencial. El ámbito jurídico, social y colectivo se han unido bajo la idea del cambio social y el ámbito individual bajo el concepto de ciudadanía.

### **3.1.- Cambio social generado gracias a la eliminación de restricciones normativas del matrimonio**

Como señalaba líneas arriba se debe tener en cuenta diversos aspectos que confluyen en la sociedad peruana actual cuando hablamos de temas como el matrimonio igualitario. En este apartado tocaré los aspectos colectivos en los que impacta la modificación normativa generando un cambio social.



Si bien es cierto que normativamente no debería existir impedimento alguno por todo lo ya explicado referente a la prohibición de discriminación y el derecho a la igualdad, las trabas u obstáculos para este tema no nacen del mundo jurídico en sí, sino que se reflejan en este provenientes de la sociedad que lo crea.

El legislador del CC ha plasmado en la norma sus ideas, moral, principios religiosos, etc. en un intento infructuoso de ser (o al menos parecer) neutral y objetivo. El Derecho debe ser, por definición, objetivo, abstracto y general pero respetuoso de los principios que lo rigen y le dan base (como el de igualdad y no discriminación).

Debido a esto, resulta una contradicción mantener la norma como se encuentra actualmente, por lo que el cambio en ese sentido se hace necesario y urgente, además que constituye (como señalaba antes) la forma adecuada de cumplir con las obligaciones internacionales que imponen estándares de derechos humanos que el Estado peruano debe respetar.

Esta oposición a la modificación normativa no se da entonces por razones jurídicas, al contrario, la oposición tiene origen social y se contrapone a lo que las razones jurídicas nos dictan. Existen grupos dentro de la sociedad que conservan ideas religiosas y morales muy tradicionales en las que la homosexualidad (por ejemplo) o las formas diversas de vivir la sexualidad son vistas como “anormales”, “impuras” o “pecaminosas”.

Son estas concepciones religiosas y morales las que han influenciado muchas normas en el pasado y hasta la actualidad, y son estos grupos de personas los que se oponen a las modificaciones.

A pesar de esto, se debe tener en cuenta que el Derecho tiene una existencia dinámica que debe ir variando y acomodándose a los cambios en la sociedad que se dan con el paso del tiempo y la explosión esporádica de nuevos movimientos defensores de causas como la LGTBIQ.

Esto debido a que *“El Derecho es la cristalización en normas e instituciones jurídicas de los fenómenos que ocurren en la sociedad a través de las leyes y de la dinámica propia del cuerpo social”*<sup>84</sup>. Esta dinámica es la que nos lleva a considerar la evolución histórica de los temas que van apareciendo, exigiéndole al Derecho cambios.

En décadas anteriores, las luchas sociales se basaban en la eliminación de la discriminación racial y étnica justificada en las normas de cierto tipo que “normalizaban” la discriminación. De manera casi continua, aparecen las luchas de reivindicación de la

---

<sup>84</sup> ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo. Derecho y Desarrollo. Fondo Editorial PUCP. Lima. 1978. p. 49

mujer y su rol en la sociedad exigiendo que se reconozcan iguales derechos para las mujeres en todos los ámbitos de la vida y sus espacios en la sociedad. En la actualidad, la lucha se basa en la igualdad por orientación sexual e identidad de género y muchos países han ido acogiendo estas medidas en su normativa<sup>85</sup>.

Así, la sociedad va cambiando y exigiendo cada vez más derechos para más personas, ampliando la visión de las cosas e incluyendo más situaciones bajo el amparo del Derecho haciendo que este tenga que evolucionar constantemente.

En este sentido, se dice que:

*“(..) hay momentos históricos en que todo el ordenamiento jurídico se cuestiona por las mayorías populares por no responder ya a las exigencias de las nuevas realidades sociales. Por eso se ha dicho que todo orden jurídico está siempre en crisis (...)a medida que pasa el tiempo (...) si el legislador no es avezado y diligente, descuidándose en tomar el pulso y diagnosticar para galvanizar los desajustes sociales que se vayan produciendo en el devenir histórico, el ordenamiento legislativo se irá endureciendo y entrará en estado de esclerosis y de esta forma aumentará el número de descontentos al verse golpeados por la injusticia social, que aspirarán por otro más justo y más humano. (...) Porque si el Derecho tiene por objeto hacer imperar el orden en la sociedad, el verdadero progreso jurídico consiste en promulgar reglas nuevas que aseguren un orden mejor y más progresista, ajustándose así a los acontecimientos históricos, aun cuando desgraciadamente por lo general esto no sucede así, por no comprender el legislador el alcance y valor del instrumento jurídico que maneja para producir cambios sociales”<sup>86</sup>*

Se puede ver entonces, que, así como la sociedad puede influenciar en el contenido y la creación de Derecho, también el Derecho (influenciado por los valores que le dan base) puede tener un impacto en el grupo social en el que se aplica generando un cambio social.

A pesar de esto debo explicar que, si bien se puede dar el cambio social esperado, no siempre es posible medir de manera certera el comportamiento del colectivo con respecto a la norma que se da y los resultados que produce. De igual manera, no se puede afirmar que si se logra la igualdad y la no discriminación en la sociedad peruana sea solo por esta modificación normativa. Lo que sí puedo señalar es que esta

---

<sup>85</sup> En el capítulo 2 podemos ver la lista de países que poseen normativa inclusiva en este aspecto.

<sup>86</sup> RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Abogacía y Derecho (derecho comunitario, cambio social y revolución). Editorial Reus. Madrid. 1986. p. 165-166

modificación generaría una contribución significativa al cambio social que se pretende lograr y que, a pesar de las contingencias, puede generar un impacto positivo en diversos aspectos.

Se debe tener en cuenta que se trata de una institución natural, social y jurídica de gran relevancia en la historia de la lucha por la igualdad de género y que, por su relevancia, tiene trascendencia social y jurídica generando gran visibilidad para su reconocimiento y, además, que tiene consecuencias en múltiples aspectos de la vida cotidiana que lo hacen ideal como institución precursora en la lucha por la igualdad.

La modificación normativa que señalo como necesaria podría generar cambios en la realidad social peruana al ampliar el concepto del matrimonio permitiendo el acceso a esta institución a todos y todas por igual. Esto implicaría un reconocimiento de todas las parejas en una situación de igualdad con las parejas heterosexuales y, en consecuencia, de todas las familias con el mismo valor e importancia.

Me refiero, en realidad, no solo a un reconocimiento jurídico sino al reconocimiento como forma de valoración y visibilización en la sociedad. Esto implica, “re-conocer” entendido como volver a ver al otro como parte de la misma sociedad con los mismos derechos y el mismo valor como persona.

Así lo señala Charles Taylor cuando señala:

*“(...) nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o la falta de éste (...) así, un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una autentica deformación si la gente o la sociedad que lo rodea le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo o degradante o despreciable de sí mismo (...) la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido (...) el reconocimiento debido no es solo una cortesía que debemos a los demás: es una necesidad humana vital”<sup>87</sup>*

Se ve cómo el reconocimiento se vuelve una necesidad en la construcción de nosotros mismos y nuestra identidad como sujetos. Negar ese reconocimiento es negar la existencia misma de lo que somos y, por ende, causa grave daño en la persona, en la forma como se concibe a sí misma y en el modo de desarrollar su vida a lo largo del tiempo.

---

<sup>87</sup> TAYLOR, Charles. La política del reconocimiento. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1993. P. 45

Entonces, “(...) el reconocimiento pleno de estos derechos dota a un colectivo tradicionalmente discriminado de visibilidad como actor social y permite recuperar algo de su dignidad al reclamar para sí respeto y un tratamiento acorde con su calidad de ciudadanos(as), tal como indica la Constitución”<sup>88</sup>.

En ese sentido, cuando hablo del matrimonio como institución que permite el reconocimiento me refiero a que:

*“La falta de reconocimiento de la convivencia de las parejas del mismo sexo produce una degradación respecto de la calidad del ser humano de quienes tienen una orientación sexual distinta al modelo cultural predominante. A ello se suma el reforzamiento en el imaginario social de una idea de sujetos de estatus inferior, cuyo resultado es la estigmatización e incluso la violencia contra quienes no encajan en el modelo sexual, produciéndose así un daño al tejido social”<sup>89</sup>*

Así, el reconocimiento se vuelve una finalidad necesaria y vital recurriendo, entonces, a la visibilización de las relaciones no heterosexuales para buscar su respeto y que se les otorgue el lugar en la sociedad que realmente les corresponde. Pero, además de eso, se les daría la valoración como pareja y familia que por tanto tiempo se les ha negado bajo argumentos morales o religiosos que no aplican en un Estado laico y Constitucional de Derecho en que las normas se rigen por principios y valores como los consagrados en los derechos humanos.

Visibilizar una parte de la sociedad (y de la realidad cotidiana) que ha sido voluntariamente pasada por alto generaría que la sociedad en conjunto como grupo humano y como colectivo organizado amplíe su mirada y vea hacia estos sectores ocultos por los estereotipos y concepciones morales y religiosas. Al hacerlo visible, ponemos en la palestra pública el tema, usando al matrimonio como institución precursora que genere una ola de reconocimiento (primero a sus uniones en sí para luego ir ampliándose a los derechos conexos).

Al ampliar la figura del matrimonio no solo se está protegiendo ese aspecto, sino que se está ampliando las posibilidades de ir añadiendo bajo este enfoque de género y de derechos humanos a otras instituciones jurídicas y sociales que también necesitan ser modificadas bajo los estándares que impone el principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género.

---

<sup>88</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. Óp.cit. (“¿Matrimonio igualitario o unión civil?”) p. 58

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ REVOREDO, María Soledad. Óp. cit. p. 122

A su vez, esto repercutirá en otras políticas públicas, normas, instituciones, etc. y en el acceso igualitario a estas, considerando que este acceso no se limita a la mera posibilidad de hacer uso de estas instituciones, sino de la adaptabilidad de las medidas y normas para que contengan disposiciones basadas en el enfoque de género y de igualdad en todos sus aspectos: acceso, contenido, efectos, beneficiarios, etc.

Este reconocimiento debería ir expandiéndose por diversos ámbitos y espacios de la vida social, reforzado por políticas públicas que incluyan esta mirada al otro en temas tan importantes y básicos como la educación. Incluir esta mirada valorativa del otro en otros ámbitos de la sociedad implica no solo un respeto y tolerancia por el otro, sino que sobre todo se basa en un darle valor al otro como paso necesario para lograr una sociedad igualitaria.

Esta nueva mirada de las personas, de la sociedad y de la convivencia como colectivo generada por el cambio social dado a partir del cambio en la concepción jurídica del matrimonio debe ser analizada bajo la mirada de lo que se entiende por cambio social:

Señalamos entonces que *“(...) es posible identificar cuatro nociones de cambio social, reflejadas en cuatro teorías del desarrollo diferentes:*

- 1) *La linealidad del paradigma de la modernización y su conceptualización del cambio social como un proceso de desarrollo unidireccional vinculado fundamentalmente con el desarrollo económico y la economía de mercado,*
- 2) *Las críticas al paradigma de la modernización, que conservan una concepción lineal del cambio social entendido fundamentalmente como crecimiento económico, pero enfatizan el rol central del Estado, reflejadas en las teorías de la dependencia,*
- 3) *El paradigma participativo cuya noción de participación activa o agencia reconoce el rol de las comunidades en los procesos de desarrollo,*
- 4) *El paradigma del posdesarrollo, con su énfasis en la voz y la representación de los marginados en el discurso predominante respecto del desarrollo”<sup>90</sup>*

Para el tema de esta investigación, considero que la última noción de cambio social es la más apropiada pues se refiere al “cambio social” relacionado con el paradigma del posdesarrollo que va más allá del desarrollo visto como crecimiento económico para pasar a la época del desarrollo humano donde el desarrollo se mide en torno al ser humano y el colectivo y a la posibilidad de cobertura de sus necesidades relacionado

---

<sup>90</sup> TUFTE, Thomas. Comunicación para el cambio social (La participación y el empoderamiento como base para el desarrollo mundial). Editorial Icaria. Barcelona. 2015. Pp. 129-130

con el ejercicio de sus derechos al máximo de sus capacidades, teniendo en mente una meta de sostenibilidad. Se entiende, entonces, que el desarrollo se ve *“como un proceso de cambios cualitativos y cuantitativos experimentados por un grupo humano, conducentes a su bienestar personal y social en diferentes órdenes: político, económico, cultural, etc.”*<sup>91</sup>

De esta manera, el último paradigma que mencionaba es el más adecuado al considerar que esta concepción del “desarrollo” como desarrollo humano implica necesariamente la participación activa y la representación de los colectivos históricamente marginados en la sociedad a través de instituciones y medios que les den visibilidad y reconocimiento para que sus voces sean escuchadas y valoradas por igual.

En este paradigma de desarrollo, el cambio social se ve como un factor que permite una transformación en varios ámbitos -como había mencionado antes- que trae como consecuencia también un efecto simbólico en el plano más inmediato como es el del lenguaje, por ejemplo, al volverlo necesariamente más inclusivo y amplio para referirse a categorías específicas. Un ejemplo claro de esto sería -con respecto al matrimonio- dejar de concebirlo como “hombre” y “mujer” o “esposo” y “esposa” necesariamente, adoptando otras formas como “cónyuge” que es mucho más neutro<sup>92</sup>.

Otro momento de cambio lingüístico, por ejemplo, sería el de eliminar la diferencia entre “pareja heterosexual” o parejas que no lo son pues todos caerían dentro del rubro de “pareja de cónyuges” sin necesidad alguna de hacer diferencias. Incluso, uno muy relevante en este aspecto, sería el relativo a la norma civil sobre matrimonio que, como ya se ha hecho en muchos países que lo aceptan en su normativa, la literalidad cambia de “hombre” y “mujer” por el término “persona” que no solo es más amplio, sino que nos da una idea más clara de la esencia misma del matrimonio como unión de dos personas por vínculos afectivos con un fin común más que como una unión meramente reproductiva o instrumental.

Estas formas lingüísticas y muchas otras que podrían derivar de este contexto nuevo también son una consecuencia del cambio propuesto que, a su vez, reforzaría el cambio social a nivel simbólico en el imaginario colectivo abriendo la posibilidad de “normalizar” (dentro de lo que cabe el término) a las parejas no heterosexuales ante la sociedad,

---

<sup>91</sup> BARRANQUERO MÁLAGA, Alejandro. “Concepto, instrumentos y desafíos de la edu-comunicación para el cambio social”. En: Revista Científica de Comunicación y Educación “Comunicar”. Nº 29. España. 2007. P. 116.

<sup>92</sup> Esta es la fórmula usada por los países que amplían su normativa del matrimonio al cambiar la literalidad de sus normas civiles cambiando el término “esposo” y “esposa” por el término neutro “cónyuge”.

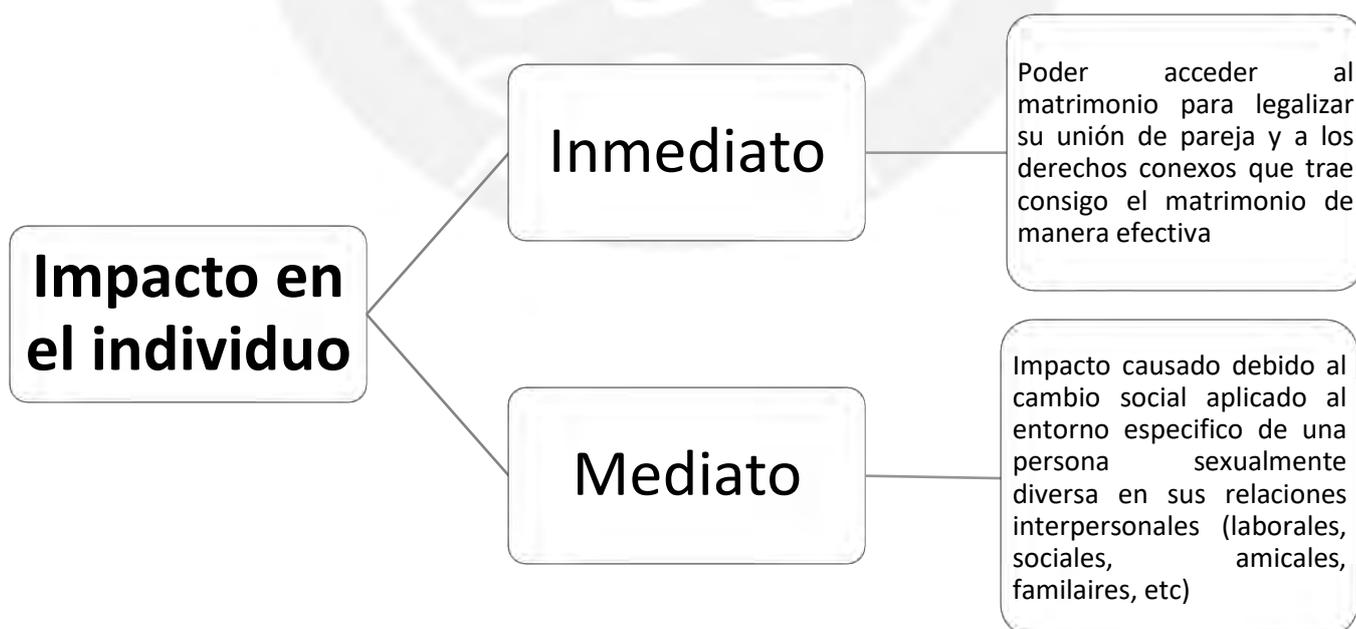
alejándose poco a poco de esa idea de “patologización” de la diversidad sexual en la que la sociedad peruana ha vivido por tanto tiempo.

Habría que tener en cuenta que esto podría generar más espacios para que las personas sexualmente diversas sientan dignificada su identidad y tengan menos obstáculos para vivir libre y abiertamente su sexualidad y sus relaciones de pareja.

A pesar de todos estos efectos positivos que puede traer este cambio, se debe tener en cuenta lo que mencionábamos antes con respecto a los grupos opositores a esta apertura. Si bien es cierto que este tema genera cierta resistencia en algunos sectores de la sociedad, no se debe permitir que un tema esencial de derechos humanos se vea interrumpido en su avance por posiciones tradicionales. Todo cambio, toda evolución y todo avance siempre encuentra resistencia en su camino, pero un tema de discriminación no está ni debe estar sujeto a opiniones o pareceres.

### **3.2.- Impacto en la calidad de vida y el consecuente ejercicio efectivo de la ciudadanía de personas sexualmente diversas**

Como señalaba al inicio de este apartado, el impacto de la modificación normativa se daría en el colectivo (Estado, sociedad, grupo LGTBIQ) y en el individuo específico. Si se considera el impacto en el individuo se debe tener en cuenta dos ámbitos de este:



*Elaboración propia*

Cuando se ve el impacto en el individuo se debe considerar estos dos aspectos mencionados. El efecto inmediato se realiza con la sola posibilidad de acceder a la institución del matrimonio de modo libre e igualitario y sin restricciones discriminatorias. Acceder trae consigo una serie de consecuencias jurídicas, sociales, familiares, etc. que implican el reconocimiento de su relación de pareja y la posibilidad de ejercer de forma directa y efectiva los derechos relacionados, así como verse obligado a cumplir con los deberes que conlleva.

En tanto al efecto mediato, se le debe considerar en relación al impacto social como consecuencia de este aplicado al individuo. El cambio social generaría una situación que recaería sobre el individuo y sobre su entorno creando este efecto mediato en la calidad de vida de cada persona. Este impacto, entonces, podría generar una mejora en la calidad de vida de los miembros del grupo LGTBIQ al generar un cambio social que disminuya la situación de discriminación aliviando las consecuencias negativas que esto trae consigo en diversos ámbitos de la vida cotidiana y aminorando efectos negativos en lo laboral, social, familiar, amical, etc.

Poder lograr estas mejoras en la calidad de vida permitirá, a su vez, el pleno ejercicio de derechos en igualdad, lo que implica el ejercicio efectivo de la ciudadanía entendida como presupuesto necesario para el funcionamiento de una verdadera democracia.

La ciudadanía debe ser entendida en sus 3 dimensiones:

*“- En primer término, se identifica con la **posesión de derechos** –civiles, políticos y sociales- cuya dinámica cambiante da lugar a una ampliación o a una restricción de sentido. De allí que resulte interesante relacionar el fenómeno de pérdida de ciudadanía con la restricción de los derechos sociales y la pérdida de influencia en las políticas públicas de los sectores que padecen procesos de exclusión. Hablar de derechos supone **no sólo aludir a aquellos que los ciudadanos poseen formalmente, sino también las condiciones bajo las cuales los derechos ciudadanos se realizan efectivamente.***

*- En segundo término, la ciudadanía se define como **pertenencia a una comunidad política.** En las sociedades modernas la pertenencia a un Estado es la garantía de inclusión en los sistemas de distribución de bienes y de reconocimiento de derechos. Se está frente a un fenómeno singular, el de la exclusión de aquellos que nominalmente son ciudadanos, pero que en los hechos “no pertenecen”.*

- En tercer término, la participación en la vida pública y en los mecanismos de deliberación en cuanto a la toma de decisiones de acción política. Los derechos significan no sólo una formalidad, sino un ejercicio efectivo y la pertenencia implica **participar en la construcción de una identidad y de un orden político democrático.**<sup>93</sup>

Estas tres dimensiones se complementan y retroalimentan entre sí, teniendo en cuenta que la primera dimensión se relaciona con el impacto inmediato mientras que la segunda y tercera con el impacto mediato en el individuo a partir de un contexto del entorno.

Se puede ver entonces que la ciudadanía no es una idea restringida a poder votar o ser elegido en elecciones para cuestiones públicas, va mucho más allá, generando ejercicio efectivo de derechos y espacios de participación real y de sentido de pertenencia e identidad con un colectivo determinado.

Se entiende, entonces, que *“la verdadera ciudadanía se aprende, y se experimenta, en el vecindario, con la familia, en el trabajo, en la vida asociativa, en el municipio y, por supuesto, en la escuela y los centros de formación y, siempre, mediante el ejercicio cotidiano – en cualquiera de esos ámbitos – de nuestros derechos y libertades”*<sup>94</sup>

Es la retroalimentación entre espacio social e individuo lo que genera el mayor efecto y un impacto en continuo aumento:



<sup>93</sup> BENITO MARTINEZ, Juan. “Educación y ciudadanía”. En: Revista de Filosofía Eikasía. Oviedo- España. 2006. P.3. Disponible en: <http://revistadefilosofia.com/educacionyciudadania.pdf>

<sup>94</sup> IMBERNÓN, Francisco (coord.), Joan MAJÓ, Michela MAYER, Federico MAYOR, Rigoberta MENCHÚ y Juan Carlos TEDESCO. Cinco ciudadanía para una nueva educación. Editorial Grao. Barcelona. 2002. P. 23

Esto ayuda a entender al Derecho no solo como un conjunto de normas y regulaciones formales, sino que demuestra que el Derecho es también un sistema de valores que pueden llegar a inspirar cambios sociales. Si bien es cierto que el Derecho no actúa solo ni en un espacio vacío, si se debe tener en cuenta que es un factor importante en toda sociedad y genera tendencias, orientaciones y demás que pueden llegar a guiar el comportamiento de los individuos a diversas escalas crean cambios.

En este caso en específico, la modificación mencionada en la norma del matrimonio abre las puertas a un grupo de personas hacia la visibilidad, el reconocimiento, la valoración y la tolerancia en la sociedad, lo que genera beneficios para todos los miembros y no solo para las personas LGTBIQ.

Debo concluir entonces que *“en el matrimonio igualitario se concreta el logro del reconocimiento de vínculos actuales, otorgándole el mismo estatus y valor que a las relaciones heterosexuales. Lo contrario a ello es inconstitucional. El matrimonio es para todos.”*<sup>95</sup>

Lo que se pretende, entonces, no es solo una cuestión de algunas personas o que beneficie a unos pocos. Esto se trata de una cuestión de respeto, valoración y reconocimiento de nuestras diferencias, pero especialmente y sobre todo de las cosas que nos hacen iguales: nuestra dignidad de seres humanos y nuestros anhelos de tener una sociedad más inclusiva, tolerante y en la que todos y todas podamos ejercer nuestros derechos y ser quienes realmente somos.

---

<sup>95</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Marianna CHAVES. “Legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú” En: Gaceta Constitucional N° 32. Lima. 2010. P.40

## Conclusiones

1. El derecho a la igualdad y no discriminación tiene su base en la dignidad del ser humano por lo que debe considerarse esencial para la vida de todas las personas e indesligable de su existencia misma. Negar este aspecto a cualquier persona o grupo de personas por alguna característica específica constituye una falta grave contra la dignidad y perjudica tanto a la(s) víctima(s) como a la sociedad en su conjunto.
2. Para evitar este grave daño a la dignidad, el ordenamiento jurídico ha creado un sistema de protección en el que la igualdad y la prohibición de discriminación constituyen, por un lado, un derecho de todas las personas y, por otro lado, un principio fundante del mismo sistema. En especial, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se han enfocado en este derecho/principio considerándolo un pilar indispensable en el ejercicio efectivo de todos los demás derechos del ser humano. Sin el cumplimiento real de este derecho, el ejercicio de todos los demás sería imposible de pensar.
3. Se puede entender que cualquier acto o conducta que genere una diferenciación no basada en razones objetivas frente a dos realidades distintas genera discriminación. Ante esto, se debe tener presente que, dentro del vasto mundo de las posibles características diferentes entre seres humanos, existen algunas especialmente odiosas al realizar diferencias y que, usualmente, conllevan una conducta discriminatoria subyacente por lo que, para vencerlas, requieren una argumentación especial y una demostración de carga para quién la realice. Estas son denominadas “categorías sospechosas” y se refieren a estas características que históricamente se han vuelto causal de tratos discriminatorios por referirse a grupos especialmente vulnerables en la sociedad. Entre estas se encuentran: raza, étnica, sexo, religión, condición socio-económica, nacionalidad, etc.

Con el desarrollo de la jurisprudencia y los avances normativos se van reconociendo más categorías sospechosas a las que debe aplicarse esta protección especial. Este es el caso de la orientación sexual que, junto con la identidad de género, han sido reconocidas como causales de especial protección

debido a la gran vulnerabilidad de las personas con diferencias a la mayoría en este aspecto de la vida.

4. El reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género como categorías sospechosas ha hecho exigible la obligación de protección en materia de derecho a la igualdad a los Estados para todos los temas que tengan incidencia en la vida de las personas no heterosexuales y no cisgénero. A partir de la existencia de esta obligación, los Estados deben considerar a este grupo de personas para la creación de políticas públicas, legislación, trato al administrado, acceso a la justicia, etc. El Perú es uno de los Estados a los que esta obligación vincula de manera efectiva y vigente por lo que debe aplicar esta visión a toda actuación y garantizar un ámbito especial de protección a este grupo. Se concluye esta obligación vigente para el Perú luego de un análisis exhaustivo de la normativa en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos, tanto normativa como jurisprudencia aplicable al Perú, que lleva a señalar la actualidad de la vinculación y la necesidad de su respeto.
5. Para poder analizar las medidas políticas, normativa, actuaciones estatales, etc. que se realizan y ver su real protección a este grupo se debe utilizar el enfoque de género como herramienta metodológica que permita ver más allá de cada medida y considerar el impacto (positivo y negativo) que causa en este grupo y en las relaciones que se dan en la sociedad basadas en el género y la orientación sexual. El enfoque de género nos permite ver a través de lo existente para comprender las estructuras de poder, los estereotipos y los modelos culturales, sociales e históricos que se perpetúan y generan situaciones de subordinación y discriminación. Entonces, implica: 1) Visibilizar y hacer que la sociedad sea consciente de la situación de desigualdad existente, 2) identificar las razones, motivos y causas de la desigualdad y 3) proponer alternativas para enfrentar y eliminar estas situaciones.
6. Con esta perspectiva se puede comprender que la orientación sexual y la identidad de género son aspectos de unión indisoluble con el ser mismo de una persona, de sus sueños, sus planes, sus deseos, su esencia y su propia identidad. Es debido a esto que constituyen aspectos de importante protección bajo el amparo del derecho a la igualdad y no discriminación. Usar estas características como motivo para dar un trato injustamente diferente constituye una vulneración grave a la dignidad de la persona en su nivel más íntimo y

profundo, así como una grave violación a las obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos.

7. El Estado peruano es titular de una serie de obligaciones vinculadas al derecho a la igualdad y no discriminación provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto del sistema universal como del interamericano que vinculan al Perú y le dan contenido a esta obligación a través de decisiones jurisprudenciales, observaciones, recomendaciones, tratados, etc. que llevan a entender mejor los alcances de esta obligación jurídica internacional. Cabe resaltar que la obligación con respecto a este tema no solo proviene de los tratados de los que el Perú es parte en ambos sistemas pues el respeto a la igualdad y no discriminación constituye una norma de jus cogens.
8. La obligación referida en la conclusión anterior incluye, por su importancia para la dignidad y el desarrollo de la persona, protección especial en todos los ámbitos de la vida. Esto debe incluir el ámbito familiar y las uniones de pareja entre personas sexualmente diversas y no heterosexuales. Estas uniones y las familias que forman son igualmente dignas de protección por lo que se hace necesario un régimen jurídico que las ampare tal y como se hace con las uniones heterosexuales bajo figuras como la unión de hecho y el matrimonio civil en el ordenamiento jurídico peruano.
9. La regulación normativa en el Perú excluye a las parejas no heterosexuales de la posibilidad de acceder a la unión de hecho y al matrimonio civil debido a que en la literalidad de las normas correspondientes se ha considerado solo la unión de hombre y mujer como única fuente de creación de una familia. A pesar de esto se debe considerar que la jurisprudencia del TC (a nivel nacional) y la jurisprudencia de la Corte IDH (a nivel internacional) establecen que hay muchas formas de familia, no solo la tradicional por lo que no debe limitarse su concepción a este estereotipo único, al contrario, debe abrirse la concepción de familia a todas las formas y modalidades que existen en la realidad.
10. Esto implica necesariamente modificar el ordenamiento jurídico peruano en todo lo que sea necesario para eliminar esta visión tradicional de familia y extender la protección a todos los tipos de familias que existen. De igual manera, generar marcos normativos (o abrir los ya existentes) a las parejas no heterosexuales que también deben ser protegidas. Esto se hace imperativo al ver que existe la obligación internacional ya mencionada que vincula al Estado peruano.

11. Ante esto, se han creado diferentes propuestas de figuras jurídicas e instituciones para proteger a las parejas no heterosexuales. Proyectos como los de patrimonio compartido, atención mutua, sociedad solidaria, etc. han pretendido generar un marco de protección pero que no han sido aceptados en el Congreso de la República. Ninguno de estos proyectos ha resultado realmente suficiente pues en ninguno de ellos se genera un verdadero reconocimiento de la pareja y de todos los derechos y obligaciones que deberían derivarse de su unión. Estos proyectos presentan figuras que invisibilizan la unión de personas no heterosexuales pues se limitan a ciertos aspectos (principalmente patrimoniales) y se aplican a personas que no necesariamente son pareja. Tampoco implican un cambio de estado civil por lo que, una vez más, se puede ver como las parejas no heterosexuales se ven discriminadas y faltas de reconocimiento en la sociedad peruana.
12. También han sido presentados dos proyectos de la llamada “unión civil no matrimonial” que pretende crear una figura jurídica similar a la unión de hecho existente que, si bien genera un nuevo estado civil (compañeros civiles), no logra el ámbito de protección que las parejas heterosexuales pueden alcanzar con el matrimonio civil. Sobre esto es importante señalar que: si ya existen figuras jurídicas para proteger a las parejas y estamos en un Estado que debe respetar la igualdad, lo lógico sería que se usen esas mismas figuras y no crear otras diferentes pues eso no se condice con la obligación en materia de igualdad y no discriminación. Además, si existe una figura que es la que genera más protección y estabilidad jurídica como lo es el matrimonio civil, lo más adecuado sería abrir esta figura (y todas las que tienen vinculación con esta) para que todo tipo de personas y de parejas pueda acceder y no restringirlo solo a parejas heterosexuales pues generar esta diferenciación en el acceso por la orientación sexual constituye un acto discriminatorio.
13. Debido a esto, considero que se debe modificar el artículo 234 del CC peruano pues su literalidad genera una restricción de acceso al matrimonio para las parejas no heterosexuales que, por basarse en su orientación sexual, constituye una restricción prohibida por el derecho a la igualdad y no discriminación. Ante esto, se debería modificar la expresión “hombre y mujer” de este artículo para dar paso a fórmulas como la de “cónyuges” o “personas” que se usan en otros países y que se ha presentado en el proyecto de matrimonio igualitario en nuestro país.

14. Las razones por las que el debate se ha convertido en un tema polémico se debe a que este se ha convertido en un choque de ideologías con fundamentos religiosos, sociales y culturales, mas no jurídicos pues no existe fundamento jurídico actual que señale una razón lógica y razonable por la que el acceso al matrimonio para personas no heterosexuales no deba ser permitido. La literalidad de un artículo del CC no puede ser considerado como absoluto para tomarlo como argumento jurídico, frente a la gran cantidad de obligaciones que se han señalado en el Capítulo I de esta investigación. El Derecho debe ser considerado como un todo armónico que sigue una serie de principios ordenadores, entre estos principios se destaca como esencial el de igualdad y no discriminación.
15. La modificación del artículo que se usa como impedimento para el acceso al matrimonio sería un factor importante para generar un cambio social debido a la visibilidad, reconocimiento y valoración que se le daría a las personas no heterosexuales y, en consecuencia, a las familias que forman con sus uniones.
16. El cambio social generado se debe al impacto en diferentes niveles:
- a nivel estatal generaría un ordenamiento jurídico igualitario, más políticas públicas que tengan en cuenta a la población no heterosexual, la creación de planes de derechos humanos, educación e igualdad de género más inclusivas. Además, el Estado peruano estaría más cercano a cumplir con su obligación internacional en materia de igualdad y no discriminación.
  - a nivel social, este grupo obtendría mayor reconocimiento social, visibilización, valoración, inclusión, tolerancia, etc. que generarían una serie de cambios simbólicos en diversos aspectos.
  - a nivel del grupo LGTBIQ se produciría una mayor visibilidad de los intereses y derechos de este grupo por lo que se darían mayores posibilidades de abrir el debate sobre otras instituciones y derechos bajo parámetros de igualdad.
17. Esta modificación normativa también tendría un impacto en la calidad de vida de los miembros del grupo antes referido, permitiendo que mejore. Dicha mejora en

la calidad de vida de las personas no heterosexuales permitirá como consecuencia el ejercicio efectivo de la ciudadanía, como uso de pleno de todos los derechos y prerrogativas del ciudadano como individuo y como ser social en un entorno determinado. De forma inmediata, la modificación normativa permitirá el acceso al matrimonio y los derechos derivados de esta institución jurídica. A nivel mediato, el ejercicio de los derechos con una ciudadanía efectiva permitirá mejoras en otros aspectos de la vida como el laboral, social, político, amical, familiar, etc.

18. Generando, en consecuencia, una sociedad más abierta, tolerante e inclusiva en todos los aspectos, que garantice el ejercicio efectivo de los derechos de todos y todas por igual.



## **Bibliografía**

BARBOSA DELGADO, Francisco.

s/f “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”.

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31242.pdf>

BARRANQUERO MÁLAGA, Alejandro.

2007 “Concepto, instrumentos y desafíos de la edu-comunicación para el cambio social”. En: Revista Científica de Comunicación y Educación “Comunicar”. N° 29. España.

BENITO MARTINEZ, Juan.

2006 “Educación y ciudadanía”. En: Revista de Filosofía Eikasia. Oviedo-España.

BERENICE DIAS, María

2010 “Derecho fundamental a la homoafectividad”. *Gaceta Constitucional*. Lima, N°32, pp. 21-25

BERMUDEZ TAPIA, Manuel

2013 “A propósito de la Unión Civil: las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos”. *RAE Jurisprudencia*. Lima, N° 63 Año 5, pp. 3-5

BERMUDEZ TAPIA, Lelly

2013 “La unión civil en el Perú”. *RAE Jurisprudencia*. Lima, N° 63 Año 5, pp. 10-11

DEFENSORIA DEL PUEBLO

2016 Informe Defensorial N° 175 llamado “Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú (Res. N° 010-2016/DP)

CANALES TORRES, Claudia

2010 “¿Matrimonio? ¿Uniones de hecho? ¿Uniones civiles? La homoafectividad en el ordenamiento peruano”. Gaceta Constitucional. Lima, N°32, pp. 69-82

CALLIRGOS, Juan Carlos.

1995 La discriminación en la socialización escolar. Lima: PUCP

CASAS, Mariana

2009 El derecho personalísimo a la identidad sexual. En: Persona, Derecho y Libertad. Lima: Editorial Motivensa

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

1993 Constitución Política del Perú

2009 Proyecto de Ley N° 3814-2009-CR. Proyecto de patrimonio compartido

2010 Proyecto de Ley N° 4176-2010-CR. Proyecto de patrimonio compartido (2)

2010 Proyecto de Ley N° 1481-2010-CR. Proyecto de ley de unión civil

2011 Proyecto de Ley N° 0108-2011-CR. Proyecto de patrimonio compartido (3)

2012 Proyecto de Ley N° 1393-2012-CR. Proyecto de patrimonio compartido (4)

2013 Proyecto de Ley N° 2801-2013-CR. Proyecto de atención mutua

2013 Proyecto de Ley N° 3273-2013-CR. Proyecto de sociedad solidaria

2013 Proyecto de Ley N° 2647-2013-CR. Proyecto de unión civil (2)

2016 Proyecto de Ley N° 0718-2016-CR. Proyecto de unión civil (3)

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

s/f Guía de Conceptos Básicos sobre terminología LGBTI

Consulta: 02 de mayo 2016

<http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

1999 Informe N° 71/99. Admisibilidad, petición 11.656. Caso Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia

- 2009 Informe N° 71/99. Solución amistosa, petición 81.09. Caso X e Y vs. Chile
- 2012 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”
- 2013 Informe N° 81/13. Fondo, petición 2723.02. Caso Homero Flor Freire vs. Ecuador

CORNEJO FAVA, María Teresa

- 2014 “La unión civil: ¿necesidad de legislar en pro de minorías?”. Aletheia Revista de la Escuela de Posgrado UNIFE. Lima, N° 1 Año 2, pp. 138-144

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 1984 Opinión Consultiva 04/1984. “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada a la naturalización”.
- 2003 Opinión Consultiva 18/2003. “Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados”.
- 2005 Caso niñas Yean y Bosico v. República Dominicana
- 2008 Caso Apitz Barbera y otros v. Venezuela
- 2012 Caso Atala Riffo e Hijas v. Chile
- 2012 Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica
- 2014 Caso Espinoza Gonzáles v. Perú
- 2016 Caso Duque v. Colombia.
- 2016 Caso Homero Flor Freire v. Ecuador

CRUZ VEGAS, Rubén Alfredo

2010 “¿A quién le importa...si yo me caso?”. Gaceta Constitucional. Lima, N°32, pp. 83-97

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

1997 Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. En: Ius et Veritas. Año 8 N° 15. Lima.

EL COMERCIO

2015 “Unión civil y unión solidaria: ¿en qué se diferencian?” (17 marzo 2015)

[http://elcomercio.pe/politica/congreso/union-civil-y-union-solidaria-que-se-diferencian-noticia-797949?ref=flujo\\_tags\\_535021&ft=nota\\_4&e=titulo?ref=nota\\_politica&ft=mod\\_leatambien&e=foto](http://elcomercio.pe/politica/congreso/union-civil-y-union-solidaria-que-se-diferencian-noticia-797949?ref=flujo_tags_535021&ft=nota_4&e=titulo?ref=nota_politica&ft=mod_leatambien&e=foto)

EL PAÍS

2016 Mapa interactivo sobre persecución y reconocimiento de personas LGTB. Sección Internacional (12 mayo 2016)

[http://elpais.com/elpais/2015/05/21/media/1432230538\\_572904.html?rel=mas](http://elpais.com/elpais/2015/05/21/media/1432230538_572904.html?rel=mas)

FERNANDEZ REVOREDO, María Soledad

2015 “Sobre la compatibilidad del matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo con el ordenamiento constitucional peruano”. *Revista Foro Jurídico*. Lima, N° 14, pp. 113-125

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos

1994 El derecho como libertad. 2ª ed. Lima: Universidad de Lima.

2015 Derecho a la identidad personal. Segunda Edición. Lima: Editorial Instituto Pacífico.

GAMARRA HERRERA, Ronald

2013 Por una justicia inclusiva: Hacia la protección efectiva de los derechos humanos de las L, G, T y B contra la violencia y los crímenes de odio por orientación sexual e identidad de género en Perú. Lima: INNPARES-MHOL-RUNA.

HUERTA, Luis

2006 El derecho a la igualdad: Su desarrollo en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. En: El Derecho Fundamental a la Igualdad. Lima: Editorial Palestra.

IGLESIAS GRAZÓN, Alberto.

s/f La evolución de los Derechos Fundamentales a partir del siglo XIX. Lección quinta. Instituto de Derechos Fundamentales “Bartolomé de las Casas”

IMBERNÓN, Francisco (coord.), Joan MAJÓ, Michela MAYER, Federico MAYOR, Rigoberta MENCHÚ y Juan Carlos TEDESCO.

2002 Cinco ciudadanías para una nueva educación. Editorial Grao. Barcelona.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA E INFORMATICA

2015 Publicación digital por el Día Mundial de la Población titulado “Estado de la Población Peruana 2015”.

[http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1251/Libro.pdf](http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1251/Libro.pdf). P.10

MARTIN SANCHEZ, María

2008 Matrimonio Homosexual y Constitución. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS – PERÚ

2014 “Compendio de Derechos Humanos: tratados internacionales de los que el Perú es Parte”

<http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/09/DGDOJ-Compendio-Derechos-Humanos.pdf>

2014 Plan Nacional de Derechos Humanos (2014-2016)

[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/peru\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/peru_sp.pdf)

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES

2012 Plan Nacional de Igualdad de Género (2012 – 2017)

<http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2012/Agosto/18/DS-004-2012-MIMP.pdf>

2016 Plan Nacional de Lucha contra la violencia de género (2016 – 2012)  
<http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-plan-nacional-contr-la-viol-decreto-supremo-n-008-2016-mimp-1408988-1/>

#### MINISTERIO DE SALUD- ARGENTINA

2016 Guía de diversidad sexual.  
[http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000322cnt-2016-07\\_guia-diversidad-sexual-2016.pdf](http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000322cnt-2016-07_guia-diversidad-sexual-2016.pdf)

#### MOSQUERA MONELOS, Susana.

2006 El derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de religión. En: El Derecho Fundamental a la Igualdad. Lima: Editorial Palestra.

#### ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

1948 Carta de la Organización de Estados Americanos

1948 Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre

1969 Convención Americana sobre Derechos Humanos

1988 Protocolo de San Salvador

2001 Carta Democrática Interamericana

2008 Resolución de la Asamblea General OEA: AG/Res 2435 (junio 2008) “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (y sus consecutivas: AG/Res 2504 del 2009, AG/Res 2600 del 2010, AG/Res 2653 del 2011, AG/Res 2721 del 2012, AG/Res 2807 del 2013 y AG/Res 2863 del 2014)

2013 Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia

#### ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

1945 Carta de las Naciones Unidas

1948 Declaración Universal de los Derechos Humanos

- 1966 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- 1966 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- 1989 Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos: “No discriminación”
- 2008 Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género (A/63/635)
- 2009 Observación General N°20 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales: “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”
- 2011 Resolución 17/19 del Consejo de Derechos Humanos: “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”
- 2011 Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity
- 2015 Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género” (A/HRC/C/29/23)
- PATTI, Salvatore y Michael Will
- 1986 Mutamento di sesso e tutela della persona. Traducción de: CASAS, Mariana. Editorial CEDAM.
- PAZO PINEDA, Oscar
- 2013 “Las uniones civiles entre parejas del mismo sexo: un análisis desde el principio de igualdad”. *RAE Jurisprudencia*. Lima, N° 63 Año 5, pp. 6-7
- PLÁCIDO, Alex.
- 2013 El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. Revista Derecho PUC. N° 71 Lima: PUCP.

PROMSEX

2015 Informe Anual sobre Derechos Humanos de personas Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales en el Perú 2014-2015

2016 Informe Anual sobre Derechos Humanos de personas Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales en el Perú 2015-2016

PODER EJECUTIVO - PERÚ

1984 Código Civil (Decreto Legislativo N° 295)

REVILLA IZQUIERDO, Milagros

2013 "Aproximaciones a la Unión Civil entre personas del mismo sexo ¿Por qué no es denominado matrimonio?". *RAE Jurisprudencia*. Lima, N° 63 Año 5, pp. 8-9

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino.

1986 Abogacía y Derecho (derecho comunitario, cambio social y revolución). Madrid: Editorial Reus.

RUBIN, Gayle

1986 "El tráfico de mujeres: notas sobre la 'economía política' del sexo". En Nueva antropología N°30, México

RUBIO CORREA, Marcial

2013 La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional". Lima: Fondo Editorial de la PUCP

RUEDA FERNÁNDEZ, Silvia Consuelo

2015 Garantías del Proceso Civil en un Estado Constitucional de Derecho. Editorial Idemsa. Lima

RUIZ BRAVO, Patricia

2008 "Una aproximación al concepto de género" En: Igualdad de oportunidades y política. Editado por IDEA Internacional y Asociación Civil Transparencia. Lima.

SANCHEZ TOMAS, José Miguel; FERNANDEZ REVOREDO, Marisol; NIETO VELEZ, Armando y Patrick MCCARTHY

2007 "Mesa Redonda: Acerca de la problemática de las uniones homosexuales: matrimonio y adopción". Themis Época 2. Lima, N° 53. Pp. 303-312

SCOTT, Joan

1990 "El género, una categoría útil para el análisis histórico". En: Amelang y Nash: Historia y género. Madrid

SIMONS, Alberto

2015 "La Defensa de la dignidad de toda persona humana en el Perú". En: La verdad nos hace libres: sobre las relaciones entre filosofía, derechos humanos, religión y universidad / Miguel Giusti, Gustavo Gutiérrez y Elizabeth Salmón (editores) -- Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú

SIVERINO BAVIO, Paula

2009 Derecho a la identidad. En: Persona, Derecho y Libertad. Lima. Editorial Motivensa, pp. 175-176

2010 "¿Matrimonio igualitario o unión civil? A propósito de las propuestas de regulación de las uniones homoafectivas en el Perú". *Gaceta Constitucional*. Lima, N°32, pp. 53-67

2015 "Unión civil, matrimonio igualitario e identidad de género: la obligación de reconocimiento y tutela de la diversidad sexual en el Derecho peruano". *Revista Foro Jurídico*. Lima, N° 14, pp. 100-111

TAYLOR, Charles

1993 La política del reconocimiento. México D.F.: Fondo de Cultura Económica

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2002 Expediente 1124-2001-AA/TC

2004 Expediente 02730-2003-PA/TC

2005 Expediente 2273-2005-PHC/TC

2007 Expediente 09332-2006-PA/TC

2008 Expediente 05652-2007-AA/TC

2010 Expediente 02835-2010-PA/TC

2013 Expediente 00139 2013-PA/TC

2015 Expediente 06040-2015-PA/TC

#### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2002 Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom

2010 Case Schalk y Kopf v. Austria

2016 Case Chapin y Charpentier v. Francia

TUFTE, Thomas.

2015 Comunicación para el cambio social (La participación y el empoderamiento como base para el desarrollo mundial). Barcelona: Editorial Icaria.

UGARTE MOSTAJO, Daniel

2014 La garantía institucional del matrimonio en la Constitución de 1993. La heterosexualidad como rasgo esencial de la institución matrimonial. Lima: Palestra.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Marianna CHAVES

2010 “Legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú”. *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 32, pp. 27-40.

VEGA MERE, Yuri

2010 “¿Es posible sostener la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo?”. Gaceta Constitucional. Lima, N°32, pp. 41-51

ZELADA, Carlos.

2002 “Ius Cogens y Derechos Humanos: Luces y sombra para una adecuada delimitación de conceptos”. En: Agenda Internacional. Lima: Editorial PUCP. Pp. 129-156

ZELADA, Carlos J. y GURMENDI DUNKELBERG, Alonso.

2016 “Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos”. En: Themis. N° 69, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo.

1978 Derecho y Desarrollo. Lima: Fondo Editorial PUCP.

