

Universidad Nacional “SAN LUIS GONZAGA” DE ICA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

SECCIÓN DE GRADOS Y TÍTULOS



PROYECTO DE TESIS

**“Principios, valores y derechos que justifican la
regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-
Ica”**

AUTOR:

Antony José Díaz Hernández

PARA OPTAR EL:

Título Profesional de Abogado

ICA

2016

“La existencia de legislación nacional o la prevalencia de la costumbre nunca pueden justificar el abuso, los ataques, la tortura y mucho menos las matanzas de que son víctimas las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero en razón de lo que son o se percibe que son. Debido al estigma asociado a las cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, la violencia contra las personas LGBT no se suele informar ni documentar, por lo que termina quedando impune. No es frecuente que suscite indignación o debates públicos. Este vergonzoso silencio es el rechazo definitivo del principio fundamental de la universalidad de los derechos”.

Louise Arbour, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

DEDICATORIA:

La existencia de este trabajo ratifica la existencia de Dios, gracias. Gracias a mis padres José y Teresa, por su infinita providencia tanto emocional como material. Gracias también a mis hermanos, compañeros de vida, Joselo y Giovanni, mis cómplices, mis ejemplos, aprendo demasiado de ellos aun cuando son cronológicamente inferiores a mí. Y Gracias a Jacky, el amor hecho mujer, por sus consejos y enojos, por sus cariños y sueños. Especialmente gracias a Johnny Ramírez, un ángel, un segundo padre y amigo, que siempre está en mi corazón y en mi mente, el mejor ejemplo de perseverancia y fortaleza. Finalmente gracias a toda mi familia y amigos, realmente les debo mi humanidad y cada una de mis destrezas a todos los mencionados.

GRACIAS!

**“Principios, valores y derechos que justifican la
regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-
Ica”**

ÍNDICE

Carátula.....	1
Frase Celebre y Dedicatoria.....	2
Título.....	3
Índice.....	4
Introducción.....	6
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	7
1.1. Antecedentes.....	7
1.2. Realidad Problemática.....	8
1.3. Delimitación de la Investigación.....	8
a) Delimitación Temporal.....	8
b) Delimitación Espacial.....	8
c) Delimitación Social.....	9
d) Delimitación Conceptual.....	9
1. Variable independiente.....	9
2. Variable dependiente.....	9
1.4. Formulación del Problema.....	9
1.4.1. Problema Principal.....	9
1.4.2. Problemas Específicos.....	9
1.5. Importancia y/o Proyección de Investigación.....	10
1.5.1. Importancia.. ..	10
1.5.2. Proyección.....	10
II.FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
2.1. Antecedentes de Estudio.....	11
2.2. Marco Histórico de la Investigación.....	18
2.3. Marco Teórico o Bases Teóricas Propiamente Dichas.....	65
2.4. Marco Conceptual.....	156
2.5. Marco Legal o Marco Formal.....	160
III.OBJETIVOS.....	161
3.1. Objetivo General.....	161
3.2. Objetivos Específicos.....	161
IV. HIPÓTESIS Y VARIABLES.....	161
4.1. Hipótesis.....	161

Hipótesis Principal.....	162
Hipótesis Específicas.....	162
4.2. Variables.....	162
Clases de Variables.....	162
Identificación de Variables.....	162
Hipótesis General.....	162
a) Primera Hipótesis Específica.....	162
b) Segunda Hipótesis Específica.....	163
c) Tercera Hipótesis Específica.....	163
d) Cuarta Hipótesis Específica.....	163
4.3. Operacionalización de Variables e Indicadores.....	163
Variable Independiente (X)	163
INDICADORES.....	163
Variable Dependiente (Y)	163
INDICADORES.....	163
MATRÍZ DE CONSISTENCIA.....	164
V. ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS.....	165
5.1. Tipo de Investigación.....	165
5.1.1. Tipo de Investigación.....	165
5.1.2. Nivel de Investigación.....	165
5.1.3. Diseño de la Investigación.....	165
5.2. Métodos de la Investigación.....	165
5.3. Población y Muestra.....	165
5.3.1. Población a Estudiar.....	165
5.3.2. Muestra de Estudio.....	166
5.3.3. Técnicas de Recolección de la Información.....	167
5.3.4. Instrumentos de Recolección de la Información.....	167
5.3.5. Análisis de Interpretación.....	167
VI. RESULTADOS ESTADÍSTICOS.....	167
VII. CONCLUSIONES	
CONCLUSIONES PRINCIPALES.....	183
CONCLUSIONES ALTERNAS.....	184
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	187

INTRODUCCIÓN

A lo largo de los años el derecho ha permanecido en estado de inercia en distintas materias; ello se debe a que las ciencias en las que se apoya (desde las sociales hasta las aplicadas o puras) así lo han determinado; aunado a ello, que una de sus poderosas fuentes como lo es la costumbre, de igual manera lo ha requerido. No obstante, como sabemos una de las características fundamentales del Derecho, es su mutabilidad, es decir, el cambio que puede sufrir, atendiendo a los valores que han hecho posible el rigor humanístico-sociológico de aquel, y de los cuales emergen los principios rectores y los derechos propiamente dichos que facilitan el logro de los fines de aquel.

En el Perú sólo se reconoce legalmente el Matrimonio Heterosexual, y en ese sentido, es materia de la presente investigación, averiguar qué valores, principios y derechos, pueden hacer posible, que el acceso al matrimonio deje de ser excluyente, y que se permita que los contrayentes sean eventualmente personas del mismo sexo, atendiendo a la situación contemporánea que se vive respecto a la orientación sexual, como a la identidad y expresión de género, y no olvidando que hoy en día, no solo existen heterosexuales, sino lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersex (LGBTI); etc.

Como antesala, es necesario saber que en múltiples naciones se ha reconocido el Matrimonio Igualitario, teniendo como fuente suprema, las normas internacionales y los pronunciamientos de las distintas Cortes Supranacionales que en base a estudios científicos sobre la homosexualidad, la convivencia entre menores de edad con padres LGTBI, entre otras cosas; han llegado a la conclusión de que no existe argumento alguno que tienda a legitimar la segregación y/o discriminación política que no permite el Matrimonio Igualitario entre LGTBI.

Es así que en el presente trabajo se presentarán tanto los elementos a favor como en contra del Matrimonio Igualitario, a fin de graficarse un contradictorio justo, a través del cual el lector pueda distinguir con razonamiento propio, si los postulados de esta tesis son legítimos o no; y a mérito de ello, establecerse posturas sobre la regulación del Matrimonio Igualitario legalmente en el Perú, teniendo en cuenta que nuestra Constitución no lo prohíbe.

EL AUTOR

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

1.1. ANTECEDENTES:

Hablar del Derecho a la Igualdad de Sexo - Género, hoy en día cada vez viene siendo un tema más concurrido y regulado con mayor rigor en diversos Estados; sin embargo, en el Perú como sabemos, vivimos en una sociedad la cual no tiene como característica fundamental ser inclusiva con sus habitantes, principalmente los que para concepción de muchos “son diferentes”, en consecuencia, el número de personas que aparta o discrimina de la sociedad a otros individuos por razones de raza, religión, idioma, opinión, status social o económico; y principalmente por razones de orientación sexual o género, es elevado.

Es consabido también, que desde tiempos remotos la homosexualidad (y las situaciones derivadas de la comunidad LGTBI) ha existido, y se ha venido tratando de diversas maneras, como enfermedad biológica, psicológica, psiquiátrica, etc. Siendo por ello que dicha condición ha sido rechazado tanto por la religión, como por algunos grupos sociales. Así mismo, actualmente se sabe que hay más de una forma de ser “diferente”, si de sexualidad es de lo que se habla; es decir a modo de ejemplo, transexualismo, no viene a ser lo mismo que el homosexualismo, ya que la primera viene ligado a la identidad de la personalidad, en tanto que la segunda viene a develar una orientación de tipo afectiva-sexual por personas del mismo sexo. No obstante, para las personas quienes discriminan, todo ello constituye simple y sencillamente lo mismo, no ven diferencia, basta tan solo con que el comportamiento de una persona no se encuentre acorde al sexo que la naturaleza le asignó, o que incluso guardando esa “normalidad”, sienta atracción por personas del mismo sexo; para que la intolerancia se desate, y con ello toda una reacción en cadena, empezando desde tratos ofensivos verbales y físicos, terminando en crímenes de odio.

Todo ello, nace principalmente, por la desprotección por parte del Poder Ejecutivo y Legislativo, para promover políticas y regular leyes que permitan afianzar la igualdad de sexo – género y desterrar la discriminación en el mismo aspecto, y posteriormente incluir a las personas LGBTI (con los mismos derechos que ostentamos los heterosexuales) a la sociedad. Para ello, se debe atender en primer orden los

múltiples fallos internacionales que ya han zanjado el tema al respecto. Consideramos que el Estado tarde o temprano lo hará, sin embargo, mientras más tarde sea, mucho será lo que se pierda y lo que se tenga que lamentar; siendo una de esas muestras, la permisión plena del acceso al matrimonio por parte de cualquier persona, dicha institución llamada “Matrimonio Igualitario”.

1.2. REALIDAD PROBLEMÁTICA:

Es bueno saber, que poco a poco, todas las formas de discriminación vienen siendo desterradas a nivel mundial, tanto es así, que nuestra propia Carta Política de 1993 garantiza el Derecho a la Igualdad, sin embargo, ello no es suficiente, ya que las personas LGBTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e Intersex), no cuentan con los mismos derechos que cualquier otro ciudadano “normal” (por así decirlo), principalmente el Matrimonio, a pesar, de que la propia Carta Magna, **lo ha calificado como instituto natural y fundamental de la sociedad.** En consecuencia, no resulta ocioso repetir que es una de las cuestiones teóricas de la presente investigación determinar si es factible redefinir el concepto de matrimonio en el Perú en primer lugar, y luego valorar las posibilidades de reformar las leyes peruanas para facilitar el acceso al matrimonio a todas las personas, incluyendo a las LGBTI; valorando para ello el Derecho Comparado y principalmente el Derecho Internacional; así como el valor jurídico universal; el cual es la Justicia.

1.3. DEMILITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

a) Delimitación Temporal:

La presente investigación se desarrolló en parte del 2014, a lo largo del 2015 y parte del 2016.

b) Delimitación Espacial:

El ámbito geográfico dentro en el cual se realizarán las investigaciones pertinentes a fin de lograr el objetivo deseado, será en el Ica-Perú; sin embargo se utilizará como fuente magna el Derecho Internacional y Comparado (Principios, Valores y Derechos); a efectos de respaldar las conclusiones de la presente investigación.

c) Delimitación Social:

- ✓ Personas naturales, de diferentes géneros, orientación sexual, etc.

d) Delimitación Conceptual:

“Principios, valores y derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica”.

✓ Variable independiente (X):

“**Principios, Valores y Derechos**”, los cuales son la base fundamental de un “Estado Constitucional de Derecho”, dentro de los que encontramos principios como el de igualdad y no discriminación, valores como la justicia y la paz, y por último derechos, como el derecho a la Familia y Libre Desarrollo de la Personalidad; todo lo glosado, resulta ser lo más resaltante toda vez que la propia normatividad supranacional y el Derecho Comparado los reconocen fuertemente, y los reafirma tanto a nivel político como judicial.

✓ Variable dependiente (Y):

“**Regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica**”, nueva institución jurídica que permita el acceso a contraer matrimonio a todas las personas nacionales peruanas, inclusive a los LGBTI, como manifestación plena de derechos, principios y valores de índole mundial.

1.4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

1.4.1. Problema Principal:

¿Cuáles son los principios, valores y derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica?

1.4.2. Problemas Específicos:

- ¿La igualdad y no discriminación son principios que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica?
- ¿La Justicia y la Paz, son valores jurídicos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica?
- ¿El derecho a la familia es uno de los derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica?
- ¿El derecho al libre desarrollo de la personalidad uno de los derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica?

1.5. IMPORTANCIA Y/O PROYECCIÓN DE INVESTIGACIÓN:

1.5.1. Importancia:

Está por demás decir, que el tema a desarrollar siempre ha tendido a causar gran impacto social, de modo que regular instituciones jurídicas como la “Unión Civil”, o “Matrimonios Homosexuales”, en los diversos ordenamientos jurídicos, no ha sido tarea fácil; sin embargo, dichas instituciones continúan siendo discriminatorias, por cuanto al promulgar un *status* diferente para las uniones homosexuales, nos encontramos frente a la consagración de que algunos seres humanos son forasteros del sistema, y ello vulnera principios y valores básicos como el de igualdad y justicia, *máxime* si se tiene en cuenta el principio lógico del derecho basado en que “no se puede regular igual dos supuestos similares y denominarlos de manera distinta”; ya que secularmente se originaría una situación de *separate but equal* (separados pero iguales) lo cual es contrario a toda regla de igualdad (valga la redundancia), y más un, denota rasgos discriminatorios. En consecuencia, la importancia de evaluar las posibilidades de regular una institución jurídica como “El Matrimonio Igualitario” en el Perú, resulta ser mínimamente valorable, si se tiene en cuenta tres cosas: **a)** no se trata de algo absolutamente nuevo, puesto que ya existen Estados que lo han adoptado; **b)** los Tratados Internacionales y la Jurisprudencia Internacional, prácticamente han zanjado el tema de Principios-derecho a la Igualdad y no discriminación, y al Perú no le queda alternativa más que adaptarse a los criterios universales contemporáneos (tarde o temprano); y **c)** el destierro absoluto de todo prejuicio discriminatorio y trato diferenciado injustificado (estereotipado) por parte del Estado que se le viene dando a personas que no son heterosexuales, o que no se identifican con el género que la naturaleza les asignó.

1.5.2. Proyección:

El trabajo se justifica, porque a través de los elementos sumamente importantes que se recopilarán, el peruano tendrá una visión absolutamente diferente de lo que hasta la fecha, muchos de nosotros hemos considerado como lo “normal”, estereotipando a los homosexuales o personas que presentan orientaciones sexuales diferentes a la que comúnmente la sociedad ha aceptado por costumbre (heterosexualismo); desterrando también una serie de mitos, suposiciones, y teorías ímprobables que se han generado únicamente en el pensar de cada individuo que alberga esta intolerante sociedad; tales como *“una pareja homosexual no puede criar a un menor, ya que de ser así, se ocasionaría un grave perjuicio al desarrollo de la personalidad de este, en consecuencia, el menor podría terminar en ser homosexual, pero por sobre todo un degenerado”*, entre otros argumentos cuyo único fin, es menospreciar y humillar a las personas que consideran “diferentes”, pensando que así la sociedad será “mejor”. Todo ello ya ha sido materia de análisis no solo por psicólogos especialistas, sino también desde un enfoque normativo, en primer lugar por el Tribunal Europeo, para posteriormente llegar de manera casi gloriosa a Latinoamérica, con el paradigmático Caso Atala Riffo y Menores vs Chile, el cual es solo uno de los precedentes que se analizarán; y que cuyo contenido marca un criterio que revoluciona el concepto de tolerancia respecto a la diversidad sexual y su aceptación jurídico-universal. Identificados los valores, principios y derechos respectivos, se evaluará finalmente la posibilidad y en base a estos; de regular el Matrimonio Igualitario en el Perú, aunque para ello sea necesario modificar las leyes vigentes.

II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN:

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN: En este punto se mencionarán y analizarán solo algunas de las investigaciones que nos sirven de base para la presente, efectuadas por juristas e instituciones tanto nacionales como internacionales, los cuales han hecho estudios, respecto al “Matrimonio Igualitario”, “Las Uniones Civiles”, “El Derecho a la Igualdad”, “El Derecho a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género”, “Diversidad de Género”; etc., teniendo como muestra a las siguientes:

A.- INVESTIGACIONES INTERNACIONALES:

Tema: Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Autor: Comisión Internacional de Juristas

Ginebra - 2009

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una organización no-gubernamental dedicada a promover el conocimiento y respeto del estado de derecho y la protección legal de los derechos humanos en todo el mundo. Su sede se encuentra en Ginebra, Suiza, y cuenta con 37 secciones nacionales, 45 organizaciones afiliadas y 60 eminentes juristas de todas las regiones del mundo¹.

En esta investigación, se empieza por puntualizar que en cualquier parte del mundo, con independencia del entorno cultural o religioso, se cometen violaciones de derechos humanos en razón de la orientación sexual o la identidad de género real o percibida de

¹ Presidente Dra. Mary ROBINSON, Irlanda Vicepresidentes Justice John DOWD, Australia Prof. Pedro NIKKEN, Venezuela Comité Ejecutivo Dr. Rajeev DHAVAN, India Prof. Vojin DIMITRIJEVIC, Serbia Justice Unity DOW, Botswana Dr. Gustavo GALLÓN GIRALDO, Colombia Sr. Stellan GÄRDE, Suecia Prof. Robert GOLDMAN, Estados Unidos Sra. Karinna MOSKALENKO, Rusia Justice Michèle RIVET, Canadá Sr. Raji SOURANI, Palestina Otros Miembros de la Comisión Sr. Muhannad AL-HASANI, Siria Sr. Ghanim ALNAJJAR, Kuwait Sr. Raja AZIZ ADDRUSE, Malasia Prof. Abdullahi AN-NA'IM, Sudán Justice Solomy BALUNGI BOSSA, Uganda Sr. Abdelaziz BENZAKOUR, Marruecos Justice Ian BINNIE, Canadá Prof. Alexander BRÖSTL, Eslovaquia Justice Arthur CHASKALSON, Sudáfrica Prof. Santiago CORCUERA, México Prof. Louise DOSWALD-BECK, Suiza Justice Hisham EL-BASTAWISI, Egipto Prof. Paula ESCARAMEIA, Portugal Justice Elisabeth EVATT, Australia Prof. Jochen A. FROWEIN, Alemania Sr. Roberto GARRETÓN, Chile Prof. Jenny E. GOLDSCHMIDT, Países Bajos Prof. Michelo HANSUNGULE, Zambia Justice Moses HUNGWE CHINHENGO, Zimbabue Sra. Asma JAHANGIR, Pakistán Sra. Imrana JALAL, Fiji Prof. David KRETZMER, Israel Prof. Kazimierz Maria LANKOSZ, Polonia Mag. José Antonio MARTÍN PALLÍN, España Juez Charles MKANDAWIRE, Malawi Sr. Kathurima M'INOTI, Kenia Justice Sanji MONAGENG, Botswana Prof. Iulia MOTOC, Rumania Prof. Vitit MUNTARBHORN, Tailandia Prof. Manfred NOWAK, Austria Dr. Jorge Eduardo PAN CRUZ, Uruguay Prof. Andrei RICHTER, Rusia Sir Nigel RODLEY, Reino Unido Sr. Claes SANDGREN, Suecia Sr. Belisário DOS SANTOS JUNIOR, Brasil Justice Philippe TEXIER, Francia Prof. Daniel THÜRER, Suiza Prof. U. Oji UMOZURIKE, Nigeria Justice Vilenas VADAPALAS, Lituania Prof. Yozo YOKOTA, Japón Ministro E. Raúl ZAFFARONI, Argentina Prof. Leila ZERROUGUI, Argelia Miembros Honorarios Prof. Georges ABI-SAAB, Egipto Justice P.N. BHAGWATI, India Dr. Boutros BOUTROS-GHALI, Egipto Sr. William J. BUTLER, Estados Unidos Prof. Antonio CASSESE, Italia Justice Marie-José CRESPIN, Senegal Dato' Param CUMARASWAMY, Malasia Dr. Dalmo A. DE ABREU DALLARI, Brasil Prof. Alfredo ETCHEBERRY, Chile Sr. Desmond FERNANDO, Sri Lanka Lord William GOODHART, Reino Unido Justice Lennart GROLL, Suecia Sr. Louis JOINET, Francia Prof. P.J.G. KAPTEYN, Países Bajos Justice Michael D. KIRBY, AC, CMG, Australia Prof. Kofi KUMADO, Ghana Prof. Jean Flavien LALIVE, Suiza Justice Claire L'HEUREUX-DUBÉ, Canadá Dr. Rudolf MACHACEK, Austria Prof. Daniel H. MARCHAND, Francia Sr. J.R.W.S. MAWALLA, Tanzania Sr. François-Xavier MBOUYOM, Camerún Sr. Fali S. NARIMAN, India Sir Shridath S. RAMPHAL, Guyana Sr. Bertrand RAMCHARAN, Guyana Prof. Christian TOMUSCHAT, Alemania Sr. Michael A. TRIANTAFYLIDIS, Chipre Prof. Theo VAN BOVEN, Países Bajos Prof. Luzius WILDHABER, Suiza Dr. José ZALAQUETT, Chile. **Comisión Internacional de Juristas**

las personas, incluidas algunas de las violaciones más graves, como la detención, la tortura y las ejecuciones extrajudiciales. Muchos países tienen legislación y prácticas nacionales discriminatorias, al igual que leyes que penalizan expresiones de la orientación sexual y la identidad de género. Esto tiende con frecuencia a “legitimar” las violaciones de los derechos humanos contra las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT). Esta situación es objeto de inquietud en varios ámbitos jurídicos en todo el mundo.

Se resalta además que la propia Corte Constitucional de Colombia ha señalado acertadamente que: *“Durante mucho tiempo, los homosexuales han estado sujetos a formas muy intensas de marginación y de exclusión social y política, no sólo en nuestro país sino también en muchas otras sociedades. Así, no sólo los comportamientos homosexuales han sido y siguen siendo penalizados por diversos ordenamientos jurídicos, sino que, además, en la vida cotidiana, las personas con esta preferencia erótica han sido excluidas de múltiples beneficios sociales y han debido soportar muy fuertes formas de estigmatización social, las cuales incluso han llegado, en los casos más extremos, a legitimar campañas de exterminio contra estas poblaciones. [...] Esta situación de los homosexuales ha sido justificada con base en concepciones según las cuales estas personas, debido a que presentan una orientación sexual distinta a la mayoría de la población, debían ser consideradas anormales, enfermas o inmorales. [...] Estas viejas concepciones contra la homosexualidad contradicen valores esenciales del constitucionalismo contemporáneo, que se funda en el pluralismo y en el reconocimiento de la autonomía y la igual dignidad de las personas y de los distintos proyectos de vida”*²

En muchos países, las personas con una orientación sexual o identidad de género diferente, frente al modelo de sexualidad social o moralmente aceptado o impuesto, constituyen un grupo social vulnerable y son con frecuencia víctimas de persecución, discriminación y graves violaciones de los derechos humanos. Los tribunales de varios países han puesto de manifiesto estas situaciones, como el anteriormente acotado.

² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-481/98, de 9 de septiembre de 1998, párrafos 10, 11 y 12.

Aunado a ello, la investigación y guía también se encuentra inspirada en los Principios de Yogyakarta, basada también en un buen número de fuentes del derecho y jurisprudencia internacionales al igual que en la práctica y el derecho comparado nacional. Las principales fuentes de jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos son los órganos de la ONU creados en virtud de un tratado de derechos humanos y los procedimientos especiales de la ONU, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Dicha Guía presenta por primera vez este tema poniendo el tratamiento de la orientación sexual y la identidad de género en un contexto histórico. Los Capítulos I y II ofrecen los fundamentos de derecho internacional y derecho público comparado de las reivindicaciones en materia de derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género. En particular, en estos Capítulos se analiza cómo se utilizan los argumentos de la igualdad ante la ley y no discriminación para respaldar esta reivindicación. El Capítulo III examina el derecho al respeto de la vida privada. El Capítulo IV aborda la privación arbitraria de libertad. El Capítulo V analiza el derecho a la vida, y el Capítulo VI la tortura y los malos tratos. El Capítulo VII trata de la libertad de expresión y de los derechos de reunión y asociación. El Capítulo VIII se refiere a los derechos de asilo.

B.- INVESTIGACIONES NACIONALES:

TEMA N° 01: “Reflexiones a propósito del reconocimiento en Argentina del matrimonio igualitario y el rol que le corresponde a la esfera judicial”.

AUTORA: Dra. Beatriz RAMÍREZ HUAROTO

Lima – Perú

La autora analiza la reciente modificación producida en el Código Civil argentino que amplía el reconocimiento del matrimonio a personas del mismo sexo. Así, tras advertir que los cambios más importantes en esta materia se han producido a nivel judicial, se analizan los casos más emblemáticos al respecto; concluyendo que el control

constitucional es una herramienta muy útil para la protección de los derechos y que ha permitido importantes reformas al respecto.

El 21 de julio del 2012, Argentina promulgó una norma revolucionaria para la región: por medio de la Ley 26.618, sancionada por el Congreso Nacional el 15 de julio en una maratónica sesión, varió el texto de múltiples disposiciones de su Código Civil y de otras dos leyes, de modo que, en adelante, todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene su ordenamiento jurídico, se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas de igual o distinto sexo. La denominada ley del “Matrimonio Igualitario” indica que el régimen antes vigente solo para parejas heterosexuales es aplicable ahora a las parejas homosexuales, sin distinción alguna.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos (2) personas de distinto sexo”. **La reforma aprobada tuvo su principal fundamentación en el principio de igualdad y no discriminación que inspiró**, asimismo, las resoluciones judiciales que declararon fundadas las demandas presentadas previamente.

Y concluye de manera sencilla entre otras cosas, que efectuando un correcto Control de Constitucionalidad y Convencional (Tratados Internacionales) por parte de las autoridades judiciales, como los máximos intérpretes de la Constitución Política del Perú, sería factible reconocer el “Matrimonio Igualitario” en el Perú, tal cual ha ocurrido con legislaciones como Argentina (legislación tomada como muestra), la cual sin duda ejemplifica magnamente la abolición de toda práctica discriminatoria contra personas de diferentes tendencias sexuales a la heterosexual (nótese que la nacionalidad de la autora es Peruana), en consecuencia, la presente tesis, tiene a este artículo en comento como uno de los mayores esbozos dentro de nuestra legislación con referencia al Matrimonio Igualitario.

**TEMA N° 02: BOLETIN DE PROGRAMA DE LITIGIO INTERNACIONAL
CASO KAREN ATALA RIFFO VS CHILE**

AUTOR: Jeannette LLAJA VILLENNA representante de CLADEM (Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer).

Lima - Perú

Paralelamente a la estrategia del litigio de casos, CLADEM ha utilizado la institución jurídica del *amicus curiae*³ como un importante y útil recurso para contribuir a promover la ampliación de los marcos interpretativos de la normatividad internacional y nacional en los países de la región, y la justiciabilidad de los derechos humanos de las mujeres, buscando generar jurisprudencia género-sensitiva a nivel internacional⁴.

En el marco de esa estrategia, CLADEM decidió contribuir a la resolución del caso Karen Atala Riffo vs. Chile⁵, el que por sus características constituye un caso paradigmático que hace visible la interseccionalidad de la discriminación por sexo/género y la discriminación por orientación sexual. El caso aborda la situación de una jueza chilena a la que, en el marco de un proceso judicial, se le retira la tuición de sus tres hijas por haber decidido convivir con su pareja lesbiana.

La sentencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió para el presente caso el 24 de febrero de 2012 constituye un precedente importante en el reconocimiento de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans de la región; pues más allá de la decisión concreta del caso, establece criterios de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos que deben ser seguidos por los países signatarios de este tratado internacional.

³ Según el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión "*amicus curiae*" significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.

⁴ Valeria Pandjarian. Balance regional. Visión panorámica del litigio internacional en Cladem. En: CLADEM. Los derechos de las mujeres en clave feminista Experiencias del Cladem. Lima, CLADEM, 2009, p. 51

⁵ Inicialmente, la señora Karen Atala era representada por los/as abogados/as de la organización Libertades Públicas, la Asociación Gremial, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales y la Fundación Ideas. En el año 2008, luego de la Resolución de Admisibilidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la señora Atala designó como sus representantes a los/as abogados/as de la organización Libertades Públicas, la Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, y del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

Luego del análisis a fondo del proceso, la autora reafirma la posición de que dicha sentencia tiene la virtud de abordar frontalmente uno de los prejuicios más comunes y socialmente aceptados en la sociedad latinoamericana; el prejuicio de que el ejercicio de una sexualidad no heterosexual afecta negativamente los derechos de niños y niñas, población que debe ser protegida por el Estado. La sentencia desenmascara este prejuicio y evidencia que no solo busca desconocer los derechos de las lesbianas o gays sin fundamento, sino que perjudica a la población que teóricamente protege [la cual nosotros compartimos].

Se resalta en la investigación también, que el referido fallo, permite que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos dé un salto cualitativo en el camino desarrollado por el sistema universal, y especialmente el europeo, en materia de derechos humanos de las personas LGTBI, pues sin haber reconocido antes la discriminación por orientación sexual, pasa a reconocerlo e inmediatamente pronunciarse sobre sus derechos en las relaciones familiares. El reconocimiento de que una pareja homosexual constituye un núcleo familiar que debe ser objeto de protección por parte del Estado y de la sociedad es un precedente de gran importancia.

Dejando muy en claro la suscribiente en nombre de CLADEM, que toca hacer un trabajo a nivel nacional para que cada uno de los criterios establecidos por la sentencia puedan verse plasmados en la vida cotidiana de las personas.

TEMA N° 03: Derecho como campo de lucha; Orientación Sexual e Identidad de Género

AUTOR: DEMUS Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer

Lima - Perú

En la presente investigación intervienen más de un jurista, haciendo comentarios a propósito de los últimos problemas de discriminación que vienen sufriendo constantemente los LGBT, por intolerancia del resto de la comunidad con respecto a su orientación sexual, identidad de género y expresión de género; así como el análisis de la jurisprudencia emanada de la Corte IDH, así como de nuestro propio Tribunal Constitucional, correspondiente a la referida problemática, tales como:

“Avances hacia el reconocimiento de derechos para las personas LGBT: sobre cómo el Tribunal Constitucional Peruano ha contribuido a ello”, tema abordado por la Dra. Marisol Fernández Revoredo

“Dicen que la justicia es ciega pero no hay peor ciego que él no quiere ver. Comentarios sobre las resoluciones primera y segunda del caso Supermercados Peruano S.A. (Santa Isabel)”, tema comentado por el Dr. Marcelo Ernesto Ferreyra

“Caso Karen Atala Riffo. Algunas consideraciones sobre el interés superior del niño que el sistema interamericano de derechos humanos debe tener en cuenta”, comentarios que provienen de la Dra. Jeannette Llaja Villena

“Crímenes de odio por orientación sexual o identidad de género en el Perú”, por el Dr. Crissthian Manuel Olivera Fuentes.

2.2. MARCO HISTÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.-

1.- Antecedentes históricos del Matrimonio y la Familia.

1.1. Del Matrimonio.

Etimológicamente, la palabra matrimonio viene del latín *matrem (madre) y monium (calidad de)*⁶

Según el “Libro de Urantía” (cuyo rigor científico es cuestionado, no obstante ello, nos sirve), en su documento 82 Señala que el “Matrimonio” surge de la bisexualidad. El matrimonio es el ajuste por reacción del hombre a dicha bisexualidad, mientras que la vida familiar es la suma que resulta de todos los ajustes evolucionarios y de adaptación. El matrimonio es duradero; no es inherente a la evolución biológica, pero constituye la base de toda evolución social y por consiguiente seguirá existiendo con toda seguridad en alguna forma. El matrimonio ha otorgado a la humanidad el hogar, y el hogar es la gloria coronadora de toda la larga y ardua lucha evolucionaria. Aunque las instituciones

⁶ Diccionario Etimológico Virtual; cuyo link es: <http://etimologias.dechile.net/?matrimonio>

religiosas, sociales y educativas son esenciales para la supervivencia de la civilización cultural, *la familia es el civilizador magistral*. El niño aprende la mayor parte de la esencia de la vida de su familia y de los vecinos.

Los humanos de tiempos pasados no poseían una civilización muy rica, pero lo que tenían lo pasaron fiel y eficazmente a la generación siguiente. *“Vosotros debéis reconocer que la mayoría de estas civilizaciones del pasado continuaron su evolución con un mínimo de otras influencias institucionales porque el hogar funcionaba en forma eficaz. Hoy día las razas humanas poseen una rica herencia social y cultural, y ésta debe ser traspasada sabia y eficazmente a las generaciones venideras. La familia como institución educacional debe ser mantenida.”*

En dicho Libro de Urantía, además se agrega que a pesar de la diferencia de personalidad entre hombres y mujeres, el impulso sexual es suficiente para asegurar su unión para la reproducción de la especie. Este instinto operaba efectivamente mucho antes de que los humanos experimentaran lo que más recientemente se ha llamado amor, devoción y lealtad matrimonial. El apareamiento es una propensión innata, el matrimonio es su repercusión social evolucionaria. El interés y deseo sexuales no eran pasiones dominantes en los pueblos primitivos; ellos simplemente las aceptaban. La entera experiencia reproductora estaba libre de embellecimientos de la imaginación. La pasión sexual que todo lo absorbe de los pueblos más altamente civilizados se debe principalmente a la mezcla de razas, especialmente allí donde la naturaleza evolucionaria ha sido estimulada por la imaginación asociativa y la apreciación de la belleza por parte de los noditas y adanitas.

De la reproducción de las escrituras aludidas, se puede colegir en términos sencillos, que efectivamente el matrimonio tenía como base primitiva un instinto copulativo, instinto de sexualidad o como quiera llamarse, el mismo que a su vez revela el propósito fundamental de toda especie; esto es, existir. **Por tanto, podemos considerar con alto grado de certeza, que el matrimonio nace como una institución cultural que respondía al reclamo social de regulación de las relaciones sexuales, y que significó (tiempo pasado) la unión entre dos personas, hombre y mujer cuyo fin absoluto era preservar nuestra especie.**

Dicha unión aún no era promovida con fines legales, mucho menos religiosos (esto viene después); inclusive ni si quiera existía el procedimiento que ahora nosotros conocemos como una liturgia matrimonial si de religión se quiere hablar, o el engendramiento de esa institución jurídica o contrato (según la legislación), llamada matrimonio civil.

Si bien muchos sociólogos, políticos, juristas y filósofos en general han definido al matrimonio básicamente como la unión formal entre un hombre y una mujer; también es cierto que para otras personas cuya visión contiene una apreciación valorativa mayor e inclusive aplicando una interpretación extensivamente ontológica de los fines del matrimonio, se ha definido a esta institución: como el Enlace o unión entre personas para formar una familia. Suele estar mediado por una serie de ritos, si es de carácter religioso, o por formalidades legales, si es un matrimonio civil.⁷

Cicerón decía que el matrimonio es el principio de la sociedad y el fundamento de la cosa pública (*principium urbis et quasi seminarium rei publicae*) “*El matrimonio es el centro de la familia y las demás instituciones que integran el Derecho de Familia no son más que consecuencias o complementos de aquél*”. Consecuentemente, si esto fuera así, pues el restringir el derecho al matrimonio, importaría a su vez, la restricción directa al acceso de aquellas instituciones que integran el derecho de familia; y sin dichas instituciones componentes de tal derecho, también se los estaríamos -en esencia- arrebatando a las personas LGTBI.

Sabemos que uno de los fundamentos que sirvió para instituir el matrimonio, era el “fin procreador”. Al respecto Kant, indica, “*El fin del matrimonio, que es educar y procrear a los hijos, puede ser siempre un fin que la naturaleza se ha propuesto, al dar al hombre la inclinación recíproca de los sexos; pero el hombre que se casa no está obligado, so pena de ilegitimidad en la unión, a proponerse ese fin. De otro modo, al cesar la facultad de engendrar, el matrimonio se disolvería por sí mismo de pleno derecho*”. En efecto, lo que afirma certeramente el maestro, es que si el matrimonio tuviera como fin supremo (o único) el mantener viva a la especie humana (procrear), caería irónicamente en un holocausto a costa de nada; en otras palabras, nadie se casa

⁷ La Enciclopedia Libre Universal, portal web.

necesariamente para procrear. La costumbre nos ha enseñado que en la mayoría de casos la gente engendra hijos sin casarse —el casamiento viene después-, por lo que teóricamente al decir de Kant, contrariar el “fin” deslegitimaría la unión; y no solo eso, sino que además por imperio del Derecho, el matrimonio se disolvería automáticamente; cuyo efecto también se generaría en uniones entre personas heterosexuales estériles o ancianos.

Por otro lado y para mayor abundamiento, otros tratadistas han deducido que en el matrimonio concurren dos fines: el físico o también llamado biológico, y el espiritual; siendo considerado los fines biológicos como “fines primarios” y los fines espirituales como “fines secundarios”; estos últimos propugnan la comunidad de vida entre los cónyuges, a efecto de que estos se ayuden y protejan mutuamente.

Ahora bien, como se ha dicho líneas arriba, el problema del matrimonio como institución jurídica que regula las relaciones sentimentales, sexuales, de unión, entre dos personas (hombre y mujer, en el Perú); es un tema íntimamente ligado con los derechos de las personas LGTBI, ya que estas no pueden acceder a tal virtualidad del Derecho — en la mayor parte del planeta-; esto sin duda alguna los perjudica, debido a que el matrimonio regula a su vez, derechos patrimoniales y no patrimoniales; por lo que luego de —en primer lugar- haberse ganado la lucha en la mayor parte del mundo, con relación a la despenalización y persecución irracionalmente motivada contra los homosexuales y las relaciones de facto entre estos; ahora lo que se pretende a la luz de los Tratados Internacionales, la cuantiosa jurisprudencia nacional e internacional, los estudios científicos serios; así como la misma normatividad igualitaria que se ha engendrado en 26 países, la mayoría de ellos en Europa. Esa unión es legal en: Finlandia, Irlanda, Holanda, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Luxemburgo, Noruega, Irlanda, Suecia, Portugal, Grecia, Inglaterra, Gales, Escocia, Islandia, Estados Unidos, Canadá, Argentina, Uruguay, Brasil, México (varios estados), Sudáfrica, Nueva Zelanda y Colombia; es regular de manera expresa todos los derechos de los LGTBI; es decir, tarde o temprano el Perú seguirá el mismo ejemplo, teniendo en cuenta los fundamentos científico-biológicos, sociológicos, jurídicos y etc, que se detallarán en el presente trabajo.

1.2. De la Familia.

El Diccionario de la Lengua Española la define, entre otras cosas, como un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.

Ahora bien, GARCÍA TOMA, define a la familia como aquel grupo de personas unidas por el matrimonio o vinculada jurídicamente por la unión de hecho, entre las cuales existen derechos y deberes sancionados por el Código Civil (patria potestad, obligaciones alimentarias, derechos sucesorios, etc.). Añade que, en puridad, expresa a una unidad de convivencia deliberada, consciente y con vocación de permanencia destinada a promover la generación humana, al revelo generacional y la conservación humana a efectos de asegurar la socialización y transmisión de valores, de cara a la solidez de la sociedad civil y política.⁸

Por su parte DÍAZ DE GUIJARRO, considera a la familia como una institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación. Ella posee una importancia singular porque constituye la cédula básica de la organización social.⁹

Como se ha podido observar hasta aquí, la noción de familia solo cerraba su definición a la composición de 2 sexos (intersexual); no se concebía que pudiera también comprender en su génesis una pareja del mismo sexo (homosexual). En esta parte se pasará a detallar de manera sucinta como es que la familia ha evolucionado a lo largo del tiempo, lo cual es de conocimiento público, por múltiples estudios sociológicos y cívicos al respecto.

Consabido es, que desde mucho tiempo atrás, el hombre ha tenido la necesidad de agruparse o juntarse para satisfacer sus necesidades primarias; para lo cual se requería un trabajo en equipo, mínimamente organizado y con el debido reparto de roles.

Ahora bien, las primeras formas de sociedad familiar tenían como principal característica la promiscuidad; es decir, no existía criterio alguno para agruparse en parejas o particularizar la copulación; inclusive no existía ningún respeto sexual hacia

⁸ GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales*. Editorial ADRUS S.R.L. Arequipa-Perú 2014. P. 566

⁹ DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado de derecho de familia*. Buenos Aires: Tipografía Editorial Argentina 1953.

las mismas personas que engendraban a los nuevos habitantes de la tierra; esto es, hacia los padres.

La primera forma de organización familiar fue la comunidad primitiva, esta es inherente a la existencia del hombre, y su desarrollo se sujetaba a las diversas formas de organización social. Posteriormente, nace la horda, la misma que es la expresión mínima de la sociedad primitiva, teniendo como principal característica la de ser nómades, y hasta aquí tampoco se distinguía la paternidad. Seguidamente nace el clan, tipo familiar en el que tenía excesiva importancia el lazo de sangre que identificaba a sus integrantes; además de ello, se dice que políticamente ya se contaba con un líder, quien dirigía al grupo, sometiéndose quienes lo conformaban a las decisiones de dicho líder.

Luego del clan, nace la llamada familia Consanguínea, la que es considerada como “la primera etapa de la familia”; la misma que años más tarde sería desplazada por la familia punalúa, la cual representa el primer gran paso de organización familiar, cuya organización consistía en prohibir el coito entre padres e hijos, para posteriormente prohibirlo entre hermanos. Seguidamente se tiene a la **Familia Sindiásmica**, dicen las fuentes que este tipo familiar surge entre el límite del salvajismo y la barbarie; aquí las prohibiciones del matrimonio se hicieron más drásticas y complejas. Se destaca de esta familia que ya no eran numerosas (ello solo se dio hasta la etapa de la familia punalúa), aquí la numerosidad era reducida por cuestiones económicas y de independencia. La familia sindiásmica representa el hito que grafica por primera vez el típico recuadro de unión entre un hombre con un mujer; sin embargo la parte “oscura” de este tipo de familia, consistía en la permisión de la poligamia y la infidelidad en favor del hombre; mas no de la mujer; por el contrario, de comprobarse que estas ejercieran cualquier tipo de poligamia o infidelidad –adulterio-, se emitían y ejecutaban castigos crueles; los mismos que hasta la fecha se siguen aplicando en determinados países islámicos y de África.

Posteriormente tenemos a la **Familia monogámica**, que nace de la familia sindiásmica, en el periodo de transición entre el estado medio y superior de la barbarie. Es uno de los síntomas del nacimiento de la civilización, su real fundamento yace en el predominio del hombre, cuyo fin es procrear hijos. Esto era primordial ya que los hijos serían los

futuros herederos de los bienes del padre. Se dice además que este tipo de familia era más sólida en los lazos maritales que su predecesora; lazos que solo podían ser rotos por el hombre. La monogamia facilita el cuidado de los hijos, puesto que ambos cónyuges comparten los mismos afectos y atenciones hacia ellos, sin las rivalidades existentes entre los hijos de uniones distintas. La familia monógama constituye la unidad social más firme que ninguna otra; y en ella la protección de la dignidad de la mujer se ve afianzada.

El tema respecto a que si la poligamia precedió a la monogamia en la evolución histórica de la familia, es un tema realmente debatible; sin embargo Spencer y otros sociólogos del siglo XIX, en sus interpretaciones nos dicen que: *“Toda forma de evolución va de lo orgánico o desorganizado hacia lo orgánico u organizado, primero fue la promiscuidad sexual, después las uniones poligámicas y por último la monogamia.”*

Familia poligámica: es cuando existe una pluralidad de cónyuges. Existen tres formas: 1) matrimonio en grupo.-es en el que varios hombres y varias mujeres se hayan en relaciones matrimoniales recíprocas. 2) poliandria.- es en la que varios esposos comparten una sola esposa. 3) poliginia.- consiste en una pluralidad de esposas.

Familia matriarcal: estaba compuesto por la madre y los hijos, la madre proporcionaba los alimentos vegetales, en tanto que los hijos los de la caza o pesca. La madre desempeñaba el principal papel en el terreno económico, encontrándose en la cúspide de la pirámide política familiar, y por tanto ejercía el poder.

Familia patriarcal: La autoridad suprema es el padre o el ascendiente varón de mayor edad. La familia patriarcal en la antigüedad era practicada por palestinos, griegos y romanos, manteniéndose vigente su existencia en algunos lugares del mundo.

Luego de los tipos de familia según su desarrollo evolutivo; viene una clasificación según su modalidad compositiva. De allí que el profesor GARCÍA TOMA¹⁰,

¹⁰ GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales*. Editorial ADRUS S.R.L. Arequipa-Perú 2014. P. 568 y 569.

nuevamente nos viene a ilustrar con una clasificación muy entendible; esta es la siguiente:

- a) **La familia extendida.** Comprende a un conjunto de personas ligadas jurídicamente por la relación intersexual, la procreación y el parentesco. En este contexto no es exigible la condición de hacer vida en común.
- b) **La familia nuclear.** Comprende a un conjunto de personas ligadas jurídicamente por la relación intersexual, la procreación y la vida en común. En este contexto se restringe su composición al padre, la madre y los hijos que se encuentren bajo su patria potestad.
- c) **La familia fraccional.** Comprende a un conjunto de personas ligadas jurídicamente por la relación intersexual, la procreación y el parentesco, pero en donde solo se ejerce la paternidad o la maternidad frente de la desvinculación afectiva del progenitor o progenitora de la prole. Tal el caso del padre o de la madre “soltera”.
- d) **La familia ensamblada.** Comprende a un conjunto de personas ligadas jurídicamente por la relación intersexual, la procreación y la vida en común; pero que presenta la singularidad que la pareja matrimonial o concubina integra al seno del hogar, a hijos provenientes de una relación previa. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Reynaldo Shalz Pérez (Expediente N° 09332-2006-PA/TC), ha señalado que las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/hijastras deben ser observadas a la luz del concepto de familia amparado por la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- e) **La familia compuesta.** Comprende a un conjunto de personas que tienen como rasgo común la mera convivencia dentro de un mismo lugar.

Posteriormente el autor considera que para que exista la familia deben concurrir 3 presupuestos: **a)** la existencia de una relación de pareja monogámica e intersexual y con vocación de la generación humana; **b)** la existencia de una relación socio-jurídica de

naturaleza permanente y con vocación de hacer vida en común; **c)** la existencia de vínculos emanados de la filiación y el parentesco; y **d)** la existencia de una relación convivencial, sustentada en la solidaridad, la igualdad de trato y el respeto recíproco.

Es pertinente resaltar que muy pocos son los estudiosos que se han encargado de ir en contra de la familia como institución natural y formal; pero los hay. Por ejemplo Sócrates (citado por Platón en la República. Libro 5.) decía que *una ciudad justa es aquella en la que los ciudadanos no tienen lazos familiares.*

Ahora bien, nosotros no nos encontramos de acuerdo con lo requerido para constituir “FAMILIA” por el connotado profesor GARCÍA TOMA; ya que evidentemente su razonamiento y material bibliográfico le cierra las puertas a las personas LGTBI para que estas puedan generar la llamada “FAMILIA”; esto sucede porque el maestro, así como muchos especialistas, creen que los líderes de la familia (padres y madres), deben mantener entre sí una relación intersexual; en otras palabras, provenientes de sexos diferentes; y esto se desprende del primer presupuesto invocado por aquel (relación de pareja intersexual).

Nosotros somos de la firme convicción que la familia como base sustancial de la sociedad ha evolucionado, de tal modo que ahora existe lo que la doctrina ha denominado “FAMILIA HOMOPARENTAL”, que es la que nos sirve de sustento para la presente tesis.

LA FAMILIA HOMOPARENTAL, es aquella compuesta de una pareja de hombres o de mujeres; que se convierten en los progenitores o padres de uno o más menores de edad. Resulta claro que la forma de constituir una familia homoparental, solo en algunos casos podría darse de manera natural; esto es cuando la madre con un hijo conforma una nueva familia con otra mujer del mismo sexo. Asimismo, tenemos las técnicas de reproducción asistida (maternidad subrogada, inseminación artificial, etc). Otra de las formas más cuestionadas tal vez, de poder conformar una familia homoparental es por intermedio de la adopción, en el caso de que la pareja fuera conformada por dos hombres, y ninguno de estos tenga hijos de relaciones anteriores que puedan constituir dicha familia.

Grandiosos son los estudios contemporáneos que se han realizado con relación a la FAMILIA HOMOPARENTAL, ya que como se pasará a detallar más adelante, tanto la psicología, las organizaciones políticas, el Derecho, la Sociología y muchas otras ciencias, así como la propia religión; se han encargado de ignorar y peor aún, hasta satanizar cualquier mención al respecto; sin hacer alusión a las posiciones estereotipadas de muchos Estados hacia los comportamientos de los LGTBI, y el impacto que generaría la probabilidad de otorgarles igual protección que a personas heterosexuales. El problema no es sencillo, ya que países como Chile (por citar un caso actual), han desprotegido y discriminado manifiestamente a las personas LGTBI, como lo dio a conocer la paradigmática decisión que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala Riffo vs Chile.

ESTUDIOS AL RESPECTO:

La Asociación Estadounidense de Psicología, la Asociación Estadounidense de Psiquiatría y la Asociación Nacional de Trabajadores Sociales afirmaron en un escrito de *Amicus curiae* presentado a la Corte Suprema de California en 2006 lo siguiente:

“Aunque a veces se afirma en los debates políticos que las parejas heterosexuales son intrínsecamente mejores padres que las parejas del mismo sexo, o que los hijos de lesbianas o padres gays están en peores condiciones que los niños criados por padres heterosexuales, estas afirmaciones no encuentran apoyo en la literatura de investigación científica. Cuando se comparan efectos de diferentes tipos de paternidad es de vital importancia realizar las comparaciones adecuadas. Por ejemplo, las diferencias resultantes del número de padres en un hogar no pueden ser atribuidas al género de los padres o a su orientación sexual. Investigación en hogares con padres heterosexuales, generalmente indican que - en igualdad de condiciones - a los niños les va mejor con dos figuras de crianza que sólo con solo una. Los estudios de investigación que suelen ser citados al respecto no se refieren a la orientación sexual de los padres, sin embargo, y por lo tanto, no permiten extraer conclusiones sobre las consecuencias de tener padres heterosexuales frente a homosexuales o padres que sean del mismo sexo

*frente a padres que sean de distinto sexo. De hecho, la investigación científica que ha comparado directamente los resultados de niños con padres gays y lesbianas con resultados de niños con padres heterosexuales ha sido muy consistente en demostrar que **los padres lesbianas y gays son tan aptos y capaces como los padres heterosexuales, y sus hijos son psicológicamente sanos y están tan bien adaptados como los niños criados por padres heterosexuales.** Se hace hincapié en que las habilidades de las personas gays y lesbianas en su desempeño como padres y los resultados positivos para sus hijos no son áreas donde los investigadores científicos creíbles estén en desacuerdo. Algunas declaraciones de las principales asociaciones de expertos en este campo reflejan el consenso profesional según el cual los niños criados por lesbianas o padres gays no difieren en aspectos importantes de los criados por padres heterosexuales. **No hay ninguna investigación empírica creíble que sugiera lo contrario. Permitir a las parejas del mismo sexo que se casen legalmente no tendrá ningún efecto perjudicial sobre los niños criados en hogares heterosexuales, sino que beneficiará a los niños que son criados por parejas del mismo sexo”.***

Por otro lado, La Academia Estadounidense de Pediatras afirmó en la Revista *Pediatrics* en 2006 que:

“Existen numerosas pruebas que demuestran que a los niños criados por padres del mismo sexo les fue tan bien como a los criados por padres heterosexuales. Más de 25 años de investigación han documentado que no existe una relación entre la orientación sexual de los padres y cualquier medida emocional, psicosocial y de ajuste del comportamiento de un niño. Estos datos han demostrado que no hay ningún riesgo para los niños en crecer en una familia con uno o más padres gay. Adultos consientes y cuidadosos, sin importar si son hombres o mujeres, heterosexuales u homosexuales pueden ser excelentes padres. Los derechos, beneficios y protecciones del matrimonio civil pueden reforzar aún más estas familias.”

Asimismo el psicólogo Gregory M. Herek escribió en la revista: “*The American Psychologist*” en el año 2006 que:

*“A pesar de la considerable variación en la calidad de muestras, en el diseño de la investigación, en los métodos de medición y en las técnicas de análisis de datos, los resultados hasta la fecha han sido bastante consistentes. **La investigación empírica hasta la fecha no ha logrado encontrar vínculos entre el bienestar de los niños y la orientación sexual de sus padres.** Si los padres gays, lesbianas o bisexuales fueran inherentemente menos capaces que los padres heterosexuales, sus hijos evidenciarían problemas independientemente del tipo de muestra. Este patrón claramente no se ha observado. Dado los consistentes fracasos en esta literatura de investigación, considerando la carga de la prueba empírica, **la hipótesis de aquellos que argumentan que los hijos de los padres de minorías sexuales están en peores condiciones que los hijos de padres heterosexuales, es nula.**”*

Finalmente La Asociación Psicológica Canadiense sentenció en los años 2004 y 2006 que:

La creencia de que los adultos gays y lesbianas no son buenos padres, o que el desarrollo psicológico de los niños de padres gays o lesbianas está comprometido, no tiene bases en la ciencia. Nuestra posición se basa en una revisión que representa aproximadamente 50 estudios empíricos y por lo menos otros 50 artículos y capítulos de libros. De acuerdo con extensa revisión de Herek a la literatura en 2006, la investigación en la que los opositores al matrimonio de parejas del mismo sexo se basan, observa el funcionamiento de los niños en familias intactas con padres heterosexuales en comparación con los niños criados por un solo padre después del divorcio o la muerte de un cónyuge. No incluyen estudios que comparen el comportamiento de los niños criados por parejas heterosexuales con el comportamiento de los niños criados por parejas del mismo sexo. En este grupo de estudios, las diferencias observadas son atribuibles más precisamente a los efectos de la muerte

de uno de los padres o al divorcio, y/o a los efectos de vivir con un solo padre, en lugar de a la orientación sexual de ellos. Estos estudios no nos dicen que los hijos de padres del mismo sexo en una relación intacta, tienen desventajas comparados con los hijos de padres de sexos opuestos en una relación intacta. Una revisión de la investigación psicológica en el bienestar de los niños criados por personas del mismo sexo y los padres de sexo opuesto sigue indicando que no hay diferencias considerables en cuanto a su salud mental o a su adaptación social y que las madres lesbianas y padres gays no son menos aptos como padres que sus contrapartes heterosexuales. La APC reconoce y aprecia que las personas y las instituciones tengan derecho a dar sus opiniones y posiciones sobre esta cuestión. Sin embargo, a la APC le preocupa que algunos estén mal interpretando los resultados de la investigación psicológica para apoyar sus posiciones, cuando sus posiciones están más bien basadas en sistemas de creencias o valores. ”¹¹

2.- Antecedentes de la Discriminación por razones de sexo e identidad y expresión de género en el Sistema Internacional de Derechos Humanos y el Principio de Igualdad.

Los derechos humanos son de naturaleza universal; sin embargo, su reconocimiento y ejercicio para poblaciones históricamente excluidas, como las lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex, son parte de un proceso reciente en el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien, ninguno de los tratados internacionales los excluye, ha sido necesaria su explicitación a través de recomendaciones o mediante la resolución de casos concretos para reafirmar su vigencia.

En ese marco, la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH) en el caso Karen Atala vs. Chile constituye un hito importante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; pues su emisión forma parte del proceso de reconocimiento que se va ampliando progresivamente en los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. Expondremos en el primer acápite este

¹¹ Matrimonio de Parejas del Mismo Sexo – 2006, Declaración sobre la Posición de La Asociación Psicológica Canadiense.

proceso de reconocimiento a través de la revisión de los principales pronunciamientos en los Sistemas Universal, Europeo y en el mismo Sistema Interamericano en materia de no discriminación por orientación sexual.

2.1. Antecedentes en el Sistema Universal de Derechos Humanos.

El primer caso resuelto en el Sistema Universal de Derechos Humanos data del año 1994, cuando el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el caso *Toonen vs. Australia*¹², estableció que la ley de Tasmania que criminalizaba las relaciones sexuales consentidas entre hombres adultos, violaba el derecho a no recibir interferencias arbitrarias e ilegales la vida privada. Importante precedente que se opone a la legislación que aquel entonces, en la cual se consideraba como un hecho punible, el mantener relaciones sexuales entre varones.

Posteriormente, en el año 2003 (en el caso *Young vs. Australia*¹³) y en el año 2007 (caso *X vs. Colombia*¹⁴), el Comité de Derechos Humanos estableció que constituye una violación al derecho a la igualdad y protección de la ley sin discriminación por orientación sexual si es que, impidiéndoles casarse, se hace diferencias en el acceso a prestaciones (pensiones de sobrevivencia) entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales.

2.2. Antecedentes en el Sistema Europeo de Derechos Humanos.

El Sistema Europeo de Derechos Humanos, a través de las decisiones del Tribunal Europeo, se ha pronunciado sobre diferentes dimensiones del ejercicio de derechos de lesbianas, gays y trans; por ello se ha constituido en un referente para los otros sistemas y concretamente para la Corte IDH en el caso *Karen Atala vs. Chile*.

A continuación, se presentarán los principales casos resueltos por el Tribunal Europeo en materia de discriminación por orientación sexual:

¹² Comité de Derechos Humanos, *Toonen vs. Australia*. Comunicación 488/1992 del 4 de abril de 1994.

¹³ Comité de Derechos Humanos, *Young vs. Australia*. Comunicación 941/2000 del 18 de setiembre de 2003.

¹⁴ Comité de Derechos Humanos. *X vs. Colombia*. Comunicación 1361/2005 del 14 de mayo de 2007.

El primer antecedente data del año 1981, cuando el Tribunal Europeo determinó para el caso *Dudgeon vs. Reino Unido*¹⁵, que la criminalización de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo constituía una violación del derecho a la privacidad. Este razonamiento se repitió en los casos *Norris vs. Irlanda*¹⁶ (1987) y *Modinos vs. Chipre*¹⁷ (1993). Conforme se puede apreciar de ello, tenemos pues que los procesos de rango internacional anteriormente referidos, a viva luz constituyen los primeros pronunciamos y tal vez, algunos de los más importantes, si tenemos en cuenta que en aquel entonces era prácticamente imposible si quiera hablar de igualdad de género, orientación sexual u expresión de género; en consecuencia las personas LGTBI se encontraban como absolutos *outsiders* de los sistemas jurídicos, en otras palabras, más que discriminárseles se repudiaba hasta el delito la calidad de aquellos.

Posteriormente, en el año 1999, en el caso *Lustig-Prean and Beckett vs. Reino Unido*¹⁸ y el caso *Smith and Grady vs. Reino Unido*¹⁹, el Tribunal Europeo estableció que la expulsión de efectivos de las Fuerzas Armadas a causa de su orientación sexual había constituido una violación a su derecho a la privacidad.

Ese mismo año, reconociendo explícitamente el derecho a no ser discriminado por orientación sexual, el Tribunal determinó que quitarle la tuición de una hija a un padre, por ser éste homosexual, constituye una violación a su derecho a la privacidad en relación a su derecho a no ser discriminado (caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*)²⁰; aquí en particular, ya no solo se consideraba intolerable la tipificación de la homosexualidad o cualquier forma de orientación sexual como delito; sino por el contrario, se empezaron a promover políticas gubernamentales que desarrollaran la aceptación de las personas LGTBI, y más que ello, su inclusión plena al sistema de las

¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Dudgeon vs. Reino Unido*, sentencia del 23 de septiembre de 1981.

¹⁶ 10 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Norris vs. Irlanda*, sentencia del 30 de noviembre de 1987.

¹⁷ 11 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Modinos v. Chipre*, sentencia del 23 de marzo de 1993.

¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Lustig, Prean y Beckett vs. Reino Unido*, sentencia del 27 de septiembre de 1999.

¹⁹ 13 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Smith y Grady vs. Reino Unido*, sentencia del 27 de septiembre de 1999

²⁰ 14 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, sentencia de 21 de diciembre de 1999

naciones en mención; ello se hizo a través de dichos fallos que servían tanto de manera particular (para las personas parte de dichos procesos), como pública o general (para aquellas personas quienes tenían las mismas perspectivas de vida que las otras).

Luego, en el año 2003, en el caso *Karner vs. Austria*²¹, el Tribunal determinó que la no extensión del derecho de subrogación arrendaticia al miembro superviviente de una pareja homosexual viola el derecho a la vida privada (al domicilio) y a la no discriminación por orientación sexual; criterio que fue explicitado también en el caso *Kozac vs. Polonia*²² del año 2010.

En el año 2008, el Tribunal Europeo, en el caso *EB vs. Francia*²³ estableció que la negación de la adopción por causa de la orientación sexual de la peticionaria constituye una violación a su derecho a la privacidad y a la no discriminación por orientación sexual.

En el año 2010, en el caso *J.M. vs. Reino Unido*²⁴, el Tribunal consideró que la aplicación de una norma referida a las pensiones alimenticias que solo permitía la reducción del monto de la pensión al padre o madre que no tenía la custodia de sus hijos o hijas y que vivía en una relación de pareja heterosexual, más no homosexual, era discriminatoria por orientación sexual.

Ese mismo año, en el caso *Schalk y Kopf vs. Austria*, el Tribunal determinó que no era discriminatorio restringir el derecho al matrimonio a las parejas heterosexuales; sin embargo, determinó que la relación estable de una pareja homosexual puede ser entendida **como vida familiar**, de la misma forma que sería entendida en una pareja de sexo opuesto; criterio que fue seguido en el caso *P.B. y J.S. vs. Austria*²⁵, donde se estableció que se violaba el derecho a la vida privada y a la no discriminación cuando se negaba los servicios de salud a la pareja homosexual del asegurado.

²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Karner vs. Austria*, sentencia del 24 de Julio de 2003

²² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Kozac vs. Polonia*, sentencia del 2 de febrero de 2010.

²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *E.B. vs Francia*, sentencia de 22 de enero de 2008.

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *J.M. vs Reino Unido*, sentencia de 28 de septiembre de 2010.

²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del caso *P.B. y J.S. vs. Austria*. 22 de julio de 2010.

2.3. Antecedentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Del Sistema Interamericano debemos señalar que en el año 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH), consideró en el caso *Marta Lucía Álvarez vs. Colombia*, que negarle el derecho a la visita íntima de su “compañera de vida” podía constituir una posible violación del derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada (art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos), pero no la violación del derecho a no ser discriminada por orientación sexual²⁶.

En el siguiente proceso, la CIDH recibió el caso de la señora X vs. Chile, en el que se evidenció un marco regulatorio que sancionaba a los carabineros y carabineras (policías) que tenían conductas homosexuales. Sin embargo, el caso culminó en un Acuerdo de Solución Amistosa²⁷ en el que se abordó la afectación en la honra y dignidad de las personas en las indagaciones administrativas, dejando de lado la proscripción de la discriminación por orientación sexual.

Como se puede observar, de los tres sistemas de protección de derechos humanos, el que menos pronunciamientos y avances ha tenido es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sin embargo, ya existe un marco político y jurídico en la región que permite identificar una posición propicia al reconocimiento de los derechos de las lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en la región.

Este marco se construye a partir del año 2008, cuando la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos decidió adoptar anualmente resoluciones denominadas “Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género”. En su última resolución, la Asamblea no solo condenó los actos de violencia y violación de los derechos humanos, sino que expresamente condenó la discriminación por orientación sexual e identidad de género e instó a los Estados a tomar medidas para prevenir, sancionar y erradicarla, así como a aprobar políticas públicas dentro de los parámetros

²⁶ CIDH. Informe N° 71/99. Admisibilidad. Petición 11.656. *Marta Lucía Álvarez Giraldo vs Colombia*. 4 de mayo de 1999.

²⁷ CIDH. Informe N° 81/09. Solución amistosa. Petición 490-03. *X vs. Chile*. 6 de agosto de 2009.

de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno. Además, solicitó a la CIDH prestar atención a su plan de trabajo titulado “Derechos de las personas LGTBI” y preparar el informe hemisférico en la materia, entre otras demandas²⁸.

En ese contexto, en noviembre del año 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos anunció la creación de la Unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexo, la cual se desarrolla en torno a tres pilares de trabajo: el tratamiento de casos y peticiones individuales; la asesoría a los Estados Miembros de la OEA y a los órganos políticos de la OEA; y la labor de preparación de un informe hemisférico sobre los derechos humanos de estas personas.

Ahora bien, con relación a la jurisprudencia internacional que emana de la CorteIDH, podemos decir que la más importante es la sentencia que se emite el 24 de febrero del 2012, en el caso Karen Atala Riffo y Niñas vs. Chile, pues, como nuevo precedente significa otro paso en el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI y confirma la existencia de un contexto que propicia su emisión.

2.3.1. Del caso Karen Atala Riffo y Niñas vs Chile.

1.3.1.1. Antecedentes.-

El precedente que comentaremos a continuación merece un especial desmenuzamiento para la comprensión del lector a cerca de lo que pretendemos dar a conocer a la sociedad.

Los hechos del presente caso se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R.²⁹ en contra

²⁸ Asamblea de la Organización de Estados Americanos. Derechos Humanos Orientación Sexual e Identidad de Género. AG/RES. 2653 (XLI-0/11). Aprobada el 7 de junio de 2011.

²⁹ A solicitud de la Comisión Interamericana y de los representantes, se reservó la identidad de las tres hijas de la señora Karen Atala Riffo, a quienes se identificará con las letras “M., V. y R.”. Sobre la participación de las niñas M., V. y R. en el presente caso, una delegación de la Corte Interamericana realizó una diligencia privada con las niñas M. y R.. Durante la diligencia no estuvieron presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes. A partir de lo manifestado por las niñas, la Corte las consideró presuntas víctimas en el presente caso. Por otra parte, la niña V. no participó en dicha diligencia por motivos de fuerza mayor. Al respecto, el Tribunal consideró que no hallaba ningún elemento para considerar que la niña V. no se encontraba en la misma condición que sus hermanas. Sin

de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. En este sentido, la CorteIDH tuvo que resolver, entre otros elementos, la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R.. Para estos efectos, la Corte analizó, entre otros, los argumentos expuestos por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica.

En la Sentencia la Corte declaró a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado: i) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; ii) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1. (Obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R.; iii) el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 (protección a la honra y a la dignidad), en relación con el artículo 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; iv) los artículos 11.2 (protección a la honra y a la dignidad) y 17.1 (protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.; v) el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R., y vi) la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo. Por otra parte, la Corte declaró que el Estado no violó la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (garantías judiciales) de la Convención Americana, en relación con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica.

embargo, para efectos de las reparaciones la autoridad nacional competente para la infancia deberá constatar en forma privada la opinión libre de la niña V. sobre si desea ser considerada parte lesionada.

2.3.1.2. Del Iter Procesal.

El 29 de octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición interpuesta por el padre de las menores M. V. y R en contra de Karen Atala Riffo considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Dicha decisión fue apelada. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia.

Posteriormente, el padre de las niñas presentó un recurso de queja contra la Corte de Apelaciones de Temuco. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre. En dicha sentencia, la Corte Suprema indicó que *“en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”*. Además, la Corte Suprema fundamentó su decisión en los siguientes argumentos: *i) “se ha prescindido de la prueba testimonial, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho”; ii) “el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja”; iii) la señora Atala “ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”; iv) “la eventual confusión de roles sexuales que puede producírseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas”, y v) “es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”*. Por tanto, la Corte Suprema consideró que las condiciones

descritas constituían “causa calificada” de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba “un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores [de edad], cuya protección debe preferir a toda otra consideración”.

Consideramos *prima facie* que los argumentos vertidos por la Corte Suprema de Chile no solo perjudican la efectividad y vigencia de los derechos humanos, sino que además trastocan toda garantía que define al debido proceso, como un suceso jurisdiccional de vértice justa, equiparada, imparcial y sobre todo, objetiva. Esto fundamentalmente sucede por cuanto primero, es inaceptable que una decisión judicial tenga como premisas fácticas de base a “presunciones de riesgo insustentadas, o peor aún, estereotipadas”, a esto únicamente se le puede ver como una sentencia arbitraria y prejuiciosa; y en segundo lugar, porque no se le puede exigir a una persona posponer sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, proyecto de vida y a la familia, los mismos que son inherentes a la identidad de aquella; basados abstractamente en el “principio del interés superior del niño”, *máxime* si la supuesta afectación a este principio internacional (intereses de las menores), tenía como fuente consideraciones discriminatorias, tradicionalistas y estereotipadas; es decir, no se probó objetivamente en ninguna instancia que la convivencia homosexual de la señora Atala con su nueva pareja perjudicara negativamente el desarrollo psíquico de las menores.

Para mayor abundamiento en el tema, se procederá a reproducir algunos de los argumentos más importantes vertidos por la propia CorteIDH con relación a los puntos que sustentan tan magno precedente.

- Con relación a: ***“La Igualdad y no discriminación y la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana. (...) la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de 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”³⁰

- Con relación a: **“El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo.** (...) Igualmente, la Corte Interamericana constató que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. La Corte observó que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia. El Tribunal agregó que una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte consideró que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.”³¹
- Con relación a: **“La presunta discriminación social** (...)La Corte consideró que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren

³⁰ Véase el punto 1.1., pag. 4 del resumen oficial de la sentencia en el caso Karen Atala Riffo vs Chile.

³¹ Véase el punto 1.2., pag. 4 del resumen oficial de la sentencia en el caso Karen Atala Riffo vs Chile.

necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición. El Tribunal constató que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos. Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte consideró que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resaltó que, además, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.”³²

- Con relación a: **“La alegada confusión de roles.** Frente a la alegada confusión de roles en las tres niñas que podría generar la convivencia de la señora Atala con su pareja, el Tribunal consideró que tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. El Tribunal observó que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia no falló con base en un análisis in abstracto del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas, sino que invocó la supuesta existencia de pruebas concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo

³² Véase el punto 1.2.1., pag. 5 del resumen oficial de la sentencia en el caso Karen Atala Riffo vs Chile.

limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas. Por tanto, el Tribunal concluyó que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo.”³³

- Con relación a: **“El alegado privilegio de intereses.** la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”. Al respecto, el Tribunal consideró que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente” que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas. En consecuencia, la Corte consideró que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, el Tribunal manifestó que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.”³⁴
- Con relación a: **“El alegado derecho a una familia “normal y tradicional.** En el presente caso, este Tribunal constató que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de

³³ Véase el punto 1.2.2., pag. 5 del resumen oficial de la sentencia en el caso Karen Atala Riffo vs Chile.

³⁴ Véase el punto 1.2.3., pag. 6 del resumen oficial de la sentencia en el caso Karen Atala Riffo vs Chile.

*familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”).*³⁵

- Con relación a: **“El derecho a la vida privada y vida familiar (...)** El Tribunal constató que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala, se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluyó que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo. En cuanto al derecho a la protección a la vida familiar, la Corte reiteró que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Tribunal señaló que diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar. En el presente caso, la Corte determinó que era visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Por tanto, este Tribunal concluyó que la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas, constituyó una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar.”
- Con relación a: **“Las Garantías judiciales. (...)** la Corte concluyó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho de las niñas a ser oídas consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, ya que la Corte Suprema no había explicado en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal constató que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo

³⁵ Véase el punto 1.2.4., pag. 6 del resumen oficial de la sentencia en el caso Karen Atala Riffo vs Chile.

contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, teniendo en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño. Por tanto, la Corte concluyó que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.”

Como se ha podido apreciar, el material producido por la CorteIDH en el caso comentado de la señora Atala, constituye una luminaria en el afianzamiento y promoción irrestricta del ejercicio efectivo de los derechos humanos; tan es así, que prácticamente ha repudiado expresamente cada razonamiento estereotipado e insustentado vertido por la Corte Suprema de Chile, dejándola –a nuestro humilde parecer- como un conjunto de seudos estudiantes de derecho que vacilan entre “conceptos” sociológicos y psicológicos subjetivos y discriminatorios.

Como dijo el Tribunal, la muestra más evidente de la violación feroz en contra de la mayoría de los derechos de la señora Atala, queda develada por el simple hecho de que la Corte Suprema de Chile no hubiera siquiera osado razonar en la forma en la que lo hizo, si la señora Atala hubiera sido una persona con orientación heterosexual, ya que todos los prejuicios se basaban en la preferencia afectiva de aquella hacia las mujeres, y más concretamente, en su convivencia lésbica con una mujer; convivencia que “convertiría” en un *pandemonium* el hogar en el que fueran a vivir las menores niñas materia de tuición (tenencia).

Como si ello no hubiera bastado; los Supremos Jueces de Chile no solo violaron flagrantemente toda concepción de no discriminación afectando con ello la existencia en esencia de la señora Atala; sino que además perjudicaron irremediabilmente la estabilidad emocional de las menores, quienes fueron apartadas de su madre, irónicamente “por interés superior de las niñas”, sin siquiera valorar las declaraciones de dichas menores, quienes manifestaron querer estar con su madre, ante lo cual no existió pronunciamiento alguno (insuficiencia de motivación); es decir, una explicación clara del porqué la Corte Suprema de Chile consideró “bueno” separar a las infantes de su madre, pese al deseo de aquellas de permanecer al lado de esta.

Finalmente, lo que causa mayor asombro –como bien lo resalto el Tribunal Interamericano-, es que la Corte Suprema Chilena haciendo una prognosis del desarrollo social de las menores, considerara que dada la familia que le podría proporcionar la señora Atala con su nueva pareja homosexual, dichas niñas pudieran ser objeto de discriminación; lo cual probado o no, en ningún sistema mundial contemporáneo debería avalarse, menos en un sistema adscrito a una serie de tratados internacionales que proscriben dicho proceder; es decir, atentar en contra de los derechos humanos de una persona, por la concepción social contraria que tienen el resto de las gentes, legitimando de esta forma la discriminación, lo cual causa un daño irreparable no solo a quien sufre el ultraje, sino a todo el sistema en sí.

“...El Tribunal constató que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad....”

Esto no se trata de una simple evolución del pensamiento humano; esto se trata de la progresión de derechos; por cuanto si observamos el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dicho dispositivo establece que *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, **sociales** y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”* [resaltado agregado].

Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en su preámbulo que *“los pueblos americanos tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente”*.

Asimismo el artículo 1 del Protocolo de San Salvador señala que: *“Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”*; debiendo de agregar que dentro del mencionado Protocolo Adicional, se encuentra consagrado en su artículo 14, el derecho a la constitución y protección de la familia”.

Ergo, resulta claro que la CorteIDH lo que quiere dar a entender concluyentemente es que si bien ha existido y existe discriminación, esta se ha ido aboliendo en gran medida; debido a que la historia nos ha enseñado que con buenas políticas e inclusive insurgencias y levantamientos iniciados por algunos líderes de movimientos mundiales, se puede dar mayor fuerza a la efectividad y pleno ejercicio de los derechos humanos; y es que si hacemos una retrospectiva, anteriormente era inconcebible inclusive se consideraba una aberración, un sacrilegio, un suceso execrable, al hecho de ver a un blanco libre conversando y/o abrazando a un negro esclavo como si fuera su hermano (antes de la guerra civil en EE.UU), o peor aún –como sucede actualmente en países islámicos-, la clara diferencia demarcada entre el hombre y la mujer, siendo considerada esta última como una cosa, propiedad del primero, que prácticamente no tiene más derecho que el de un perro; de allí que si todo ello ha ido evolucionando –al menos en América Latina-, esto no podría volver a lo que era antes; a esto se le llama **Principio de Progresividad**; el mismo que marca la clara prohibición de regreso o represión de un derecho que ya ha sido ganado, y es plenamente ejercido por determinadas personas; lo contrario significaría involución, significaría el antagónico fin de la sociedad como la conocemos.

Principio de Igualdad. Es evidente que la igualdad como la no discriminación en su esencia como principios más que como derechos se encuentran íntimamente ligados. Vale decir, que la evolución de uno conlleva al otro. Parafraseando nuevamente al profesor GARCÍA TOMA, este nos enseña que la Igualdad como principio se

constituye en la pauta rectora de la organización y actuación del Estado. Por ende, deviene en la regla básica que el cuerpo político debe garantizar, preservar y dar contenido a través de la dación de políticas públicas, leyes, actos administrativos y resoluciones judiciales. En puridad, cumple simultáneamente una función orientadora en cuanto se constituye en una columna para la constitución y sostenimiento del Estado Democrático y Social de Derecho; una función orientadora en cuanto sirve de marco de referencia para las tareas de legislación, administración de los servicios públicos e imputación de justicia; y como función de comparación crítica en cuanto parámetro de valoración de las políticas públicas, actos de autoridad y conductas ciudadanas.³⁶

Por su parte, el Tribunal Constitucional en los casos Cámara Peruana de la Construcción y Máximo Yauri (Expedientes N° 00261-2003-AA/TC y N° 00018-2013-AI/TC) ha precisado los alcances de la igualdad como principio; estos son:

- a) La igualdad como límite para la actuación estatal (ámbito legislativo, administrativo y jurisdiccional). Por ende, comprende aspectos vinculados con la elaboración, interpretación, aplicación y ejecución de las leyes en sentido lato.
- b) La igualdad como mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético caso de arbitrariedad en el ejercicio del poder.
- c) La igualdad como valladar impeditivo para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (diferenciación atentatoria a la dignidad de la persona).
- d) La igualdad como pauta basilar de accionar del Estado, para que remueva los obstáculos políticos o sociales, que restringen la igualdad de oportunidades entre seres humanos.

Por ello es que GARCÍA TOMA, hace una distinción entre igualdad formal e igualdad material.

³⁶ GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales*. Editorial ADRUS S.R.L. Arequipa-Perú 2014. P. 171 y 172.

- a) La igualdad formal se presenta como una exigencia al legislador o al juzgador de no establecer diferencias injustificadas o irrazonables en la ley o en una resolución administrativa o judicial.
- b) La igualdad material se presente como una exigencia de adopción de políticas públicas destinadas a promover la equiparación respecto al acceso de la cobertura de necesidades básicas (agua, luz, alimentación, educación, transporte). Ello a efectos de asegurar el **libre desarrollo de la personalidad** de todos los miembros de la comunidad, para lo cual debe generarse la igualdad de oportunidades.

Criterios que al parecer, muy lejos de respetarse, se vienen soslayando con claras muestras de indiferencia ante el llamado de los LGTBI para que regulen su situación jurídica familiar; lo que comprende múltiples derechos, incluyendo el acceso al matrimonio y a la adopción como ejercicio de la igualdad y libertad. Esto nos lleva a preguntarnos ¿el Derecho cumple con su fin de regular las conductas y situaciones humanas?, ¿el Derecho responde a los hechos, es decir, al llamado de la sociedad? Cuestiones que resultan necesarias como análisis retroalimentario, para poder recién comprender el problema que atravesamos.

3.- Antecedentes religiosos, científicos, políticos e ideológicos de la concepción de la homosexualidad.

Con el objeto de alcanzar el rigor científico deseado y la coherencia historiográfica de los sucesos que se detallarán a continuación con relación a estos antecedentes, se han tomado como fuente, los estudios de la Comisión Internacional de Juristas de España, a lo mismo que se hace mención a efectos de tutelar los derechos de autor³⁷.

3.1. Discursos religiosos y morales.

Los valores de las sociedades y las nociones de corrección han estado a menudo basados en ideologías religiosas de moralidad. Los discursos religiosos y morales han configurado las actitudes y las leyes respecto al sexo y el género. No es pues de extrañar

³⁷ Comisión Internacional de Juristas-Ministerio de Igualdad-Gobierno de España. “Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Guía N° 04. Pag. 7 en adelante.

que las ideas y las leyes relativas a la orientación sexual y la identidad de género estén firmemente arraigadas en percepciones societales que reflejan estas convicciones³⁸.

Entre todas las religiones abrahámicas³⁹, ha habido una variedad de opresión y tolerancia del erotismo entre personas del mismo sexo en diferentes épocas, lugares y entre diferentes ramificaciones de estas religiones. La ley judía condenaba originalmente todas las prácticas sexuales no procreativas como parte del mandato que Dios impartió a Adán y Eva de poblar la Tierra⁴⁰. Se hacía asimismo un firme hincapié en la pureza. De forma coherente con la violación de las leyes de pureza, el castigo por las prácticas homosexuales era la muerte⁴¹. Otras culturas contemporáneas no condenaban la sodomía que se practicaba de diversas maneras como parte de ceremonias rituales o curativas, por dinero, o como parte de la práctica de educación de la juventud. Esto cambió con la llegada del cristianismo.

Los cristianos sí adoptaron la prohibición de la sodomía. Con la adopción del cristianismo como religión estatal del Imperio Romano en el Siglo IV, la ley comenzó a reflejar esta postura. De acuerdo con la teología cristiana, la actividad sexual ajena a una función procreativa era absolutamente contraria a la religión. La Iglesia Católica dictaminó que la práctica del sexo entre personas del mismo sexo, sean hombres o mujeres, era un “crimen contra la naturaleza“(*crimen contra naturam* y *crimen nefandum*).

Estas prohibiciones tenían por objeto combatir el paganismo e imponer un modelo de orden y disciplina social. El islam ha sido históricamente la más tolerante de las religiones abrahámicas en lo que respecta al erotismo hacia personas del mismo sexo. En contraste con la visión judeocristiana de la atracción entre personas del mismo sexo, que muestra la homosexualidad como algo “antinatural”, la tradición islámica ha considerado que es dejarse llevar por una tentación natural. La respuesta islámica a la sodomía era en consecuencia más ambivalente.

³⁸ Foro Social Mundial, 19 de marzo de 2007, Nairobi, Kenya (original en inglés, traducción libre)

³⁹ Éste término se utiliza para describir a aquellas religiones que tienen un vínculo histórico-teológico con Abraham, principalmente el judaísmo, el cristianismo y el islam. Véase <http://lisar.lss.wisc.edu/welcome/abrahamic.html>

⁴⁰ La Biblia, Génesis 1:28

⁴¹ La Biblia, Levítico 18:22, 20:13

El Hadith cuenta que el yerno de Mahoma y su lugarteniente ejecutaban a la gente “por hacer aquello que el pueblo de Lot hacía”. En cambio, el Corán dice que los mártires del Islam estarán en el Paraíso rodeados de niños púberes, a los que llama “perlas desparramadas”. El Hadith cuenta asimismo que Mahoma recomendaba la tolerancia hacia los *mukhan-nathun* (personas transgénero, que a menudo se dedicaban al arte del entretenimiento), permitiéndoles entrar en La Meca y en Medina con algunas restricciones, pero sin temor a ser perseguidos siempre y cuando practicasen el Islam. En consecuencia, la desaprobación musulmana de las prácticas homosexuales como pecados ha tendido a concentrarse en la irreverencia de las prácticas, antes que en el propio acto de sodomía.

Durante el transcurso de la historia, muchos Estados musulmanes han mantenido políticas simultáneas de tolerancia y disciplina frente a determinadas formas de erotismo homosexual. En el mundo contemporáneo, esta tensión se puede ver en los ejemplos opuestos de Afganistán, donde la costumbre de mantener bacha (niños bailarines) sigue vigente entre la clase terrateniente, mientras que su vecino Irán administra la pena de muerte a los hombres declarados culpables de sodomía⁴².

Al tiempo que el avance del Islam ponía fin a las persecuciones de los homosexuales por los cristianos en Oriente Medio y en buena parte del mundo mediterráneo, la Europa cristiana entraba en un período de tolerancia. Con la excepción de los Visigodos, cuyo reino terminó siendo anexado al Califato musulmán, ningún otro reino cristiano fuera del Imperio Romano criminalizaba la sodomía. A comienzos del Siglo X, los escritores eclesiásticos llamaron a que se renovase la persecución de la sodomía, llamados que pasaron en general desapercibidos. En cambio, el derecho canónico se concentraba en la penitencia individual, con períodos de ayuno y arrepentimiento por los “pecados de impureza”, mientras que el Derecho Civil en su conjunto seguía sin pronunciarse sobre la materia.

No fue sino hasta el Siglo XII que la Iglesia reanudó las persecuciones; comenzando primero con el Concilio Cruzado de Nablus en 1120 y prosiguiendo después con el

⁴² Reuters, “ Afghan boy dancers sexually abused by former warlords ”, 18 de noviembre de 2007, y Human Rights Watch, “ Iran: Two More Executions for Homosexual Conduct ”, 22 de noviembre de 2005

importante Segundo Concilio Laterano en 1139, la Iglesia Católica comenzó a equiparar la sodomía con la herejía, afirmando que el sexo con el fin de procrear era el “orden natural”, y que rebelarse contra este principio era una rebelión contra naturam (antinatural).

Los Cátaros, miembros de una secta de cristianos herejes reprimida por los Cruzados a finales del Siglo XII y principios del XIII, eran con frecuencia acusados de practicar el sexo sin la intención de procrear. Se consideraba que un acto de herejía llevaría lógicamente a otro. El origen de la herejía cátara en Bulgaria, pronunciada Bougres en la lengua francesa de la época, nos da la palabra “buggery” (“sodomía” en inglés).

Una vez que la sodomía estuvo firmemente arraigada en el derecho canónico como acto hereje, los legisladores civiles europeos comenzaron también a penalizarla. Hacia el Siglo XIII, la sodomía era un pecado capital en toda Europa, y siguió siéndolo durante más de medio milenio, perpetuándose hasta la Reforma Protestante y, con la llegada del imperialismo europeo, también hacia las colonias europeas de ultramar. Fuera del mundo de las religiones monoteístas, la enseñanza religiosa ha sido en general menos represiva del erotismo entre personas del mismo sexo.

Ha existido asimismo una menor división entre lo “religioso” y lo “secular”, dándose una combinación de estos elementos tanto en las instituciones como en los usos y costumbres. Por ejemplo, el budismo tiene muy poco que decir sobre la homosexualidad, debido a que las enseñanzas de Buda no se pronuncian en absoluto sobre la atracción entre personas del mismo sexo ni sobre el sexo procreativo. En la tradición Theravada del budismo, que practican la mayoría de las poblaciones de Sri Lanka, Tailandia, Birmania, Camboya y Laos, los castigos que reciben los monjes que realizan actos sexuales entre sí son en realidad más leves que aquellos que se infringen a los monjes que practican el sexo con mujeres seglares -un ejemplo extremadamente poco frecuente de actividad homosexual ilícita que se considera menos grave que entre personas heterosexuales-.

En China, las enseñanzas de Confucio sobre la jerarquía no condenan la atracción entre personas del mismo sexo. Dos conocidas historias de la dinastía Han (206 BC–220 AD) ilustran los nexos de la fidelidad jerárquica fortalecidos por la atracción sexual. En una

de ellas, Mizi Xia, joven subordinado del Duque Ling de Wei, mordió un melocotón y encontrándolo dulce dio el resto al Duque para que lo terminase. En otra, Dongxian, el concubino del Emperador Ai, se durmió sobre la manga del Emperador, que debiendo partir, cortó la manga antes que despertar a su amado. En el idioma chino contemporáneo, la atracción entre personas del mismo sexo sigue recibiendo el nombre de “manga cortada” o “melocotón compartido”.

Las Escrituras y el derecho canónico indio, tampoco condenan en un sentido amplio la actividad homosexual, especialmente antes de la llegada del islam en el Siglo XIII. El tratado Arthashastra, atribuido al asesor imperial Kautilya aproximadamente en el año 300 AC, condena el sexo no procreativo en términos moderados, imponiendo una pequeña multa y baños rituales por este acto.

El código jurídico Manusmitri, escrito entre 200 AC y 200 DC, condena las prácticas homosexuales solamente si producen pérdida de la casta o la virginidad de las mujeres. Cabe observar que en la literatura antropológica abundan las descripciones de prácticas homosexuales en culturas de todo el mundo donde el trance y la posesión forman parte de las tradiciones religiosas o curativas, o que reconocen un “tercer sexo” que está con frecuencia relacionado con poderes espirituales o shamánicos únicos.

En el campo de los discursos religiosos contra la orientación sexual y la identidad de género, es pertinente subrayar que el Tribunal Supremo de Sudáfrica ha indicado lo siguiente: *“Sigue existiendo un acervo de pensamiento teológico que sostiene que el propósito básico de la relación sexual es la procreación y, por esta razón, también proscribire la contracepción. Existe asimismo un acervo igualmente importante de pensamiento teológico que ya no comparte esta opinión. Las actitudes de la sociedad hacia la contracepción y los matrimonios que eligen no tener hijos están cambiando. Es inevitable que estas actitudes cambiantes produzcan un cambio en las actitudes hacia la homosexualidad”*⁴³.

3.2. Discursos “científicos”.

⁴³ Sentencia de 1995, Caso de S. c. H., párrafo 125A-B, citada por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, y Sentencia de 9 de octubre de 1998, National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others, Caso CCT11/98, párrafo 38 (original en inglés, traducción libre).

La represión de las orientaciones sexuales y las identidades de género se ha inspirado también en enfoques “científicos”. Históricamente, de manera especial durante el Siglo XIX y la primera mitad del Siglo XX, el discurso científico mantuvo una fluida conexión con los discursos moral y religioso. Con frecuencia, se acuñaron y aplicaron ideas de normalidad, desviación y peligro social tendentes a reprimir a aquellos que exhibían una orientación sexual o una identidad de género diferentes.

La introducción de las nociones de orientaciones sexuales e identidad de género en el discurso científico surgió en el campo de la medicina. Los textos médicos y las historias naturales tomaron en consideración esta cuestión periódicamente durante el transcurso de la época premoderna. Caraka, un famoso médico indio que vivió en el Siglo III AC y contribuyó a codificar el sistema “Ayurveda” de la medicina india, describió las “anormalidades” de género en su tratado Charakasamhita. Entre estas anormalidades, se contaban diversas formas de afecciones transexuales y la esterilidad, junto con la homosexualidad masculina y femenina.

Autores médicos budistas del Sur de Asia de la misma época describieron asimismo el deseo hacia personas del mismo sexo, agrupándolo algunas veces con diversas formas de impotencia masculina. En el mundo árabe, los primeros médicos musulmanes describieron el deseo por las personas del mismo sexo alternativamente como una forma de patología o como una afección congénita, el producto del horóscopo de una persona en el momento de su nacimiento.

En Europa, el filósofo griego Aristóteles ofreció explicaciones del deseo homosexual masculino atribuyéndolo a la epilepsia y a un flujo incorrecto del semen dentro del cuerpo, a pesar de que, más tarde en Europa, los médicos cristianos evitaron por lo general esta cuestión, considerando las prácticas homosexuales como elecciones pecaminosas en lugar de ser el fruto de una enfermedad.

Los Siglos XIX y XX fueron testigos de la emergencia de la ciencia como foro de represión de la homosexualidad. De los enfoques biológicos, médicos, criminológicos y sociológicos surgieron varias teorías destinadas a justificar, “científicamente”, la represión de la homosexualidad. Las teorías de Westphal y Lombroso son ejemplos.

En 1860, el psiquiatra alemán Karl Westphal inventó el diagnóstico del desorden mental de “sentimiento sexual contrario”, que más tarde se conocería con el nombre de “inversión” (inversión) en el mundo de habla inglesa. En Italia, Cesare Lombroso formuló, desde la perspectiva de la antropología y la biología criminales, su teoría del delincuente de nacimiento (“delincuente innato”), cuyo sistema nervioso debilitado lo predisponía a exhibir una conducta degenerada, que incluía la homosexualidad.

En 1876, el psicólogo austriaco Richard Von Kraft-Ebbing publicó su libro “Psychopathia Sexualis”. Esta obra proclamaba que “cada expresión del apetito sexual que no se corresponda con los propósitos de la naturaleza”, es decir, con la reproducción, era “perversa”. Este libro popularizó asimismo el concepto de “inversión” de Westphal, y condujo a los primeros esfuerzos tendientes a tratar la homosexualidad como una enfermedad.

La teoría de selección natural de Darwin también reforzó indirectamente la visión de la homosexualidad como una enfermedad, debido a que la relación sexual entre personas del mismo sexo no producía descendencia. Algunas teorías criminológicas que emergieron a principios del Siglo XX, inspiradas en el discurso “científico” sobre el determinismo biológico y/o social, abordaron la cuestión de la homosexualidad como forma de “degeneración genética”, “rasgo caracterial heredado”, “desviación social” o un “comportamiento de peligro social”.

Estas teorías criminológicas fueron incorporadas al derecho penal en varios países. Algunos países comenzaron a crear leyes aplicables a los “delincuentes habituales”, los “vagabundos” y otros parias sociales que debían ser apartados de la sociedad, a menudo por medio de una detención sin juicio; puesto que se percibía que los gays y las lesbianas eran “delincuentes innatos”, “invertidos sexuales” o “pervertidos”, eran blanco frecuente de dichas leyes.

Encontramos un ejemplo típico en la España de 1933, donde la legislación declaró que se aplicarían medidas de seguridad a los “rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que viven de la mendicidad ajena” y se condenaba a “ser internados en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola” como “categorías de

sujetos peligrosos”. Esta ley fue modificada en 1954 para incluir explícitamente a los “homosexuales”, que eran además “internados en Instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás”. Su detención combinaba educación religiosa, trabajos físicos forzados y tortura, en un esfuerzo por tratar la presunta delincuencia y también para proteger a la sociedad de cualquier peligro que pudiesen haber causado. El internamiento podía durar hasta que el recluso se hubiera corregido o, en su defecto, hasta que dejase de existir el estado de peligrosidad social.

En Alemania, a pesar de que la legislación contra la conducta homosexual había existido durante muchos años antes del Código Penal del Reich, el régimen nazi endureció estas leyes. Una reforma de 1934 del Código Penal alemán permitió la “custodia preventiva” indefinida de los “delincuentes habituales”, que posteriormente se complementó con la “Ley sobre Extraños en la Comunidad” de 1939, que establecía la esterilización de estas personas, incluidas las “personas antisociales, los vagos y los homosexuales”. Los homosexuales eran internados en campos de concentración e identificados con un triángulo de color rosa. Decenas de miles de ellos perdieron la vida en esos campos.

Algunos estados de Estados Unidos también aprobaron en su día leyes similares que legislaban la esterilización de los “delincuentes habituales”, aunque la Corte Suprema las invalidó posteriormente⁴⁴. Incluso en sociedades donde las penas por los desórdenes sociales eran menores, como en el Norte de Europa y en los Estados más urbanos de Estados Unidos, existían a menudo leyes destinadas a penalizar la vagancia, la conducta desordenada o temas similares con vistas a acosar a los gays y a las lesbianas, procediendo a detenerlos durante cortos períodos.

Durante el Siglo XIX, emergieron enfoques diferentes de la disciplina científica destinados a rebatir las teorías que trataban de justificar, con argumentos “científicos”, la represión de la homosexualidad. Por ejemplo, en la década de 1860, los juristas alemanes Karl Heinrich Ulrichs y Károly Kertbenky propusieron la existencia de un tercer género, que estaría compuesto por las personas con almas o naturalezas del sexo opuesto. Ulrichs dio a estas personas el nombre de “Uranianos”, y Kertbenky acuñó el

⁴⁴ 43 Tribunal Supremo de Justicia de Estados Unidos, Sentencia de 1 de junio de 1942, Caso de Skinner c. Okla- homa ex rel. Williamson , 316 U.S. 535 (1942)

término “homosexual” para describirlas. **Ambos juristas afirmaron su creencia en el carácter natural e innato de la homosexualidad**, abogando por la revocación de las leyes contra la sodomía.

La conducción de investigación en mayor profundidad sobre la atracción entre personas del mismo sexo llevada a cabo por médicos y psiquiatras, como Magnus Hirschfeld y Sigmund Freud, e incluso un cambio de opinión del propio von Kraft-Ebbing poco tiempo antes de su muerte, pusieron en entredicho la conclusión de que el deseo hacia las personas del mismo sexo era de hecho una enfermedad, aunque este cuestionamiento no tuvo mayor trascendencia. La ciencia se dedicó por completo a la tarea de buscar explicaciones y tratamientos para la “enfermedad” de la homosexualidad.

La explicación más comúnmente aceptada residía en que la homosexualidad era una “interrupción del desarrollo” de la sexualidad debido a la ansiedad inducida en la infancia. Psiquiatras de Nueva York, como Albert Ellis y Charles Socarides, desarrollaron “terapias reparadoras”, en las que se decía a los pacientes que estaban enfermos, pero que se podían recuperar gracias a una introspección de la fuente subconsciente de sus obsesiones sexuales y sus padres psicopatológicos.

Un médico llegó a afirmar que había conseguido una tasa de éxito del 27% y otro una tasa de un tercio. Sandor Rado, psiquiatra de la Universidad de Columbia, desarrolló una “terapia de aversión”, que podía implicar una mezcla de psicoanálisis y sesiones donde el paciente veía imágenes homoeróticas mientras se le administraban electrochoques o medicamentos para inducirle náuseas. En 1962, esta terapia se cobró la vida de un soldado británico declarado culpable de homosexualidad. Otro tratamiento consistía en el cambio de sexo, habitualmente forzado.

En 1953, el famoso científico informático y matemático británico Alan Turing, fue acusado de ultraje contra la moral pública y condenado a recibir inyecciones de estrógeno, que le causaron la muerte poco tiempo después. En Sudáfrica, se realizaron casi 900 cambios forzados de sexo en soldados durante el apartheid. A medida que los círculos científicos fueron adoptando la visión de que la “inversión sexual” era una enfermedad mental, el castigo por el delito de homosexualidad evolucionó hacia el tratamiento médico obligatorio.

En la España de los setenta, la Ley de Vagos y Maleantes fue revocada y sustituida por la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social. Conforme a esta ley, “quienes realicen actos de homosexualidad”, al igual que “los que se comportaren de un modo insolente, brutal o cínico”, los “moralmente pervertidos” y “los mentalmente deficientes”, podían ser condenados a una amplia gama de penas, incluidos para los homosexuales y las prostitutas, “el internamiento en establecimientos de reeducación”.

En Estados Unidos, determinadas jurisdicciones promulgaron las denominadas leyes del “psicópata sexual”, que permitían que un tribunal condenara a los delincuentes sexuales reincidentes, incluidos aquellos que habían sido condenados por sexo homosexual consentido, a confinamiento involuntario y tratamiento en hospitales mentales. El Reino Unido permitía que algunos hombres acusados de homosexualidad optasen entre la cárcel y un tratamiento de reasignación de sexo. A pesar de que en la mayoría de los países las leyes relativas al tratamiento médico involuntario no han sido revocadas y, de hecho, el tratamiento médico forzoso está reconocido como una razón válida para solicitar asilo, el tratamiento involuntario se sigue practicando en algunos países, como los Emiratos Árabes Unidos y algunos Estados de la antigua Unión Soviética.

Al mismo tiempo, la labor de investigadores estadounidenses, como Alfred Kinsey y Evelyn Hooker, demostró que no existía una base científica para afirmar que la heterosexualidad era “normal” mientras que otras formas de orientación sexual eran “anormales”, o que la atracción por personas del mismo sexo era patológica. Estos investigadores no se concentraron, como los psiquiatras que los precedieron, en el estudio de delincuentes condenados o de pacientes que buscaban un tratamiento, y demostraron que los homosexuales exhibían la misma frecuencia de bienestar y problemas que los heterosexuales.

Estas conclusiones fueron ganando aceptación entre los científicos y profesionales de la salud en Estados Unidos durante la década de los sesenta, culminando con el abandono del diagnóstico de la homosexualidad como enfermedad mental por parte del Colegio de Psicólogos estadounidense en 1973.

Posteriormente, los Colegios de Psicólogos, Psiquiatras y Médicos estadounidenses han adoptado todos, la postura de que la terapia reparadora basada en el supuesto erróneo de que un paciente debería modificar su orientación sexual, es ineficaz y probablemente perjudicial. En el resto del mundo, el reconocimiento de que la orientación sexual diferente no es una enfermedad ha evolucionado más lentamente. El Colegio de Psicólogos estadounidense se ha opuesto a la clasificación de la homosexualidad como dolencia desde 1987, mientras que los organismos psiquiátricos de Japón, Rusia y China no lo hicieron sino hasta 1995, 1999 y 2001, respectivamente.

La Organización Mundial de la Salud suprimió la homosexualidad de la Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (ICD-10) en 1992. En este contexto, la conclusión de la Corte Constitucional de Colombia es acertada. Dicha Corte tuvo en cuenta las investigaciones científicas desde mediados del Siglo XX y los informes de la Organización Mundial de la Salud: *“La homosexualidad no es una enfermedad, ni una conducta dañina, sino que representa una variación de la orientación sexual humana. Por consiguiente, las visiones tradicionales de la homosexualidad como una enfermedad o una anormalidad que debe ser curada médicamente no son aceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas”*.⁴⁵

3.3. Discursos políticos e ideológicos.

Además de los argumentos religiosos, morales y “científicos” aducidos, la cuestión de la homosexualidad ha sido utilizada asimismo en persecuciones políticas y para neutralizar a los enemigos políticos. Lamentablemente, en la historia abundan los ejemplos. Las purgas stalinistas y el McCarthismo son apenas dos de ellos. En la Rusia Imperial, a diferencia de Europa Occidental, el discurso médico sobre la homosexualidad tuvo relativamente poca influencia a finales del Siglo XIX. La homosexualidad fue penalizada en 1835, aunque de hecho las autoridades zaristas exhibieron una actitud relativamente indulgente hacia las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-481/98 de 9 de septiembre de 1998, párrafo 11

La revolución bolchevique anuló la legislación penal del régimen zarista, incluidas las leyes relativas a las relaciones consentidas entre personas adultas del mismo sexo. El Código Penal soviético de 1922 no incluía la homosexualidad como delito. Sin embargo, el régimen stalinista asociaba la homosexualidad con el fascismo y denunciaba a los "pederastas" como agentes de corrupción y subversión al servicio del capitalismo.

La homosexualidad fue nuevamente penalizada en 1934, mediante la utilización del lenguaje médico para ofrecer una justificación científica de la deportación de los homosexuales a los Gulag o su internamiento en centros psiquiátricos. El régimen stalinista no dudó en utilizar la nueva legislación con fines de represión política y purgas. La declaración de Maxim Gorki "*destruid a los homosexuales y el fascismo desaparecerá*" fue un reflejo de esta instrumentación política.

Paradójicamente, en Estados Unidos, el argumento contra la homosexualidad se utilizó durante la época de McCarthy como parte de la cruzada anticomunista. Los homosexuales eran descritos como una amenaza para la seguridad nacional y/o como agentes comunistas. En este contexto, el Presidente Dwight D. Eisenhower firmó de 27 de abril de 1953 el Decreto Presidencial 10450 sobre los "Requisitos de seguridad en el empleo gubernamental", que declaraba a los homosexuales como un "riesgo para la seguridad" y ordenaba el despido de todos los empleados federales considerados culpables de "perversión sexual".

Se recurre con frecuencia al sentido de nación y al relativismo cultural para oponerse a la despenalización de la homosexualidad, aduciéndose que ésta es ajena a la identidad, la cultura y los valores nacionales. Los países apelan a la "nación", las "tradiciones nacionales" y la "especificidad cultural" como el criterio que determina la inaceptabilidad de la homosexualidad.

En la decisión de la Corte Suprema estadounidense *Bowers v. Hardwick*, de 1987 y ahora anulada, la mayoría desplegó un razonamiento que es reflejo de la retórica que se utiliza en muchos países del Sur para mantener la legislación de la sodomía. Un juez afirmó que la constitución federal no confiere un "*derecho fundamental a los*

homosexuales para que practiquen la sodomía”, y que la prohibición de la sodomía está “profundamente arraigada en la historia y tradición de esta Nación”.

De manera análoga, en un voto disidente en el caso de Dudgeón contra el Reino Unido, un juez chipriota del Tribunal Europeo de Derechos Humanos apuntó que *“todos los países civilizados penalizaban la sodomía hasta hace pocos años”,* y predijo una *“protesta y confusión pública”* si dicha legislación era revocada, ya sea en Chipre o en Irlanda del Norte, puesto que *“ambos países tienen una mentalidad religiosa y se adhieren a las normas cristianas que se remontan siglos atrás”.*

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia rechazan el argumento del relativismo cultural de que los valores morales justifican la negativa o el menoscabo de la orientación sexual de las personas, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas rechaza la penalización de la homosexualidad basándose en el derecho a la intimidad, incluida la actividad sexual consentida entre adultos.

El mundo europeo de la Ilustración había heredado la legislación penal enraizada en los pasajes bíblicos y en siglos de tradición cristiana que dictaban la pena de muerte para el sexo no procreativo. La Revolución Francesa rompió con la costumbre europea aboliendo los delitos morales, incluida la sodomía, en el marco de un nuevo Código Penal promulgado en 1791. Actualizado por Napoleón, y difundido por sus conquistas militares, este Código fue adoptado en toda Europa Continental. Después de la caída de Napoleón, la mayoría de los países revocaron sus Códigos Napoleónicos, aunque unos pocos – entre ellos, Francia, Bélgica, España y Holanda – no volvieron a penalizar la sodomía.

En 1889, Italia (el Reino de las Dos Sicilias y posteriormente el Reino de Nápoles) despenalizó las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo, al igual que Portugal en 1852 (pero el delito fue reintroducido en 1912). Posteriormente, algunos de los nuevos Estados creados en Europa entre mediados del Siglo XIX y principios del Siglo XX, como Italia y Polonia, nunca instituyeron una prohibición penal de la sodomía; adoptaron una variante del Código Napoleónico poco tiempo después de su independencia.

En otras regiones, un número reducido de países despenalizó las relaciones homosexuales: por ejemplo, en Japón, en 1883, el gobierno revocó la decisión que había adoptado en 1873 de ilegalizar el sexo consentido ente varones.

El movimiento moderno de despenalización inició su andadura a mediados del Siglo XX. Sus argumentos tenían su origen en las ciencias sociales, especialmente en el campo de la psicología. Dinamarca fue la primera nación del Siglo XX en revocar su legislación de la sodomía, en 1933, seguida por Suiza en 1941 y Suecia en 1944.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el Informe británico Wolfenden de 1957 y el Código Penal modelo estadounidense, redactado por primera vez en 1959, recomendaban la abolición del delito de sodomía. El estado de Illinois fue el primero en adoptar esta recomendación en 1961. En 1983, la mitad de los estados de Estados Unidos habían seguido la iniciativa de Illinois.

En Europa, los países siguieron una trayectoria en gran medida similar, aunque ligeramente más rápida. Checoslovaquia y Hungría fueron los primeros de este grupo en abolir la legislación contra la sodomía, también en 1961. En 1983, la mayor parte de Europa a ambos lados del telón de acero había despenalizado la sodomía, con tan sólo cinco excepciones, las dependencias de la Corona Británica, y algunas zonas de Yugoslavia, que mantuvieron las leyes contra la sodomía.

Cabe observar que varios países de América Latina y del Este de Asia nunca han tenido una prohibición jurídica explícita de la sodomía o, como en el caso de Japón, México y Brasil, promulgaron una versión del Código Napoleónico durante el Siglo XIX. Excepciones notables, además de los países mencionados en el párrafo anterior, incluyen a China, que no revocó su ley contra la sodomía sino hasta 1993, y las antiguas colonias británicas del Sudeste de Asia, que mantienen esta legislación hasta hoy.

Buena parte de las antiguas colonias británicas, el Caribe y el Sur de Asia han mantenido asimismo su legislación contra la sodomía, tal como sucede con los países de Oriente Medio y el Norte de África, con excepción de Israel. En cuanto a las antiguas colonias británicas en el Caribe, muchas incluyen en su constitución cláusulas de “reserva jurídica”, que mantienen la antigua legislación colonial y victoriana, incluidas

las disposiciones de la Ley de Ofensas contra las Personas de 1861 del Reino Unido y la modificación del derecho penal británico de 1885, que proscribía la sodomía y el ultraje contra la moral pública.

El Reino Unido revocó las leyes victorianas contra la homosexualidad viviendo su propio tumultuoso proceso de cuestionamiento de las mismas: comenzando con los debates sobre ley y moralidad que condujeron al Informe Wolfenden, y prosiguiendo con los cambios legislativos introducidos en la década de los sesenta y las intervenciones resultantes de su compromiso con el sistema europeo de derechos humanos.

El año de 1961 fue asimismo testigo de la creación de la Sociedad Mattachine de Washington, en Estados Unidos, cuya misión consistió en trabajar públicamente *“para equiparar la condición y la consideración del homosexual”*, lo mismo que constituyó una clara ruptura con las organizaciones “homófilas” más antiguas, que habían sido reticentes a recibir publicidad. Organizaciones similares se propagaron con rapidez por todos los rincones del mundo, recaracterizando el esfuerzo por revocar la legislación contra la sodomía como parte de una lucha más amplia en el campo de los derechos humanos.

Ya en 1969, algunos activistas describían sus esfuerzos como una “liberación gay”. Desde sus comienzos, el sistema europeo de derechos humanos estuvo a favor de las reivindicaciones basadas en la orientación sexual. En 1981, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que los delitos de sodomía y ultraje contra la moral pública en Irlanda del Norte violaban el derecho a la intimidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Esta decisión surgió de un cuestionamiento de la legislación por parte de un hombre gay que aducía que la existencia de estos delitos en Irlanda del Norte lo exponía a un enjuiciamiento penal e infringía su derecho a la intimidad.

El tribunal dictaminó en este famoso caso de Dudgeon contra El Reino Unido que *“mantener en vigor la legislación impugnada constituye una injerencia continuada en*

el derecho del solicitante al respeto de su vida privada (que incluye su vida sexual) ”⁴⁶. El Tribunal Europeo adoptó decisiones similares en 1988 y en 1993 en Norris contra Irlanda 86 y en Modinos contra Chipre, respectivamente. Los dos Estados aludidos citaron intensos sentimientos en contra de la homosexualidad basados en la religión, afirmando que el mantenimiento de esta legislación perseguía un propósito legítimo de “protección de la moralidad”.

El Tribunal Europeo no se remitió al margen de apreciación ni a la práctica del Estado a título individual en ninguno de los casos. En cambio, citó la práctica de la abrumadora mayoría de otros Estados miembros pertenecientes al sistema europeo de derechos humanos, que desde hacía mucho tiempo habían despenalizado el sexo consentido entre adultos homosexuales. El Tribunal no encontró una “necesidad social apremiante” para mantener esta legislación en ninguna de estas situaciones. Al realizar su test de proporcionalidad, el Tribunal llegó a la conclusión de que el perjuicio resultante de la legislación contra la homosexualidad y su violación del derecho al respeto de la vida privada pesaba más que los “fines legítimos” que perseguía la legislación en cuestión.

Sin embargo, el Tribunal Europeo no estuvo dispuesto a examinar un ámbito de aplicación más amplio de los derechos en materia de orientación sexual más allá de declarar inaplicables las leyes penales invocando la disposición relativa al derecho a la vida privada.

No fue sino hasta 1999 que el Tribunal Europeo elaboró una concepción más amplia del derecho a la intimidad, en los casos de Lustig Praen y Beckett contra el Reino Unido y Smith y Grady contra el Reino Unido. Utilizando el Artículo 8 del CEDH, el Tribunal declaró inaplicable la legislación que excluía a los gays y lesbianas del servicio militar, dando paso a una interpretación de la intimidad que establecía que la vida de los gays y lesbianas iba más allá de las puertas cerradas, adentrándose en el dominio público.

Otro hito importante tuvo lugar el mismo año, cuando el Tribunal Europeo ratificó expresamente la “orientación sexual” como categoría prohibida de discriminación,

⁴⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de octubre de 1981, Aplicación N° 7525/76, párrafo 41

echando por tierra la decisión de un tribunal portugués que había retirado los derechos de custodia de un padre por el mero hecho de ser gay.

Con relación al derecho de adopción –al decir de la Comisión Internacional de Juristas de España, a cuyo material de investigación se está haciendo referencia-, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que un Estado que permite que personas solteras adopten un niño no puede tener en cuenta la orientación sexual de dicha persona de forma arbitraria a la hora de considerar su petición de adopción. Este caso ha dejado dos interrogantes sin responder: **a)** si es posible que un Estado esgrima una razón justificable para denegar una petición de adopción por razones de orientación sexual, y **b)** si los Estados pueden efectivamente discriminar a los gays y lesbianas restringiendo la admisibilidad para la adopción sólo a parejas casadas, al tiempo que no concede a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse.

En cuanto a la situación en otras partes del mundo, la mayoría de los estados de Estados Unidos permiten que gays y lesbianas adopten solos o en pareja. También permiten dichas adopciones Sudáfrica, Israel, España y la mayoría de provincias de Canadá y Australia. El avance en materia de derechos humanos basados en la orientación sexual y la identidad de género no ha estado limitado a América del Norte y Europa.

En las décadas de los setenta y los ochenta, surgieron en todo el mundo movimientos locales de reivindicación de los derechos de los gays y lesbianas. El Movimiento por la Liberación Homo sexual lanzó una exitosa campaña destinada de despenalizar la sodomía en Colombia en 1981. Organizaciones locales de Nueva Zelanda, Israel y Austria han llevado a cabo otras exitosas campañas. El movimiento de gays y lesbianas no se ha concentrado tan sólo en conseguir la revocación de la legislación contra la sodomía, sino que ha incluido otras cuestiones de derechos humanos, como la discriminación y el reconocimiento.

El final de la Guerra Fría trajo consigo nuevas oportunidades para el activismo en materia de derechos humanos. En la década de los noventa, el crecimiento de la sociedad civil local y la expansión del Consejo de Europa contribuyeron a la eliminación de la legislación contra la sodomía en 19 países del Este de Europa y la antigua Unión Soviética.

En la década pasada, el movimiento pro derechos de las lesbianas, los gays, los bisexuales y los transgénero (LGBT), siglas por las que ahora se conoce este colectivo, ha combinado los esfuerzos locales y transnacionales con vistas a conseguir que se revoque la legislación contra la sodomía en Chile, Cabo Verde, Fiji, las Islas Marshall, Mongolia, Nicaragua y el resto de Estados Unidos. A lo dicho por la Comisión Internacional de Juristas de España, debemos acotar que al movimiento LGBT, se le han sumado los “interesex”; en cuya clasificación, podemos encontrar a los que sufren de hermafroditismo genético.

En otras partes de América, comenzando en 1994, varios países han ido promulgando prohibiciones de la discriminación basada en la orientación sexual, gracias a una modificación de la constitución en Ecuador, la legislación en México, una decisión del Tribunal Supremo de Canadá, una serie de decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, y de un decreto presidencial en Venezuela. En este contexto, la adopción, en junio de 2008, por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, por consenso, de su primera Resolución sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, es especialmente relevante. En el resto del mundo, existen leyes contra la discriminación o disposiciones constitucionales en Sudáfrica, Israel, Taiwán y Fiji.

Se recalca que los antecedentes citados (religiosos y morales, científicos y políticos) en esta parte de nuestra investigación son autoría de la Comisión Internacional de Juristas de España;

4.- De los valores jurídicos justicia y paz, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Al respecto, cabe resaltar que historiográficamente lo que nos importa en sí, es la evolución de la Familia y el Matrimonio en el tiempo, así como la evolución de la situación jurídica que han venido atravesando las personas LGTBI a lo largo de la historia; de allí que ahondar en la génesis de la justicia y la paz, resulta innecesario; en tanto que con relación al derecho del libre desarrollo de la personalidad; éste se encuentra ligado con los derechos de igualdad y no discriminación; cuya descripción

histórica ya se ha hecho; por lo que la evolución del debate acerca de cómo los citados principios (justicia y paz) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, son instrumentos que facilitarían la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú; se hará en la parte del MARCO TEÓRICO PROPIAMENTE DICHO, el cual es la columna vertebral de nuestra investigación.

2.3. MARCO TEÓRICO PROPIAMENTE DICHO.-

Para lograr el fin que se persigue en la presente investigación, el cual es principalmente plantear a la sociedad, la solución futurista más certera que favorecerá a las personas LGTBI otorgándoles el reconocimiento pleno de sus derechos en base a los principios-derecho de igualdad y no discriminación a través del “Matrimonio Igualitario”; se deberá demostrar cómo el concepto de “Matrimonio” ha ido cambiando, quitándole en muchos países esa característica excluyente que restringía su acceso a personas de sexos distintos; por otro lado para ello necesariamente la sociedad debe de entender, que la diversidad sexual en todas sus manifestaciones y como regla general, se constituye genéticamente, es decir, por factores netamente biológicos, y que posteriormente con la evolución y desarrollo fisiológico de dichas personas, tomar un rigor psicológico; en consecuencia es inherente a la persona, a su naturaleza, a su dignidad; tal y como ya se ha enfatizado en la parte donde se habló de “los argumentos científicos” acerca de la homosexualidad.

Respecto a la identidad de género, KIM PÉREZ en la publicación de un Artículo señala, que en la estructura de nuestra sociedad hay una ley ignorada, pero fundamental, que es el Código de Género. Todos, todas, la sabemos de memoria, y por eso no necesita ser escrita. Es penal, porque sanciona los incumplimientos con penas que van desde la irrisión o burla, a la culpa religiosa, expulsión de la familia, pérdida del empleo, desprestigio social y, en otros tiempos u otros lugares, hoy mismo, cárcel o muerte⁴⁷.

Además el mismo autor, señala que los Códigos de Género son variables, históricos, constituciones cuya duración se mide por decenas de milenios y no por siglos, regulan

⁴⁷ Kim Pérez – “Libertad de Género como Derecho Humano”, publicado en su blog virtual <http://transexologia.blogspot.com/2013/11/libertad-de-genero-como-derecho-humano.html>.

el corazón de las sociedades, mandando cómo deben ser sus familias y cómo debe ser la conducta de los sexos; y ello está basado en un binarismo que excluye o condena todo lo que no es binario. Hay dos sexos biológicos, varón y mujer (por este orden), dos géneros conductuales, masculino y femenino, dos orientaciones sexuales, ginéfila y andrófila. Dos con dos y con dos. La Ley escrita incluso manda que todos los recién nacidos sean asignados como varones o mujeres. Quienes nacen intersex no pueden ser registrados como intersex. Quienes estén al margen de este sistema, no pueden existir como marginales, y han de incluirlos en él⁴⁸.

De las palabras anteriormente glosadas, se puede desprender que en efecto, nos encontramos en una sociedad tan moderna en la que ya no solo se puede hablar de heterosexuales o de género “masculino y femenino”, toda vez que la misma historia y la evolución de la ciencia nos ha ido demostrando como poco a poco la naturaleza del hombre, no es la que todos creemos, ya que no se puede hablar de “natural” sólo porque sea lo aceptado comúnmente por la sociedad; estaríamos hablando entonces de “lo común”. Es importante también el análisis del autor, al momento de señalar que los recién nacidos pueden nacer intersex, y se les registre con sexo masculino o femenino; desconociendo la real naturaleza de este recién nacido; y con ello promoviendo tal vez el primer acto discriminatorio en su contra, que por cierto viene por gracia del Estado.

Así mismo, apartándonos un poco de la identidad de género y entrando a la orientación sexual; tenemos que los Siglos XIX y XX fueron testigos de la emergencia de la ciencia como foro de represión de la homosexualidad. De los enfoques biológicos, médico, criminológico y sociológico surgieron varias teorías destinadas a justificar, “científicamente”, la represión de la homosexualidad. Las teorías de Westphal y Lombroso son ejemplos. En 1860, el psiquiatra alemán Karl Westphal inventó el diagnóstico del desorden mental de “sentimiento sexual contrario”, que más tarde se conocería con el nombre de “inversión” en el mundo de habla inglesa. En Italia, Cesare Lombroso formuló, desde la perspectiva de la antropología y la biología criminales, su teoría del delincuente de nacimiento (“delincuente innato”), cuyo sistema nervioso debilitado lo predisponía a exhibir una conducta degenerada, que incluía la

⁴⁸ Kim Pérez – “Libertad de Género como Derecho Humano”, publicado en su blog virtual <http://transexologia.blogspot.com/2013/11/libertad-de-genero-como-derecho-humano.html>.

homosexualidad⁴⁹. En 1876, el psicólogo austriaco Richard Von Kraft Ebbing publicó su libro “Psychopathia Sexualis”. Esta obra proclamaba que “cada expresión del apetito sexual que no se corresponda con los propósitos de la naturaleza”, es decir, con la reproducción, era “perversa”. Este libro popularizó asimismo el concepto de “inversión” de Westphal, y condujo a los primeros esfuerzos tendentes a tratar la homosexualidad como una enfermedad. No obstante luego de una secuela de décadas de investigaciones, **el mismo Richard Von Kraft Ebbing (antes de su muerte) así como Sigmund Freud; reconocieron que la orientación sexual se originaba en la conformación genética de cada individuo, y por ello era inherente a su propia humanidad;** en consecuencia no existía tratamiento en tanto que no era una enfermedad. Actualmente la Organización Mundial de la Salud ha establecido expresamente que: *“La homosexualidad no es una enfermedad, ni una conducta dañina, sino que representa una variación de la orientación sexual humana. Por consiguiente, las visiones tradicionales de la homosexualidad como una enfermedad o una anormalidad que debe ser curada médicamente no son aceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas”*⁵⁰.

Desde el enfoque jurisprudencial, se aprecia que el proceso sudafricano es, a la fecha, el más emblemático precursor de la materia, por las características progresistas de su razonamiento judicial. En el año 2004, el máximo órgano judicial en materia civil señaló que la definición del matrimonio debía entenderse aplicable a personas del mismo sexo, pues era la única vía a través de la que esta cláusula podría reputarse constitucional sin vulnerar el principio de no discriminación⁵¹. Posteriormente, el Tribunal Constitucional confirmó esta decisión, y por mayoría decidió otorgar el plazo de un año al Parlamento para que adecue el ordenamiento legal a los términos de la sentencia⁵². El razonamiento judicial se orientó a destacar que una definición excluyente

⁴⁹ L'Uome delinquente (The Criminal Man), Italia, 1876. Cesare Lombroso fue considerado uno de los fundadores de la criminología (véase, entre otros, G. Stefani, G. Levasseur y R Jambu-Merlin, Criminologie et science pénitentiaire, Col. Précis Dalloz Ed. Dalloz, París, 1983).

⁵⁰ Base extraída de la Sentencia que emite la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-481/98 de 9 de septiembre de 1998, párrafo 11

⁵¹ Ídem, p. 5.

⁵² 5 Uno de los integrantes señaló en su voto disidente que los efectos de la sentencia debía ser de aplicación inmediata. Ibídem.

del matrimonio no solo implica que las uniones de personas homosexuales se consideran diferentes, sino inferiores, y que se les consagra un estatus de menor ciudadanía dentro de los cánones que a las uniones de personas heterosexuales sí se les reconocen. Esta sentencia puso el acento en los efectos del principio-derecho de igualdad y analizó la exclusión de las personas homosexuales de la regulación del matrimonio. Así, señaló que, por las diferencias legales en el matrimonio entre personas según su orientación sexual, se refuerza un imaginario social injusto y discriminatorio que influye en la forma cómo se ve a ciertas personas y en la mirada que esas personas tienen de sí mismas. Al evaluar la posibilidad de instaurar una regulación diferente al matrimonio, el Tribunal destacó los efectos perniciosos de la segregación, de la doctrina *separate but equal* (separados pero iguales). Señaló que la promulgación de un estatus diferente para las uniones homosexuales sería la consagración de que algunos seres humanos *son outsiders* del sistema, y concluyó apelando a un principio lógico del Derecho: no se puede regular igual dos supuestos similares y denominarlos de manera distinta^{53 54}.

En términos sencillos, es que el primer esbozo jurisprudencial comparado, emerge de Sudáfrica, reconociendo por los legisladores de dicho Estado, que en efecto, constituye absolutamente contrario a todo principio de inclusión e igualdad, el hecho de que sean los propios Estados, quienes pongan en calidad de forasteros de sus sistemas, a personas solo por razones de orientación sexual y/o identidad de género. Dada la situación jurídica contemporánea que se vive a nivel mundial, los Tratados Internacionales, como los Principios que se vienen instaurando han ido reconociendo sin límite alguno, el derecho de toda persona a ser tratada por igual, y en el tema que nos abarca, nos va quedando claro que la diversidad sexual como regla general, tiene su nacimiento en la

⁵³ Más información sobre la argumentación desarrollada en la sentencia se encuentra en FERNÁNDEZ VALLE, Mariano. "Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana". En: Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. N° 3. 2007, pp. 93-102. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/anuario03/6-SecionInternacional/anuario03_sec_internacionalIII_FernandezValle.pdf>.

⁵⁴ El razonamiento judicial que ha abierto el derecho al matrimonio a las personas homosexuales tiene uno de sus hitos previos en la sentencia del Tribunal Supremo de Massachussets en el caso Goodridge v. Department of Public Health del año 2003 por la que también se consideró discriminatoria la exigencia de diversidad de sexos en el matrimonio. El panorama en los Estados Unidos es complejo pues la regulación es estatal y porque ha estado marcado por avances y retrocesos cíclicos desde la vía judicial y legislativa. Para mayor información consultar LABADIE JACKSON, Glenda. "Deshojando margaritas: un recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América".

naturaleza del hombre, en su propia genética; por tanto, tiene íntima relación con la dignidad humana, siendo esta última la base de todo derecho fundamental.

Consecuencia de la evolución jurídica que galopa a pasos agigantados, ya no solo en Cortes Europeas Internacionales, sino en la propia jurisprudencia que emana de nuestros Tribunales Interamericanos; es que tenemos a la mano, un sin número de información completa que nos obliga a adaptar nuestro Sistema Peruano (tarde o temprano), y abordar nuevos mecanismos para el reconocimiento y protección de los derechos de las personas LGBTI, como manifestación plena de igualdad y no discriminación, sin pretender que a través de leyes como la Unión Civil, se intente regular situaciones similares y denominarlos de manera distinta, toda vez que ello resulta ser discriminatorio a todas luces; en todo caso sus motivos regulatorios no deben basarse en el mito de que el Matrimonio está restringido únicamente para heterosexuales y personas de diferentes sexos; “porque así ha sido desde siempre”; **de suerte que con ese argumento, nunca se hubiera abolido la esclavitud, ni la discriminación en contra de las personas de test oscura, o en contra de la mujer.**

Un ejemplo vecino, es el Código Civil Argentino, el cual luego de un estudio intensivo ha sido modificado de la siguiente manera: Ley 26.618 Ley del Matrimonio Igualitario, “Artículo 2.- Sustitúyase el artículo 172 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma: Artículo 172.- Es indispensable, para la existencia del matrimonio, el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. “Artículo 42.- La aplicación de todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables, tanto al matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo como al constituido por dos (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos (2) personas de distinto sexo”. La reforma aprobada tuvo su

principal fundamentación en el principio de igualdad y no discriminación que inspiró, asimismo, las resoluciones judiciales que declararon fundadas las demandas presentadas previamente.

Sin duda, un paradigma de Ley, más allá de todo prejuicio moral o religioso, más allá de la situación económica que se esté viviendo en dicho país; tenemos que poco a poco cada vez, el principio-derecho a la igualdad toma mayor rigor, cuando de lo que se habla es de orientación sexual, identidad y expresión de género; y si bien es cierto, el Perú se ha caracterizado por ser un Estado conservador, muy apegado a la moral y a la religión, también lo es, que una de nuestras características fundamentales es la ignorancia y el prejuicio; es por ello que más allá de toda discrepancia teórica, está en juego algo más importante: la dignidad humana, la cual es afectada, cuando se menosprecia y se margina a las personas LGBTI, obligándolos a reprimir de por vida algo que es inherente a su naturaleza; y lo que es peor, su desprotección jurídica como personas.

2.3.1. DEL MATRIMONIO.

Conforme se describió en la parte de los antecedentes históricos del Matrimonio, no se sabe exactamente desde cuanto nace dicha institución como expresión cultural de consolidación de la unión entre dos personas (antiguamente hombre y mujer). Se dijo también que siendo el hombre y la mujer (antes que seres humanos) especies animales, y más específicamente, mamíferos, si tomamos en cuenta la clasificación de las especies que nos presentaba Carlos Linneo; su instinto inmediato –inherente e instantáneo- es el de supervivencia. Dicho instinto comprende a su vez una serie a actos tendientes a ocuparse de preservar la vida, como el de alimentarnos. A su vez la preservación se da tanto de manera individual como grupal (protección de la familia). Asimismo, el instinto de supervivencia viene acompañado –como es lógico- de la procreación; acto y secular hecho natural que se genera desde el coito entre un varón y una mujer, el mismo que marca el inicio de un ciertamente largo proceso que empieza con la fecundación que efectúa el espermatozoide (gameto masculino) sobre el óvulo (gameto femenino).

Ahora bien, lo dicho anteriormente no es secreto para nadie; es decir, es efectivamente gracias a las millones de veces en el que se han juntado un varón y una mujer -

sexualmente hablando- lo que ha permitido que la era contemporánea de la evolución del hombre exista; y si somos más precisos aún, lo que permite que ahora mismo estemos dando a conocer nuestras ideas del porque en el Perú se justificaría la regulación de un Matrimonio Igualitario. Por tanto, se puede afirmar que el Matrimonio tuvo por mucho tiempo como uno de sus elementos –antgeriormente “esenciales”- la llamada “procreación”.

Sin embargo, actualmente la procreación ya no viene siendo un elemento esencial o fundamental que caracteriza al Matrimonio –como institución jurídica-, ni tampoco un elemento de la familia como algunos tratadistas también lo comprenden. El fin de procreación queda rezagado de cualquier regulación positiva, simple y sencillamente porque el Estado –en este caso el Peruano- no exige la procreación para la eficacia de una unión matrimonial; lo contrario significaría quitarle legitimidad al Matrimonio (como precisó el ilustre Immanuel Kant), el mismo que caería en una suerte de holocausto ante la imposibilidad de ciertos contrayentes de concebir hijos, o simplemente ante la negativa de aquellos que pudiendo hacerlo no lo hacen; el acto jurídico quedaría disuelto *ipso iure*.

En ese mismo sentido se dice que el reconocimiento de Uniones Civiles como Matrimonios Homosexuales o Igualitarios acabará con el orden natural de la sociedad (argumento natural); como si la aprobación de una ley fuera determinante para la variación de la orientación sexual o identidad de género de una persona. **Si esto fuera así, actualmente no existirían LGTBI**, ya que nuestra legislación evidentemente arbitraria, solo promueve la unión entre un varón y una mujer; y además de ello, no tolera la unión matrimonial entre un varón con otro varón, o una mujer con otra una mujer.

Como han dicho diversos juristas: “¿miedo a que?”. El grueso de la población es heterosexual y fértil. Por lo mismo, incluir a parejas cuyo único problema es la incapacidad de procrear entre sí, no trae ninguna consecuencia negativa: ni la tercera edad, ni la esterilidad, ni la homosexualidad, todas estas son condiciones minoritarias, todas son involuntarias, no circunstanciales (incluida la homosexualidad como se ha descrito en los antecedentes históricos acerca de los estudios de aquella), ninguna de estas uniones está biológicamente preparada para ello, **sin embargo sólo se discrimina**

a los homosexuales, lo cual constituye una discriminación arbitraria o discriminación negativa como se quiera decir.

No pretendemos salirnos del tema del Matrimonio, ya que la igualdad y no discriminación como principios serán tocados y desarrollados más adelante; no obstante la fuerza imponentemente justa de aquellos principios hace imposible hablar de Matrimonio en el Perú, sin decir que este como institución evidentemente necesita evolucionar (como ya pasó en múltiples países), ya que actualmente se restringe el acceso solo a personas heterosexuales –hombre y mujer-, siendo que dicha restricción – salvando la redundancia- es ARBITRARIA; ya que el fin procreativo como se ha visto y se seguirá analizando, sencillamente se ha caído como argumento en contra.

El tema teóricamente no es tan sencillo, ya que hay muchos argumentos en contra que se han ido propugnando, los cuales no tienen razón de ser.

El fin connatural de procreación que se asimiló al Matrimonio, sabemos que tiene su fundamentación en la Biblia, lo que nos arrastra necesariamente a la Religión Católica y Apostólica. En la Biblia se habla de la existencia de un varón y un mujer, como seres primarios que vinieron al mundo; sin embargo como lo dijo un congresista Chileno cuando sustentaba su posición en favor del Matrimonio Igualitario en el 2016; *“en la Biblia también se decía que los astros eran solo dos luceros más la Luna, o que la tierra era el centro del universo”*; lo cual –como se sabe- actualmente es teleférica y telescópicamente FALSO.

No obstante ello, desde el siglo XV tratadistas como John Locke y otros, venían postulando la idea de separar el Estado de la Iglesia, esta apología se creía antiguamente caótica, ya que la sociedad conservadora veía ello como el divorcio entre la moral y el hombre. Sin embargo años después dichos postulados tomados y concretizados por Jean Jacques Rousseau (en el Contrato Social) servirían para el advenimiento de los Estados Republicanos con base constitucional.

El Perú es un Estado Laico, es decir no confesional, ya que no impone una religión en especial; lo cual hasta allí resulta ser coherente con lo rezado en el inciso 3) del artículo 2 de la Carta Política: *toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de*

religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público. Sin embargo la eficacia de ese derecho a la libertad de conciencia y de religión se pierde cuando se viene conceptualizando al Matrimonio como la institución generada en la Biblia, olvidando que desde hace muchos años el Estado se ha separado de la iglesia, al menos formalmente en el Perú así ha sucedido; tal es así que existe Matrimonio Civil y Matrimonio Religioso, el primero como una institución actualmente social y jurídica, y el segundo como una institución de conciencia (cultural); por tanto, el promover el matrimonio civil bajo el concepto moral y religioso que caracteriza al matrimonio católico, no significaría otra cosa que demostrar a la sociedad que en el Perú no existe libertad de conciencia y/o religión; con lo cual tendríamos otro derecho más que se estaría vulnerando, ya que las personas LGTBI no exigen que se les permita casarse religiosamente –ello lo decide la religión correspondiente-, sino por el contrario, requieren el reconocimiento del Estado sobre la unión formal que ejerzan dichas personas, siendo la más eficaz y justa, el Matrimonio Igualitario.

Volviendo al origen del Matrimonio, según una corriente, se ha señalado que este viene siendo una INSTITUCIÓN SOCIAL, argumentando que durante el tercer siglo de nuestra era se produjo, en Occidente, el pasaje de una sociedad en la que el matrimonio no era de ningún modo una institución creada para toda la sociedad, a una sociedad en la que se da por sentado, como natural que el matrimonio es una institución fundamental para todos.

En la sociedad pagana el matrimonio no era la norma, el matrimonio era utilizado solo por los poderosos, por las clases altas. En la antigua Roma la castidad no era una virtud, no era necesario contraer matrimonio para ejecutar el coito o para tener hijos. Solamente cuando un miembro de una clase social elevada deseaba transmitir su patrimonio a sus descendientes directos, en vez de que lo reciban otros miembros de la familia o sus amigos, decidía casarse. Pero la mayor parte de las veces se legaba los bienes a un amigo o una persona muy querida, no a los hijos. Cuando se carecía de patrimonio o

bienes, el matrimonio era un trámite prescindible, los esclavos directamente carecían del derecho de hacerlo⁵⁵.

El griego ni siquiera tiene una palabra específica para designar el matrimonio. No existía un trámite ni civil ni religioso. Sin embargo, después del año 33 d.c. la palabra usada para **matrimonio** en griego Koine es "γάμέω, gaméo" cuya identificación en el diccionario griego "Strong" es G1062; su significado es casarse: "matrimonio, casado(a), casar."

En Atenas, en la Grecia clásica, la unión entre un hombre y una mujer, era la garantía por el cual el padre de familia entregaba su hija a otro hombre. La ciudad no era testigo, era sólo un acto privado entre familias.. Este contrato solo se realizaba cuando existía patrimonio para heredar. Los herederos de la mujer en la Antigua Grecia eran los hijos pero no el esposo. En Esparta los varones no convivían con sus mujeres pero el objetivo era producir chicos fuertes. El varón se reunía con su mujer en la oscuridad y después de tener relaciones con ella se marchaba para reunirse en su dormitorio con el resto de los jóvenes varones⁵⁶. Plutarco afirmaba que, así, los esposos «*ignoran la saciedad y el declive del sentimiento que entraña una vida en común sin trabas*».⁵⁷

En la Europa del norte, durante la Edad Media, se produjo un lento reemplazamiento de la ley germánica -por la que el contrato matrimonial se establecía entre el novio y el guardián de la mujer- por los códigos civiles cristianos -donde se requería el consentimiento de la mujer-. En el siglo XII el principio legal del matrimonio por consentimiento estaba establecido y los matrimonios impuestos comenzaban a quedar atrás. El proceso de urbanización también contribuyó a dicho proceso ya que liberaba en parte a la mujer de la tarea de procreación.⁵⁸

Según la Iglesia Católica, el origen del matrimonio entre una pareja no es solo cultural, sino que procede de la misma naturaleza humana en cuanto que (como dice el libro del Génesis (1-27), en la Biblia) al principio "Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen

⁵⁵ VEYNE, Paúl (1984). «Familia y amor durante el alto Imperio Romano». *Amor, familia, sexualidad*. Barcelona, editorial Argot.

⁵⁶ MOSSE, Claude (1990). *La mujer en la Grecia Clásica*. Madrid, Nerea.

⁵⁷ PLUTARCO, *Vida de Licurgo*, xv, 10.

⁵⁸ DE LANDA, Manuel, *Mil años de historia no lineal*, Gedisa, 2011. pag. 149 y Edith Ennen, *The Medieval Woman*, Oxford, Basil Blackwell, 1989, pág. 267.

de Dios lo creó; varón y hembra los creó". El matrimonio sería, por tanto, una institución y no un producto cultural cuyas principales características -unidad, indisolubilidad y apertura a la vida- vendrían definidas por la propia naturaleza del concepto católico de amor entre hombre y mujer, que exige a los esposos o cónyuges amarse el uno al otro para siempre y que alcanza su mayor expresión en la procreación. Por eso, la Iglesia Católica se ha opuesto tradicionalmente al adulterio, la poligamia, el rechazo de la fecundidad y el divorcio⁵⁹.

En algunos países occidentales el matrimonio civil no ha sido reconocido hasta fechas relativamente recientes. Por ejemplo, Chile lo reconoce desde 1884⁶⁰; en tanto que Argentina, lo hace desde 1888, en virtud de la Ley 2393. Para los cristianos, el matrimonio era una institución natural de origen divino desde la Creación.

Ahora, conviene echar un vistazo retrospectivo a la percepción de la religión católica por el Estado Peruano a través de sus normas constitucionales, para entender su influencia en el grado de desarrollo y reconocimiento de los derechos de las personas en el Perú, hasta la fecha.

- Art. 8 de la Constitución de 1823. *La religión de la República es la católica, apostólica, romana, con exclusión del ejercicio de cualquier otra.*
- Art. 6 de la Constitución de 1826. *La religión del Perú es la católica, apostólica y romana.*
- Art. 3 de la Constitución de 1828. *Su religión es la católica, apostólica, romana. La nación la protege (sic) por todos los medios conformes al espíritu del Evangelio; y no permitirá el ejercicio de otra alguna.*

⁵⁹ Compendio del Catecismo de la Iglesia Católica, 347

⁶⁰ SALINAS ARANEDA, Carlos (2009) *El matrimonio religioso ante el derecho chileno*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2009: 7.

- Art. 2 de la Constitución de 1834. *Su religión es la católica, apostólica, romana. La nación la protege por todos los medios conformes al Espíritu del Evangelio, y no permite el ejercicio de otra alguna.*
- Art. 5 de la Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana de 1837. *La religión de la confederación es la Católica, Apostólica, Romana.*
- Art. 3 de la Constitución de 1839. *Su religión es la católica, apostólica, romana, que profesa sin permitir el ejercicio público de cualquier otro culto.*
- Art. 4 de la Constitución de 1856. *La nación profesa la religión católica, apostólica, romana: el Estado la protege (sic) por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio y no permite el ejercicio público de otra alguna.*
- Art. 4 de la Constitución de 1860. *La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: el Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otra alguna.*
- Art. 3 de la Constitución de 1867. *La Nación profesa la religión Católica, Apostólica, Romana. El Estado la protege (sic), y no permite el ejercicio público de otra alguna.*
- Art. 4 de la Constitución de 1860 (puesta nuevamente en vigencia en 1868 y luego en 1883). *La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica y Romana y el Estado la protege. (Modificación de 1915).*
- Art. 5 de la Constitución de 1920. *La Nación profesa la religión Católica, Apostólica, Romana. El Estado la protege.*
- Art. 232 de la Constitución de 1933. *Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la Religión Católica, Apostólica, Romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos.*

- Art. 86 de la Constitución de 1979. *Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones.*
- Art. 50 de la Constitución de 1993. *Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.*

De ello, resulta claro que hasta la Constitución Política de 1920, en el Perú, solo se permitía, promovía y protegía el ejercicio de una sola religión, siendo esta la Católica y Apostólica, rezagando a todas las demás; de allí que para nadie es un secreto que siendo el matrimonio (antes) un sacramento religioso, se le adjudicó a este fines naturales; siendo que actualmente ello resultaría ser a todas luces anacrónico; cuyo desfase se da principalmente porque el matrimonio civil, como contrato o institución jurídica; no obedece a lo que la religión profese o mande; ya que como también se ha explicado, el Estado guarda su expreso distingo respecto al catolicismo; reconociéndose a este como un elemento importante de aquel, más no como una forma de vida cuyas reglas deban ser adoptadas obligatoriamente por la sociedad; de ser así, resultaría ser ocioso dictar leyes matrimoniales y regular matrimonios civiles, debido a que la religión ya lo hace con su propio matrimonio; bastaría dictar una sola norma que ordene que el matrimonio civil se rige conforme al dogma católico.

Nosotros jurídicamente hablando, estamos convencidos de que tanto el matrimonio en general como la familia nacieron como **instituciones culturales y no naturales, siendo ahora además, jurídico-sociales**, pues varían según espacio y tiempo; cuyo criterio también es compartido por la Especialista en género y diversidades sexuales por la

Universidad Complutense de Madrid, Gabriela J. Oporto Patroni⁶¹, quien señaló entre otras cosas respecto al matrimonio como institución cultural, lo siguiente:

*“...Sin embargo, más allá de las concepciones personales sobre la naturaleza humana, está la realidad. Y ella nos dice que las formas en que los seres humanos se han unido para conformar familias varían dependiendo del lugar y momento en que se produzcan. En consecuencia, es innegable que ambas son producto de cada sociedad y tiempo y, por lo tanto, son instituciones culturales. Una consecuencia que se deriva de lo anterior es que resulta posible que el Derecho las regula de formas distintas, pues este también varía con cada sociedad y tiempo. **Una forma simple, pero precisa, de entender las diferencias entre las instituciones naturales y culturales y la relación de estas con el Derecho sería la siguiente: una ley no puede cambiar cómo funciona la gravedad, pero si un matrimonio y, hasta cierto punto, las relaciones de una familia.** Un ejemplo menos abstracto de lo anterior puede encontrarse en el Código Civil (CC) de 1852, que en sus artículos 175 y 176, imponía a la mujer los deberes de obedecer al marido y habitar con él y seguirlo a donde él tenga por conveniente residir. Actualmente, no es un deber de la mujer dentro del matrimonio obedecer ni seguir al marido, sino que la legislación peruana reconoce la igualdad entre los cónyuges (artículo 290 del CC vigente). También hay quienes se oponen al matrimonio igualitario aludiendo a la finalidad reproductiva del matrimonio. Sin embargo, esta no es un argumento fuerte a favor de esa postura en atención a lo siguiente: 1) contraer matrimonio no significa necesariamente procrear; 2) la legislación permite contraer matrimonio a parejas de sexo opuesto que no desean o que no pueden tener hijos; y 3) hay dos grupos diferenciados de reglas jurídicas, uno para el matrimonio, y otro para el vínculo de filiación. En definitiva, al ser el matrimonio y la familia instituciones culturales, que cambian de acuerdo con la evolución que experimenta cada sociedad, es posible que el Derecho modifique su configuración y determine sus características legales. Ello implica, necesariamente que deben existir justificaciones razonables para toda exclusión avalada por el ordenamiento. La postura que se plantea en este trabajo es que no existe motivo alguno para mantener fuera del matrimonio a las parejas del mismo sexo...”*

⁶¹ OPORTO PATRONI, Gabriela J. artículo intitulado: *El acceso al matrimonio sin distinción por el sexo de los contrayentes como consecuencia de la igualdad y la libertad de las personas, a propósito del reciente referéndum en Irlanda*. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Revista Tomo 92. Agosto 2015, p.212 y 213.

En ese sentido, en base a las razones anteriormente expuestas, y a las que se detallarán más adelante, con relación a las otras hipótesis materia de tesis; podríamos decir que prácticamente no existe ninguna razón objetiva que justifique válidamente la exclusión de las personas LGTBI a acceder a un matrimonio civil, sino por el contrario, dicha exclusión resulta ser arbitraria y solo tiende a lacerar múltiples derechos fundamentales de aquellos; en consecuencia, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿La Constitución proscribe el acceso al matrimonio a las personas LGTBI?.

Con relación a ello, importante es el análisis que nos vuelve a regalar la jurista Oporto Patroni, quien señaló que: *podría esgrimirse, en tanto que no existe un derecho fundamental a contraer matrimonio, una propuesta para modificar el matrimonio igualitario si podría ser sometido a referéndum. Sin embargo, se considera que este razonamiento es errado. Por una parte, y como se ha explicado en este trabajo, es cierto que no existe un derecho fundamental a contraer matrimonio, pero es innegable que el acceso igualitario a esta institución se deriva de reconocer la libertad y la igualdad de las personas. Por otra parte, es importante leer el artículo 32 de la Constitución y comprender su sentido integral; esto no señala que solo los derechos fundamentales de la persona están excluidos de referéndum, sino que está constitucionalmente prohibido someter a consulta ciudadana todo aquello que involucre su disminución o supresión. Se considera que una cláusula así también incluye el reconocimiento del matrimonio igualitario, en la medida en que el acceso a este es una consecuencia directa de reconocer la igualdad y la libertad de las personas, que garantiza a toda la ciudadanía ingresar a una institución legal sin distinción alguna y le permite ejercer su libertad (específicamente, tomar o no la decisión de constituir una familia a través del matrimonio). Además, es necesario tener en cuenta lo siguiente respecto al matrimonio: en cuanto institución legal, no puede admitir tratos diferenciados injustificados a determinado sector de la ciudadanía (y aquí se considera que el sexo de los contrayentes, su orientación sexual y/o su identidad de género, no son criterios válidos para establecer el trato diferente actualmente presente en nuestro ordenamiento); y, en cuanto institución cultural, ha sufrido innumerables cambios a lo*

*largo de la historia de las sociedades, por lo que es posible modificar su configuración legal para adaptarlo a nuevas realidades”.*⁶²

Por otro lado, la Constitución Política del Estado establece en su artículo 4 “*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley*”. Entonces; no es necesario ni procede el referéndum respecto de la modificación parcial de la Constitución con relación al matrimonio igualitario, debido a que éste, si bien no es un derecho fundamental, el acceso a él, está relacionado con el ejercicio pleno del derecho de igualdad y libertad; y como consecuencia de lo anterior, no puede someterse a referéndum el reconocimiento o ejercicio pleno de los derechos de igualdad o libertad, debido a que su desaprobación generaría disminución en tales derechos fundamentales, lo cual resultaría inconstitucional. Consecuentemente, la regulación del matrimonio se dejó como labor legal, de modo que su exclusividad reservada para un varón y para una mujer (heterosexuales), la establece el artículo 234 del Código Civil, el mismo que puede ser modificado como ha sucedido en otros países como Argentina.

2.3.2. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN COMO PRINCIPIOS QUE JUSTIFICAN LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL PERÚ.

Como se ya se había afirmado líneas *ut supra*, el profesor GARCÍA TOMA nos enseña que la Igualdad como principio se constituye en la pauta rectora de la organización y actuación del Estado. Por ende, deviene en la regla básica que el cuerpo político debe garantizar, preservar y dar contenido a través de la dación de políticas públicas, leyes, actos administrativos y resoluciones judiciales. En puridad, cumple simultáneamente una función orientadora en cuanto se constituye en una columna para la constitución y sostenimiento del Estado Democrático y Social de Derecho; una función orientadora en cuanto sirve de marco de referencia para las tareas de legislación, administración de los

⁶² Ibid, p. 219 y 220.

servicio públicos e imputación de justicia; y como función de comparación crítica en cuanto parámetro de valoración de las políticas públicas, actos de autoridad y conductas ciudadanas.⁶³

Por su parte, el Tribunal Constitucional en los casos Cámara Peruana de la Construcción y Máximo Yauri (Expedientes N° 00261-2003-AA/TC y N° 00018-2013-AI/TC) ha precisado los alcances de la igualdad como principio; estos son:

- e) La igualdad como límite para la actuación estatal (ámbito legislativo, administrativo y jurisdiccional). Por ende, comprende aspectos vinculados con la elaboración, interpretación, aplicación y ejecución de las leyes en sentido lato.
- f) La igualdad como mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético caso de arbitrariedad en el ejercicio del poder.
- g) La igualdad como valladar impeditivo para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (diferenciación atentatoria a la dignidad de la persona).
- h) La igualdad como pauta basilar de acción del Estado, para que remueva los obstáculos políticos o sociales, que restringen el hecho la igualdad de oportunidades entre seres humanos.

Por ello es que GARCÍA TOMA, hace una distinción entre igualdad formal e igualdad material.

- c) **La igualdad formal** se presenta como una exigencia al legislador o al juzgador de no establecer diferencias injustificadas o irrazonables en la ley o en una resolución administrativa o judicial.

⁶³ GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales*. Editorial ADRUS S.R.L. Arequipa-Perú 2014. P. 171 y 172.

- d) **La igual material** se presenta como una exigencia de adopción de políticas públicas destinadas a promover la equiparación respecto al acceso de la cobertura de necesidades básicas (agua, luz, alimentación, educación, transporte). Ello a efectos de asegurar el **libre desarrollo de la personalidad** de todos los miembros de la comunidad, para lo cual debe generarse la igualdad de oportunidades.

Por otro lado, OPORTO PATRONI afirmó “...el concepto de igualdad ha evolucionado a lo largo de la historia de la humanidad y ha experimentado manipulaciones atroces, justificadas en un supuesto valor superior: desde la premisa *separate but equal* (separados pero iguales), que sustentó la segregación racial de iure en Estados Unidos, hasta la peruanísima cláusula de “reserva del derecho de admisión”, empleada para segregar clientela por motivos ocultos pero fáciles de descubrir (origen étnico-racial, principalmente)”. Lo cual se complementa con lo expresado por FERRAJOLI “Actualmente, el concepto de igualdad viene asociado al de diferencia o al de diversidad, y se plantea que la relación entre estos deriva de la evolución del concepto de igualdad desde su formación liberal, pues ahora existe conciencia acerca de las diferencias entre las personas y que éstas tienen un impacto en las relaciones sociales”⁶⁴, siendo en base a esto que la autora mencionada líneas arriba, concluye: “Desde esta perspectiva, la construcción de la igualdad (formal y material) no parte de la premisa de que todos los individuos estamos igualmente situados, sino que reconoce las diferencias existentes, admite que estas tienen un impacto mensurable en la vida de las personas y que es necesario extender la idea de que el concepto de igualdad lleva implícito el respeto a las diversidades de todo tipo (étnico-racial, religiosa, política, sexual, de género, etc)”⁶⁵.

Abonando a las ideas anteriores, tenemos que conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, si bien la discriminación está prohibida, cierto también es que se

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Igualdad y diferencia*, En: CAICEDO TAPIA, Danilo y PORRAS VELASCO, Angélica (editores). *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cutos, Ecuador, diciembre del 2010. Disponible en: (http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/5_Igualdad.pdf)

⁶⁵ OPORTO PATRONI, Gabriela J. artículo intitulado: *El acceso al matrimonio sin distinción por el sexo de los contrayentes como consecuencia de la igualdad y la libertad de las personas, a propósito del reciente referéndum en Irlanda*. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Revista Tomo 92. Agosto 2015, p. 211

permite hacer distinciones siempre que exista una justificación razonable para ello⁶⁶. En otras palabras, la igualdad como principio y como derecho, no significa otra cosa que el reconocimiento lógico y racional de las condiciones objetivas que diferencian a una persona de otra; sin embargo, bajo ninguna circunstancia se puede permitir que ciertos factores diferenciales se constituyan como una barrera arbitraria e inmotivada para restringir la igualdad de oportunidades que deben tener los habitantes de una sociedad. Cabe agregar que la igualdad tiene mucha relación con la justicia, en el sentido de que todos merecemos que se nos proporcione condiciones equitativas para el ejercicio pleno de nuestros derechos. Asimismo, -como se dijo- la diferenciación positiva está permitida en tanto que existan razones tangibles y objetivas que permitan un trato diferente de una persona con relación a otra; como por ejemplo, los asientos de bus o las colas que se reservan para personas ancianas o incapacitadas físicamente; cuya justificación yace en una imposibilidad física de aquellas respecto de las personas más jóvenes y físicamente capaces para obtener un servicio o desplazarse de un lugar a otro; como otro ejemplo se puede optar por una regla inversa; es decir, trabajos que se reservan solo para personas jóvenes y específicamente que cuenten con ciertas características físicas que faciliten una determinada labor; por ejemplo el modelaje, anfitriónaje o representante de belleza; y muchos otros más ejemplo que saltan a la vista y son razonablemente comprensibles y por tanto válidos.

Siguiendo con nuestro análisis respecto al principio y también derecho de IGUALDAD, consideramos perfectamente necesario reproducir un interesante test que elaboró la Abogada Paula Siverino Bavio⁶⁷, en el cual pide que respondamos si las siguientes premisas corresponden a ser argumentos anti-interraciales ó antigays; solicitando que anoten sus respuestas:

1. “Ellos no pueden tener descendencia y ese solo hecho es justificación suficiente para no permitir su matrimonio.
2. “Esta relación no solo es antinatural sino que además produce deplorables resultados (...) sus hijos son usualmente afeminados (...) su relación es producto del demonio”.

⁶⁶ SSTC. Exps. N° 02974-2010-PA/TC, fs. 9, N° 05652-2007-PA-TC, fs. 19 y 20, N° 00261-2003-AA/TC, fs. 3 y 2; y el N° 00018-2003-PI/TC, fs. 2.

⁶⁷ SIVERINO BAVIO, Paula. Artículo sobre: *Unión Civil: Segregación sexista y segregación racial, adivine las diferencias*. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Tomo 87, marzo 2015, p. 245 y 246.

3. “Los legisladores se pronuncian contra este “abominable” tipo de relación, advirtiendo que eventualmente van a contaminar la nación”.
4. “No solamente socava completamente la esperanza de las futuras generaciones, sino que es el inicio del quiebre de nuestra sociedad (...) literalmente amenaza la supervivencia de nuestra Nación a largo plazo”.
5. “Este tipo de matrimonio no es permitido ya que los instintos básicos, naturales, se revuelven ante esto por equivocado”.
6. “Este tipo de matrimonio es considerado antinatural e inmoral”.
7. “Este tipo de relaciones son desagradables para nuestra gente no aptas para producir. Estos matrimonios llevarán a una calamidad llena de tristeza y los más tenebrosos portentos a las generaciones que vendrán después de nosotros”.
8. “Aun cuando no haya un versículo de la Biblia que diga de manera dogmática que tal matrimonio no debe ocurrir, el plan de Dios y su trato con la humanidad a lo largo de los tiempos indican que este matrimonio no es lo mejor para los hombres”.
9. “Un hecho poco estudiado es que este tipo de relaciones (homosexuales/interraciales) son mucho más violentas que las (heterosexuales/no interranciales)”.
10. “Yo creo que la tendencia a clasificar a las personas que se oponen a este tipo de relación como “prejuiciosas” es en sí mismo un prejuicio. (un psicólogo le dijo a la corte que “nada significativo se ganará con tal matrimonio”).”.
11. “La creencia de un grupo en que tiene un “elemento diferenciador” que le otorga una virtud que no tienen, ni pueden llegar a tener, integrantes de otros grupos, produce un efecto psicológico que aporta en forma importante a consolidar al grupo, y a estructurar una identidad grupal e individual”⁶⁸.

Ahora bien, **estas son las respuestas:**

1. ANTIINTERRACIAL. *State v. Jackson Missouri (1883)*.
2. ANTIINTERRACIAL. *Scott v. Georgia (1869)*.

⁶⁸ KLISKBERG, Naum. *Breve historia del racismo*. Disponible en (http://www.matrimoniosmixtos.info/index.php?option=com_content&task=view&id%2668%26Itemid%3D93)

3. ANTIINTERRACIAL. *Virginia's Racial Integrity Act of 1924*: el propósito de esta ley era prevenir “uniones abominables y asuntos espúreos”.
4. ANTIGAY. Rep. Trent Franks (R-AZ), 2011.
5. ANTIINTERRACIAL. Senator James R. Doolittle (D-WI), 1863.
6. ANTIINTERRACIAL. *Scott v. Sandford (1857)*, Chief Justice Taney:
7. ANTIINTERRACIAL. *Lomas v. State (1871)*.
8. ANTIINTERRACIAL. *Bob Jones University (1998)*.
9. ANTIGAY. Family Research Council publicación, 2002.
10. ANTIINTERRACIAL. Froom a submitted briefing to he Court on *Loving v. Virginia*.
11. Esta no es una cita del artículo, sino la definición del racismo, que aplica perfectamente al sexismo.

Lo que queremos demostrar con lo anterior, es que resulta ser impresionante como es que a lo largo de la historia, los argumentos que fueron usados para oponerse a la igualdad en los siglos pasados, tanto del hombre y la mujer, del blanco y el negro, del status legal y social de las personas, de la aceptación del divorcio, de la abolición de la esclavitud, entre otros; fueron los mismos que se utilizan ahora para ir en contra de un matrimonio igualitario u otras uniones de LGTBI; es decir, para seguir cerrándole las puertas a personas quienes solo tienen una orientación sexual diferente a la hegemónica (heterosexual), o una identidad y expresión de género diferentes a la comúnmente aceptada según el rol que definiría el sexo biológico. Resulta repudiable ver cómo es que el hombre aún sigue con viejas concepciones que solo tienden a revelar miedo, intolerancia, ignorancia, y un complejo absurdo de superioridad privilegiada, lo que ocasiona además de una afectación irreversible en contra de los derechos de las personas LGTBI, un retraso atroz en el anhelado desarrollo de un país.

Seguidamente, sabemos que el principio de igualdad yace en la cara de una moneda, precisamente en la parte frontal, siendo que al reverso de dicha moneda como una consecuencia lógica, pero más como un complemento conceptual, se encuentra el **PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN**, el cual sienta su definición en palabras homólogas a las que definen al principio de igualdad; sin embargo, aquel principio determina con negación lo que NO se debe hacer para contrariar la igualdad.

Sin duda alguna, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como en el sistema mundial de los mismos, existen múltiples precedentes que registraron en su época, grandes fuentes de las que hoy se sirven las legislaciones de países que discriminaron a personas por su orientación sexual u otra condición social, pero que sin embargo, recibieron un fuerte tirón de orejas por los organismos internacionales, vedando toda forma de diferenciación, cada vez con mayor convencimiento, con mayor certeza y rigor en sus argumentos, y sobre todo con mayor trascendencia.

A modo enunciativo podemos citar el caso *Karner vs. Austria*⁶⁹, en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que la no extensión del derecho de subrogación arrendaticia al miembro superviviente de una pareja homosexual viola el derecho a la vida privada (al domicilio) y a la no discriminación por orientación sexual; criterio que fue explicitado también en el caso *Kozac vs. Polonia*⁷⁰ del año 2010.

En el año 2008, el Tribunal Europeo, en el caso *EB vs. Francia*⁷¹ estableció que la negación de la adopción por causa de la orientación sexual de la peticionaria constituye una violación a su derecho a la privacidad y a la no discriminación por orientación sexual.

En el año 2010, en el caso *J.M. vs. Reino Unido*⁷², el Tribunal consideró que la aplicación de una norma referida a las pensiones alimenticias que solo permitía la reducción del monto de la pensión al padre o madre que no tenía la custodia de sus hijos o hijas y que vivía en una relación de pareja heterosexual, más no homosexual, era discriminatoria por orientación sexual.

Ese mismo año, en el caso *Schalk y Kopf vs. Austria*, el Tribunal determinó que no era discriminatorio restringir el derecho al matrimonio a las parejas heterosexuales; sin embargo, determinó que la relación estable de una pareja homosexual puede ser entendida como vida familiar, de la misma forma que sería entendida en una pareja de

⁶⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Karner vs. Austria*, sentencia del 24 de Julio de 2003.

⁷⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Kozac vs. Polonia*, sentencia del 2 de febrero de 2010.

⁷¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *E.B. vs Francia*, sentencia de 22 de enero de 2008.

⁷² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *J.M. vs Reino Unido*, sentencia de 28 de septiembre de 2010.

sexo opuesto; criterio que fue seguido en el caso P.B. y J.S. vs. Austria⁷³, donde se estableció que se violaba el derecho a la vida privada y a la no discriminación cuando se negaba los servicios de salud a la pareja homosexual del asegurado.

Para nuestra tesis, lo que creemos constituye una luminaria por su exquisito material de lectura, es la sentencia emitida en el caso de la señora Karen Atala Riffó y menores versus Chile; cuyo caso ha sido analizado precedentemente, del cual en forma sucinta, podemos resaltar que no sólo se desarrolló ampliamente el derecho de y a la igualdad, a su vez, un enfoque de este como principio; sino que también, se desarrolló otros preceptos inversos como el de no discriminación; y se habló además del derecho a la familia, libre desarrollo de la personalidad, entre otros, cuyos fundamentos sustentan las premisas que pretende esclarecer nuestra investigación.

No debemos dejar también, de invocar el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual establece que *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”*

Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en su preámbulo que *“los pueblos americanos tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente”*.

Asimismo el artículo 1 del Protocolo de San Salvador señala que: *“Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de*

⁷³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del caso P.B. y J.S. vs. Austria. 22 de julio de 2010.

desarrollo, a fin de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”; debiendo de agregar que dentro del mencionado Protocolo Adicional, se encuentra consagrado en su artículo 14, el derecho a la constitución y protección de la familia”.

De todo lo estudiado hasta aquí, consideramos ineludible señalar que el derecho y principio de igualdad (o a la inversa: no discriminación) cobija su razón de ser en la **dignidad humana**, como todo derecho fundamental o derecho humano. Esto no es el resultado de una interpretación antojadiza o nueva, sino la enunciación de una teoría sociológica y jurídica que ha sido repetida hasta el cansancio por los Tribunales Internacionales, e inclusive adoptada por nuestro propio Tribunal Constitucional en múltiples resoluciones; por citar: *“Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3°, que dispone que “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)”*⁷⁴.

En la presente tesis no se invoca la dignidad humana como un derecho, un principio o un valor, debido a que aquella no se encuentra restringida en el umbral de cualquiera de las tres categorías mencionadas, sino por el contrario; la dignidad humana es un derecho, también un principio, y a su vez un valor jurídico supremo, ya que como se dijo, la sana convivencia de una sociedad pacífica, justa y organizada, significa tal cosa gracias al concepto de respeto de la dignidad, que se ha elaborado para regular el desarrollo de cada persona, y más precisamente como garantía máxima que posibilita la existencia segura de cada ser humano y lo que este significa este para la sociedad.

⁷⁴ EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC, fundamento 5.

Es necesario recordar que como bien lo afirma Didier Trebucp Representante Residente Adjunto del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el Perú, *“no se puede hablar de desarrollo humano si aún existen personas discriminadas o maltratadas por su orientación sexual”*; más aún nosotros nos atreveríamos a expandir la premisa de Didier, diciendo que no se puede hablar de desarrollo humano, social, estatal, etc., es decir, desarrollo en sentido universal; si la discriminación no se termina de abolir completamente, en cualquier de sus formas. Nótese que si bien en el presente trabajo solo nos enfocamos en la no discriminación por sexo (que incluye orientación sexual, identidad y expresión de género); cierto también es que cualquiera de las otras formas de discriminación se constituyen como uno de los factores que patentan el sub desarrollo; de allí que esto se justificaría como un fundamento más para permitir el acceso de las personas LGTBI a cualquier institución del Estado, salvo motivación expresa que describa objetiva y razonablemente la exclusión de aquellos.

Por otro lado, líneas arriba hemos hecho singular alusión al tema de la orientación sexual; sin embargo, también han existido otro tipo de problemas con relación a la identidad de género o expresión de este; como el que se debatió en el caso P.E.M.M., representado por Alonso Ynga Zevallos, el cual se llevó hasta la máxima instancia constitucional del fuero Peruano.

Caso P.E.M.M. EXP N 00139 2013-PA/TC.

2.2.1. Antecedentes. Con fecha 23 de agosto de 2010, la persona de iniciales P.E.M.M. interpone demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil — RENIEC y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y por consiguiente en su partida de nacimiento. Asimismo, solicita que esta demanda se ponga en conocimiento de la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima). Alega el recurrente que su poderdante (en adelante, P.E.M.M.) obtuvo, mediante un proceso judicial de cambio de nombre ante el Juzgado Civil de San Martín (Exp. 104-2008), que éste fuera cambiado de un prenombre masculino (J. L.) a uno femenino (P. E.), cambio que fue inscrito como anotación marginal en su partida de nacimiento en la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima). Posteriormente P.E.M.M. solicitó al RENIEC que le expida un

nuevo DNI con sus nuevos nombres (P.E.), adjuntando para ello la partida de nacimiento con la anotación marginal. Refiere que el RENIEC cumplió con cambiar el prenombre de P.E.M.M. pero indicando que su sexo es "masculino", lo cual considera que afecta su derecho fundamental a la identidad pues esto le causa un estado de depresión e incomodidad. Aduce el recurrente que P.E.M.M. es un transexual, no un hombre, sino "una mujer reasignada" mediante una cirugía realizada en España, por lo que debe ser tratada como tal, y que no basta sólo tener un prenombre femenino, sino que el sexo señalado en el DNI debe estar acorde con su actual identidad. Ante ello, el Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 3 de mayo de 2012, declara fundada la demanda, ordenando el cambio de sexo a femenino de P.E.M.M., tanto en su DNI como en su partida de nacimiento, por considerar que si en un inicio se pensó que el sexo era sólo un elemento estático de la personalidad del ser humano, al hacerse referencia al sexo biológico o cromosómico al momento de inscribir el nacimiento en el Registro Civil, dicha definición ha cambiado y así, desde un enfoque multidisciplinario, el sexo es un elemento dinámico, ya que se da en el transcurso del desarrollo de la persona y está referido a la peculiar actitud que asume ésta en sociedad (sexo social), a los hábitos y comportamientos (sexo psicológico), los que incluso pueden diferir del sexo cromosómico, por lo que de existir contradicción entre el sexo cromosómico, psicológico, físico y social (disforia de género), es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer. En el caso de autos, P.E.M.M. se siente pertenecer al sexo femenino y no al masculino, existiendo una disociación entre su sentimiento, pensamiento y vida como mujer con la apariencia genital, repudiando su nombre y todo lo que tiene que ver con la condición masculina que le asignaron al nacer. A su tumor la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, revocando la apelada declaró improcedente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía idónea para pedir el cambio de sexo en el DNI y en la partida de nacimiento, sino el proceso de conocimiento conforme al artículo 475, inciso 1, del Código Procesal Civil. Ante ello, se interpuso el Recurso de agravio constitucional.

2.2.2. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Para validar la decisión del Colegiado no se contó con la totalidad de votos de los magistrados quienes lo integraban; sino con la aprobación de solo 4: Urviola Hani, Vergara Gotelli, Calle Hayen y Álvarez Miranda, quienes declararon INFUNDADA la demanda, en tanto que

existieron 2 votos singulares de los magistrados Eto Cruz y Mesía Ramírez quienes consideraron que la demanda se debía de declarar FUNDADA.

Con dicha introducción resulta evidente que existe un problema de certeza para empezar, entre la fundamentación o criterios que utilizaron los magistrados para dictar una decisión desamparando la demanda, con relación al voto singular de 2 magistrados, que a criterio nuestro, estos últimos son mucho más objetivos y además se encuentran acordes a los múltiples pronunciamientos de las instancias internacionales que el Perú reconoce; pronunciamientos que con arreglo a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Estado, vinculan principalmente a los jueces de la República a decidir conforme a los criterios abordados básicamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Entre los argumentos que utilizó el Colegiado integrado por 4 magistrados del Tribunal Constitucional, que decidieron declarar INFUNDADA la demanda de amparo, tenemos concretamente los siguientes:

- a) **Argumentos de tipo autoritativo**, de acuerdo al cual el sexo que el Tribunal Constitucional ha reconocido es solo el sexo biológico, cromosómico o genético. En efecto, la posición mayoritaria cita el fundamento 15 de la STC 2273-2005-PHC/TC, para respaldar esta posición, entrecomillando la frase "al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico" (fundamento 4). De esta expresión, la postura mayoritaria deduce que "Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado al momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino..." (fundamento 5). La sentencia en mayoría continúa su argumentación de tipo autoritativa sosteniendo que, según el fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC. "el sexo (femenino o masculino) asignada a la persona desde su nacimiento es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter objetivo... (como lo es la "herencia genética": STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21), viniendo tal característica de una realidad biológica "indisponible" (fundamento 6). De estas dos premisas, la sentencia en mayoría concluye afirmando que, como el sexo cromosómico (única dimensión del sexo reconocida) no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el sujeto. Esto que

la sentencia llama "doctrina de la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil", nuevamente pretende fundarse en una premisa de autoridad, cuando sostiene que dicha doctrina "ya se encuentra en lo resuelto por este Tribunal en la STC 2273- 2005-PHC/TC, donde se autorizó el cambio de prenombre del recurrente (de masculino a femenino), pero manteniéndose la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento)" (punto resolutivo 2)" (fundamento 7).

b) Argumento de tipo científico, de acuerdo al cual la identificación de una persona con el otro sexo al que indica su sexo biológico es una "patología psicológica" (fundamento 10). Esta aseveración se sustenta -en la sentencia en mayoría- en la autoridad científica de la Organización Mundial de la Salud, que ha clasificado la disociación entre el sexo psicológico y el sexo biológico como un trastorno de la personalidad denominado "transexualismo" [ICD-10, F64.0] (fundamento 13). En esta línea, la postura mayoritaria llega a afirmar categóricamente: "El transexualismo es un trastorno mental, en el que no hay ninguna patología anatómica o genética. El transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, pero el error está en su mente, no en su anatomía" (fundamento 14). Es decir, según la mayoría, la identificación con el otro sexo no está determinada por ninguna condición física, sino que se trata de una pura alteración mental.

c) Argumento de tipo consecuencialista, dirigido a resaltar las consecuencias problemáticas que traería el reconocimiento legal del cambio de sexo registral. En este punto, la sentencia en mayoría parte sentando una posición de principio según la cual la Constitución exige a los poderes públicos actuar con responsabilidad en la toma de decisiones (fundamento 32). Las consecuencias problemáticas de una decisión favorable se darían — según la mayoría- en tres ámbitos: I) en la apertura indiscriminada que haría el Tribunal de la autorización del cambio de sexo, dado que no se encuentran precisados en el ordenamiento jurídico los requisitos para proceder a esta autorización (edad mínima, autoridad competente, si se requieren pericias o dictámenes médicos y el número de ellos, si es exigible la cirugía de reasignación sexual o no, el tiempo necesario

viviendo según el sexo deseado, los efectos *ex nunc o ex tunc* del reconocimiento, etc.) (fundamentos 39 y 40); 2) en la admisión por vía jurisprudencial del matrimonio homosexual (dado que de acuerdo al fundamento 34 de la sentencia de la mayoría- el transexual que desea casarse con una persona de sexo opuesto al sexo con el que aquel se identifica no deja de ser de su sexo biológico, por lo que en puridad estaría pretendiendo casarse con alguien de su mismo sexo), admisión que -afirma la mayoría- corresponde discutirse en sede parlamentaria (fundamento 36); y 3) en los efectos dañosos para terceros de dicho reconocimiento, en por lo menos dos casos: a) en el caso de que dicho reconocimiento se otorgue a una persona casada, con lo cual el "cambio de sexo" podría originar el rompimiento del vínculo matrimonial, y un daño moral grave a los hijos que de pronto pueden verse sorprendidos con que tienen dos padres o dos madres (fundamentos 39 y 40); y b) en el caso de que el reconocimiento efectuado suponga una defraudación a quien se case con un transexual desconociendo el sexo original de su consorte (fundamento 41).

Ante dichos criterios, los votos singulares de los magistrados Eto Cruz y Mesía Ramírez, se sustentaron contradiciendo todos extremos de la sentencia dictada por sus 4 pares, de la siguiente forma:

- a) **Con relación al argumento de tipo autoritativo**, señalaron que *“es evidente que la posición mayoritaria busca encontrar en la STC 2273-2005-PHUTC una posición de respaldo para su afirmación de que el sexo biológico es la única dimensión del sexo protegible jurídicamente, pues no encuentra este respaldo en ninguna otra fuente normativa. Y aquí empiezan a desplegarse toda la serie de errores graves en que incurre esta sentencia. Y ello no solo en cuanto omite otras fuentes normativas relevantes (como las que podemos encontrar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que sí han reconocido otros elementos en la conformación de la identidad sexual), sino en cuanto trastoca los argumentos recogidos en la STC 2273-2005-PHC/TC, afirmando cosas que dicha sentencia no dice y extrayendo conclusiones que no se desprenden de su lectura.”... ha explicado convenientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe: “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes”, encargado*

mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-0/1 1), cuando ha afirmado que: "14. La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el "Comité CEDAW") ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas. 15. Social y doctrinalmente se ha establecido una diferenciación entre el sexo y el género y actualmente existe una tendencia a marcar esta distinción también en el lenguaje legislativo. Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable. Por lo tanto, en el caso de algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría "género", se interpreta que la categoría "sexo" comprende también la categoría "género". con el fin de asegurar el objeto útil de la protección jurídica integrar".⁷⁵ (sic).

Los magistrados Eto Cruz y Mesía Ramírez, agregaron a este extremo que, en el Derecho Interamericano de Derechos Humano (DIDH), hasta tres organismos de interpretación autorizada de tratados de derechos humanos suscritos por el Perú han recogido esta referencia a la categoría jurídica de "identidad de género", con el objeto de precisar la ampliación que produce la categoría "género" como objeto de protección en el ordenamiento jurídico:

➤ En primer lugar, el Comité de las Naciones para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ha interpretado en su Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer

⁷⁵ EXP N 00139 2013-PA/TC, fundamento 3, del voto singular (Eto Cruz y Mesía Ramírez), p. 23 y 24.

(CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010), que *"Si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género. El término "sexo" se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar. La aplicación de la Convención a la discriminación por motivos de género se pone de manifiesto en la definición de discriminación contenida en el artículo 1. Esta definición señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional. De esto se desprendería que el trato idéntico o neutro de la mujer y el hombre podría constituir discriminación contra la mujer citando tuviera como resultado o efecto privarla del ejercicio de un derecho al no haberse tenido en cuenta la desventaja y la desigualdad preexistentes por motivos de género"* (párrafo 5). En síntesis, para el CEDAW, el "género" como categoría construida socialmente importa para el Derecho, en tanto las identidades, las funciones y los atributos con los que se construye la identidad femenina pueden ser fuente de discriminación cuando suponen una restricción de los derechos y libertades de las mujeres.⁷⁶ (sic)

➤ Luego, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General N° 20 (E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009), ha interpretado que el término "otra condición" presente en el artículo 2.2 del Pacto

⁷⁶ EXP N 00139 2013-PA/TC, fundamento 3, del voto singular (Eto Cruz y Mesía Ramírez), p. 25.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como / motivo prohibido de discriminación, incluye "la identidad de género". Expresamente establece el Comité: "*La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo*" (párrafo 32)⁷⁷ (sic).

➤ Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Rifo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 91, ha dejado establecido que *la "identidad de género" es una categoría protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos y que, por tanto, está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona o en la identidad de género.*⁷⁸ (sic).

b) Con relación al argumento de tipo científico, éste ha sido construido obviamente para desacreditar como -anormal" la pretensión de reconocimiento legal de la subjetividad de una persona trans que manifiesta una identidad cruzada. La sentencia en mayoría, pues, más que centrarse en un examen jurídico del alcance de la autonomía moral y el derecho a la identidad en el caso de autos, centra su atención en sostener que la ciencia considera como patológica la identidad cruzada de un transexual. Y es que si el deseo de un transexual de ser reconocido como una persona del otro género es producto de una alteración mental, obviamente dicho deseo no podrá ser asumido como una manifestación de la libertad del sujeto para autodefinir su identidad: y el Derecho no podrá reconocer una libertad que no es tal. Sucede, sin embargo, que la construcción argumentativa de esta supuesta afirmación científica es abiertamente incorrecta, y ello no solo porque la lectura que se hace de las fuentes científicas citadas para afirmar la anormalidad del transexualismo es parcial, en un caso; dichas fuentes ni siquiera aparecen en otro; y se han obviado

⁷⁷ EXP N 00139 2013-PA/TC, fundamento 3, del voto singular (Eto Cruz y Mesía Ramírez), p. 25.

⁷⁸ EXP N 00139 2013-PA/TC, fundamento 3, del voto singular (Eto Cruz y Mesía Ramírez), p. 25.

muchas fuentes científicas que refutan la idea de la anormalidad de la persona trans. (sic).

En primer lugar, en lo relativo a la afirmación de que el transexualismo es un "error de la mente" o una patología psicológica, dado que la Organización Mundial de la Salud así lo ha considerado al incluirlo en el CIE-10 o Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud. Trastornos mentales y del comportamiento, lo que la sentencia en mayoría no menciona es que esta inclusión, así como la que efectúa el DSM-IV-TR o Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría, se encuentra fuertemente discutida, no solo por movimientos y activistas por los derechos de las personas trans (vid. La página web de la STP, Campaña Internacional Stop Trans Patogization <http://www.stp2012.info/old/es>), sino por la propia comunidad científica que entiende que la persona transexual no tiene ningún rasgo patológico, sino solo una expresión diferente de su identidad sexual que si bien se aleja de los cánones tradicionales de la "normalidad" sexual (que determina la identidad sexual en base al sexo biológico), no por ello puede considerarse patológica (puede verse al respecto, entre otros, el libro de Silvia Di Segni Sexualidades. Tensiones entre la psiquiatría y los colectivos militantes, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013, pp. 242 y ss) (sic).⁷⁹

Lo que tampoco menciona la postura mayoritaria es que el propio DSM (V-TR, donde se contiene el trastorno de la identidad de género, exige unas ciertas condiciones para considerar como patológico al transexualismo. En efecto, el DSM-IV-TR no solo afirma que para realizar el "diagnóstico diferencial" del trastorno de identidad de género el profesional encargado debe verificar la ausencia de cualquier patología que suponga una alteración del sentido de la realidad no que requiere como condición para el diagnóstico de este trastorno "pruebas de malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo", con lo que el trastorno de identidad de género, en puridad, solo se puede diagnosticar cuando la condición

⁷⁹ EXP N 00139 2013-PA/TC, fundamento 3, del voto singular (Eto Cruz y Mesía Ramírez), p. 31 y 32.

por la cual una persona se siente del sexo opuesto a su sexo biológico, genera en ella un "malestar clínicamente significativo", contrario sensu, si la persona trans acepta esta condición y no tiene afectado ningún ámbito de su desenvolvimiento social, su identidad cruzada no podrá ser catalogada de "trastorno" (Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, Masson, Barcelona, 2005, p. 645). La presencia de estos elementos en el diagnóstico diferencial del transexualismo recuerda, significativamente, el primer paso seguido por la Academia Americana de Psiquiatría para excluir la homosexualidad del DSM, cuando dijo que sólo la homosexualidad egodistónica era un trastorno, esto es, la ansiedad o malestar generado por la condición homosexual y no la homosexualidad en sí misma. Hoy no existe ni la homosexualidad en sí misma ni la homosexualidad egodistónica en el DSM (sic).

La premisa asumida por la sentencia en mayoría según la cual la subjetividad de la persona trans es "anormal", "patológica", deja además de tener el asidero científico que afirma, cuando comprobamos no solo que la comunidad científica cuestiona fuertemente la inclusión en el CIE-10 y en el DSM-IV-TR del "trastorno de identidad de género"; algunos de sus organismos más autorizados como la Academia Americana de Psiquiatría permiten una lectura no patológica de la identidad cruzada (cuando no hay "malestar clínicamente relevante", sino cuando comprobamos que, en realidad, no existe un tratamiento orientado a "curar" la alteración psicológica que supondría el transexualismo. La afirmación hecha en la sentencia en mayoría en el sentido de que existen escuelas científicas que abogan "por un tratamiento psicológico-psiquiátrico buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él" no solo **no** se encuentra sustentada en ninguna fuente científica, sino que resulta ser una de las más cuestionables de la sentencia ⁸⁰(sic).

En efecto, la sentencia en mayoría, inconcebiblemente, no solo no cumple con explicitar cuáles son las supuestas escuelas científicas que afirman este "tratamiento psicológico-psiquiátrico" de adaptación mental del transexual, sino

⁸⁰ EXP N 00139 2013-PA/TC, fundamento 3, del voto singular (Eto Cruz y Mesía Ramírez), p. 33.

que enuncia una supuesta posición científica que no tiene ningún asidero en la ciencia. Si revisamos someramente la literatura científica al respecto, veremos que el tratamiento indicado para afrontar el trastorno de la identidad de género en ningún caso supone un ejercicio de transformación de la mente del transexual que le permita adecuar su psiquis a su cuerpo. En sentido contrario, el tratamiento psicológico-psiquiátrico para este "trastorno" está indicado básicamente con el objeto de procurar la aceptación por parte de la persona trans de su condición, así como con el objetivo de permitir el adecuado desenvolvimiento social de estas personas. Como afirma la Guía Clínica para el Diagnóstico y Tratamiento de los Trastornos de Identidad de Género de la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición (disponible en <http://shbtrans.wordpress.com/guia-clinica/>): *"La psicoterapia no es un requisito absolutamente necesario para el proceso terapéutico, y dependerá de las necesidades individuales, estableciéndose objetivos y duración. Se debe tratar al paciente de una forma global, prestando interés a todos los aspectos, no solo al problema de identidad de género. La psicoterapia **no intenta curar el TLG** sino ayudar a la persona a sentirse mejor con su identidad y a enfrentar otros problemas distintos, aclarando y aliviando conflictos"* (resaltado nuestro). (sic).

De acuerdo a esta Guía Clínica, el tratamiento comprende, además del acompañamiento psicológico, intervenciones endocrinológicas u hormonales, el ejercicio de la llamada "Experiencia de la Vida Real", donde la persona trans empieza a desenvolverse socialmente de acuerdo al género con el que se identifica, y finalmente las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual, donde trata de adaptarse el cuerpo al género sentido por la persona trans. Como enfatiza esta Guía Clínica: *"En el transexualismo, a falta de conocimientos claros sobre su etiología, el **único tratamiento posible es rehabilitador**, esto es, la reasignación de sexo, adecuando de la manera más completa y rápida posible el fenotipo al sexo que el sujeto se siente pertenecer mediante intervenciones psicológica, hormonal y quirúrgica"* (resaltado nuestro). (sic).

En síntesis, más allá que actualmente el transexualismo se encuentre incluido como un "trastorno" en el CIE-10 y en el DSM-IV-TR, la propia ciencia médica

nos indica que la persona trans es una persona normal, que no tiene alteración alguna del sentido de la realidad, que solo debe ser tratada psiquiátrica o psicológicamente si muestra malestar o deterioro en sus relaciones sociales producto de su condición, y que el tratamiento que debe recibir es, en todo caso, solo de aceptación y acompañamiento de su condición, más nunca un tratamiento "curativo", que pretenda repararlo del "error que tiene en la mente", como afirma la sentencia en mayoría. El respaldo que la mayoría quiere encontrar en la ciencia para desacreditar la pretensión de la recurrente no es pues tal. Contrariamente, la ciencia nos indica que la persona trans es psíquicamente normal y, por tanto, en ejercicio de su autonomía moral debe poder escoger la mejor forma de afrontar su condición. A lo que este Tribunal se enfrentaba en realidad era a determinar si el derecho a la identidad de la recurrente podía incorporar esta subjetividad normal como factor determinante para definir su identidad de género (sic).⁸¹

- c) **Con relación al argumento de tipo consecuencialista.** éste resulta en realidad inadecuado desde el punto de vista de la tutela que pretende brindar primariamente el amparo, esto es, una tutela de tipo subjetiva y concreta. Y es que la recurrente no ha venido en amparo para pretender solución a todas las cuestiones que se derivarían de la aceptación del cambio de sexo registral. En efecto, resulta inadecuado pronunciarse sobre si cabría el matrimonio de la recurrente con una persona de un sexo registral distinto (aunque cromosómicamente igual), sobre si este matrimonio puede constituir un fraude a un tercero, sobre si cabe el cambio de sexo registral de una persona casada y con hijos, etc. (sic).

Tampoco se ha solicitado que el Tribunal establezca los requisitos que deberían cumplirse para que proceda el reconocimiento legal del cambio de sexo registral. Aunque es deseable que estos requisitos existan con claridad para que en el futuro los casos similares se resuelvan con predictibilidad, estos requisitos también corresponden ser fijados, en principio, por el legislador y supletoriamente por los jueces, de acuerdo a cómo se vayan presentando los

⁸¹ EXP N 00139 2013-PA/TC, fundamento 3, del voto singular (Eto Cruz y Mesía Ramírez), p. 34 y 35.

casos particulares. Para el caso de autos, como veremos luego, lo que importa es que se encuentre suficientemente acreditado que la recurrente está firmemente identificada con el sexo que pretende adoptar. (sic)

En la jurisdicción constitucional si bien se crea Derecho, esta creación depende del caso concreto. La creación jurisprudencial del Derecho es, en puridad, la respuesta de un órgano judicial a un vacío normativo que requiere ser llenado para responder a la controversia planteada por el demandante. No puede, por tanto, discutirse la forma cómo se deben llenar otros vacíos normativos que no sean conducentes para dar respuesta al caso concreto, sin que con ello no se afecten las competencias del legislador encargado de regular de modo general y detallado una determinada materia.⁸² (sic).

En resumen, el argumento de tipo consecuencialista es erróneo pues no puede denegarse justicia constitucional con base en la idea de que la estimación de la demanda traería una serie de cuestiones controvertidas a las que el Derecho aún no ha dado respuesta. Bueno, dichas cuestiones deben ser respondidas por el legislador o, eventualmente por los jueces, pero ello no implica que no pueda brindarse respuesta a la concreta cuestión controvertida que ha planteado la recurrente. No hacerlo supondría, más bien, infringir el principio de no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley, contenido en el artículo 139.8 de la Constitución.⁸³ (sic).

Finalmente, los magistrados quienes expiden el voto singular concluyeron que:

“Fundamento 26... P.E.M.M. en ejercicio de esa libertad se ha identificado con el género femenino ha logrado cambiar incluso el pronombre que figuraba en su DNI de uno masculino a uno femenino; por ello, mantener el dato de sexo masculino en su DNI, no solo perjudica injustificadamente su identidad, sino que también lesiona su dignidad y, con ello, pone en cuestionamiento el goce efectivo de otros derechos que la propia Constitución le reconoce y propicia a

⁸² EXP N 00139 2013-PA/TC, fundamento 3, del voto singular (Eto Cruz y Mesía Ramírez), p. 41.

⁸³ EXP N 00139 2013-PA/TC, fundamento 3, del voto singular (Eto Cruz y Mesía Ramírez), p. 42.

su vez, situaciones diferenciadoras de trato que afectan su derecho a la igualdad...”⁸⁴

Es asombroso verificar que si bien el cambio de identidad de un transexual, no viene a ser nuestro tema abordado para la investigación que nos convoca; resulta ser evidente que la igualdad y en su sentido inverso (no discriminación) se constituyen como derechos y principios que abarcan cualquier situación que pretenda excluir, diferenciar o segregar a las personas humanas, solo por condiciones –entre otras- como el sexo (orientación sexual, identidad y expresión de género).

El Tribunal Constitucional (con 4 votos), yerra inconcebiblemente al emitir el fallo que le deniega el derecho a la persona de iniciales (P.E.M.M.), para cambiarse de sexo; hecho que ha quedado vergonzosamente develado, gracias a los argumentos que expuso el voto singular de los magistrados Eto Cruz y Mesía Ramírez, fundamentos que notoriamente son mucho más incisivos, técnicos, jurídicos, científicos y justos para la solución de la causa; y para ello a modo cuantitativo basta ver la cantidad de razonamiento vertido, y el cuantioso material investigado; además de contar también con un rigor cualitativo, por cuanto la motivación utilizada tiende primero a rebatir y repudiar los argumentos mayoritarios de sus colegas (contradicción ponderada-razonabilidad), para finalmente emitir un pronunciamiento muchísimo más pulcro, razonable, objetivo e imparcial que los de sus pares; de allí que para nosotros, dicho voto singular, sin duda alguna, puede ser tomado como precedente, el mismo que según la doctrina, adquiere fuerza de rigor no solo por la declaración formal (cuando la hay), sino (como en el presente caso) por la calidad de los fundamentos en voto singular expuestos; *máxime*, si su base proviene de la doctrina de organismos autorizados, tanto científicos como jurídicos, por tanto, es una de las muestras más valiosas de la jurisprudencia nacional, que tiñen de honor y justicia la reputación del Supremo Intérprete Constitucional Peruano (nos referimos solo al recalcado voto singular de los señores magistrados Eto Cruz y Mesía Ramírez, marzo 2014).

Concluyentemente, la igualdad y no discriminación, tanto como principios y como derechos, son el criterio más importante e intangible que justifica no solo la presente

⁸⁴ EXP N 00139 2013-PA/TC, fundamento 3, del voto singular (Eto Cruz y Mesía Ramírez), p. 50.

tesis, sino además cualquier tipo de política –entre otras- social o legislativa que tienda a eliminar situaciones de segregación sexista, racial, social, etc, del Perú; por tanto, pese al abundante material teórico que encierra un umbral de las ciencias como la sociología, psicología, antropología y derecho, toda la succulenta retórica que se pueda crear por estudio de aquellas, se terminan en la siguiente reflexión: **no existe motivo alguno para diferenciar a un porcentaje de las masas respecto de otras por motivo de orientación sexual, identidad o expresión de género, debido al sencillo hecho de tener la condición de seres humanos iguales que aquellas.**

2.3.3. LA JUSTICIA Y LA PAZ COMO VALORES JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL PERÚ.

2.3.3.1. LA JUSTICIA.

Si bien esta no es una tesis para averiguar “¿Qué es la justicia?”, será necesario hacer un análisis sintetizado pero de cierta forma detallado, acerca de cómo ha evolucionado el concepto de justicia a lo largo de los años; y finalmente, llegar a un consenso de que es lo que en el Perú se considera “justicia”, partiendo de que aún en nuestra era contemporánea el concepto de justicia no es unívoco o universal, sino que muy por el contrario, según las costumbres que categorizan ciertos sistemas jurídicos de otros países nos mostrarán como lo que nosotros consideramos “justo”, para aquellos puede ser injusto, o lo que nosotros consideramos “bueno”, ellos consideran “malo”, y lo mismo sucede con lo “correcto” y lo “incorrecto”; de allí que inclusive el sistema de gobierno más aceptado mundialmente (democrático), no logra tampoco definir tajantemente el sentido de justicia, sino que solo se aproxima de forma relativa; situación que nos hace estar de acuerdo con el filósofo ginebrino Jean Jacques Rousseau, cuando señalaba que: *"Si hubiera una nación de dioses, éstos se gobernarían democráticamente; pero un gobierno tan perfecto no es adecuado para los hombres"*.

Ahora bien, para los que creemos en Dios, bastaría darle una lectura a Deuteronomio capítulo 32, versículo 4, que reza: *“Él es la Roca, cuya obra es perfecta, porque todos sus caminos son justos; es un Dios de verdad y no hay maldad en él. Es justo y recto”*; de cuya cita bíblica, se colige fácilmente que Dios es la verdad, y asimismo **DIOS ES**

JUSTICIA, consecuentemente, si Dios es la Justicia, ello importaría que su palabra absoluta es la que marca el camino directo a una vida justa; palabra que hace alusión a mandamientos, pecados capitales que proscriben acciones humanas por tacharlas de anticristianas, etc. De tal modo que el debate acabaría aquí, lo justo es lo que Dios manda, y a lo que el hombre por mandato divino está obligado a obedecer. Conclusión con la que muchos católicos y otros religiosos están de acuerdo; *máxime* si siendo Dios equiparable a la Justicia, resulta una consecuencia lógica que el hombre no pueda entenderla hasta nuestros días, luego de haberla estudiado tanto; sencillamente porque todo lo metafísico y lo que no responde directamente al razonamiento está ligado con algo extrahumano, en puridad con algo DIVINO (en casos), y por tanto inteligible; acepción con la que concordamos casi completamente, salvo que inclusive en aquellas épocas existieron desigualdades y menoscabos a la dignidad humana, siendo Jesucristo quien vino a purgar tales defectos y a proponer un mundo en el que todos los hombres se amen, lo mismo que traería como consecuencia final, UN MUNDO JUSTO y digno para los hijos de Dios.

Lo anterior podría cerrar el debate para quienes confiesan una religión; sin embargo, como se ha dicho líneas arriba de nuestra tesis, el Estado está separado de la religión, de modo que, para proponer a la justicia como un valor jurídico supremo, es necesario que la deslindemos de su carácter-percepción divina, y nos centremos en su carácter axiológico (ciencia), ya que nosotros proponemos una ley que será aprobada por hombres, y por tanto el sustento debe emanar de aquellos.

Siendo ello así; haciendo una retrospectiva en el tiempo, muchos de los fundamentos que origina la justicia, los podemos encontrar en las palabras de Hans Kelsen, profesor y magistrado austriaco quien ha hecho múltiples estudios al respecto, pero el que nos sirve básicamente es el de un artículo publicado⁸⁵; en cuya investigación, el filósofo y jurista desarrolla criterios acerca de “la justicia”.

Para Hans Kelsen, un orden es justo cuando su obrar concuerda con el orden considerado “justo”. Asimismo, aspirar a la justicia, es aspirar a la felicidad de los seres humanos, y al no encontrarla como individuo aislado, el hombre busca la felicidad en lo

⁸⁵ HANS KELSEN, artículo intitulado: “¿Qué es la justicia?”, ubicable en el link: <https://kontencioso.files.wordpress.com/2015/09/kelsenjusticia.pdf>.

societario, la justicia configura la felicidad social, es la felicidad que el orden social garantiza. Por ello Platón identificaba a la justicia con la felicidad, señalando que sólo el justo es feliz, y desdichado el injusto. Ahora tomando el precepto de Platón, resulta ser claro que su definición no resuelve el problema, sino que traslada la respuesta, a la resolución de la pregunta acerca de que: “si la justicia es la felicidad, entonces ¿Qué es la felicidad?”. Para ello primero debemos saber que no ha existido, existe, ni podrá existir un orden justo, en otras palabras, un orden que garantice la felicidad de todos; más aún si la felicidad es subjetiva, y no tiene una definición más que en la percepción de cada individuo, y aunado el hecho de que resulta imposible que la felicidad de una persona roce la felicidad de otra; y para ello basta citar el clásico ejemplo de contraposición de felicidad, ligado con el “amor”: dos varones aman a una mujer, y que ambos, con o sin razón, creen que sin el amor de ella no serían felices, no obstante conforme a la ley y tal vez conforme a sus propios sentimientos, dicha mujer no puede pertenecer más que a uno de los dos; la felicidad de uno acarreará irremediamente la desdicha del otro; no existiendo un orden social capaz de dar solución a semejante problema; esto es, de hacer que ambos varones sean dichosos; ni siquiera el célebre juicio del rey salomón podría conseguirlo. Tal como se sabe, el rey resolvió que un niño cuya posesión disputaban dos mujeres fuera partido en dos con objeto de entregarlo a aquella que retirara la demanda a fin de salvar la vida de la criatura. Dicha mujer suponía al rey, probaría de esta suerte que su amor era verdadero, el juicio salomónico resultará justo únicamente en el caso de que solo una de las mujeres amen realmente a la criatura, si las dos la quisieran y ansiaran tenerla, lo cual es posible e incluso probable, y ambas retirasen las respectivas demandas, el conflicto permanecería irresoluto. Por último cuando la criatura debiera ser entregada a una de las partes, el juicio sería, por supuesto injusto pues causaría la desdicha de la parte contraria. Nuestra felicidad depende con demasiada frecuencia de la satisfacción de necesidades que ningún orden social puede atender (sic).

Siguiendo con las palabras del maestro Kelsen, antiguamente se creía en la presencia de la naturaleza como una entidad superior, empero que tenía la capacidad de ejercitar un comportamiento o conducta auto-determinativa. De allí que muchos filósofos naturalistas, llamaban injusta a la naturaleza por múltiples situaciones. Está otro clásico ejemplo que alude a que la naturaleza no es justa, debido a que algunos nacen sanos, otros enfermos, unos inteligentes y otros tontos; y no hay orden social alguno que pueda

reparar por completo las injusticias de la naturaleza (sic). Y en efecto ello es así, ya que regresando a nuestra edad contemporánea, actualmente no existe ningún sistema en el mundo que equipare completamente en iguales condiciones a quienes nacieron teniendo menos ventajas que el resto de personas. Aquí los ejemplos saltan a la luz, y sin hacer una búsqueda exhaustiva podemos citar el caso de las personas discapacitadas, para quienes el Estado ha dictado leyes de todo tipo, tendientes a promover el desarrollo de aquellas, y si al ámbito laboral nos referimos, podríamos apreciar que a aquellos se les otorga una ventaja respecto del resto de personas que concursan para optar por un puesto de trabajo; ya sea reservándose plazas especiales, o adicionando puntuaciones al postulante discapacitado; lo cual finalmente podría terminar en que aquella persona discapacitada cumpla su objetivo de ganar el puesto de trabajo; sin embargo, en la ejecución de la labor, se presentarán muchos otros problemas, por citar el caso de un ingeniero cuadripléjico, quien para desplazarse necesita tanto ayuda de máquinas como de personas. El Estado no podría solucionar todas las desventajas que hacen objetivamente menos capaz a la persona quien sufre de alguna discapacidad con relación a otra que se encuentra en pleno goce de sus facultades físicas y mentales, y que además cuenta con un coeficiente intelectual elevado, y muchas más destrezas y habilidades que le han proporcionado su privilegiado ser, por el simple hecho de haber nacido y crecido sano e inteligente.

Parafraseando nuevamente a Kelsen, el concepto de felicidad ha de soportar un cambio radical de significación para que la felicidad de la justicia pueda convertirse en categoría social. Las transformaciones que sufre la felicidad individual y subjetiva para convertirse en la satisfacción de necesidades socialmente aceptadas, son similares a las que debe soportar el concepto de libertad para llegar a ser un principio social. Asimismo, el concepto de libertad con frecuencia es identificado con la idea de justicia, de tal manera que un orden social será justo cuando garantice la libertad individual. Dado que la verdadera libertad —esto es, la ausencia de toda coacción, de todo tipo de gobierno— es incompatible con el orden social — cualquiera que éste fuera— la idea de libertad no puede ostentar meramente la significación negativa de ser libre de todo gobierno. El concepto de libertad ha de comprender la importancia que tiene una forma de gobierno determinada. La libertad incorporará el gobierno de la mayoría de ciudadanos que, en caso necesario, ha de estar contra la minoría. La libertad de la anarquía se metamorfosea de este modo en la autodeterminación de la democracia. De

igual modo, la idea de justicia se transforma, de un principio que garantiza la libertad individual de todos, en un orden social que salvaguarda determinados intereses, precisamente aquellos reconocidos como valiosos y dignos de protección por la mayoría de los súbditos (sic).

Empero, Kelsen dice: ¿qué intereses ostentan ese valor y cuál es la jerarquía de esos valores? El problema aparece cuando se plantean intereses en conflicto. Y solamente donde existen esos conflictos se manifiesta la justicia como problema. De no haber intereses en conflicto, no hay tampoco necesidad de justicia. El conflicto se genera cuando un interés se podrá ver satisfecho exclusivamente a costa de otro o, lo que es igual, cuando entran en contraposición dos valores y no es posible hacer efectivos ambos, cuando pueden ser realizados únicamente en tanto y cuanto el otro es pospuesto o cuando es inevitable tener que inclinarse por la realización de uno y no del otro, decidiendo qué valor es más importante, lo cual, por ende, establecerá el valor supremo. El problema de valores es, sobre todo, un problema de conflicto de valores. Problema que no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta al problema planteado es siempre un juicio que, en última instancia, está determinado por factores emocionales, ostentando, por consiguiente, un carácter altamente subjetivo. Esto significa que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio siendo, en ese sentido, relativo (sic).

Lo que se acaba de enunciar es pasible de ilustrarse con algunos ejemplos. La vida humana, la vida de cada quien, constituye el valor supremo para una determinada convicción moral. Consecuencia de semejante convencimiento es la abstención absoluta de dar muerte a un ser humano, aun en caso de guerra o en cumplimiento de la pena capital. Esta posición, como se sabe, es la de quienes se niegan a prestar servicio militar y la de quienes rechazan por principio la pena de muerte. En oposición a esta postura existe otra convicción moral, la que afirma que el valor supremo es el interés y el honor de la nación. Por lo tanto, cuantos sigan esta teoría están obligados a sacrificar su vida y a matar en caso de guerra a los enemigos de la nación, cuando los intereses de ésta así lo requieran. Por ende, pareciera justificable la condena a muerte de los grandes criminales. En esta conformidad, resulta imposible decidirse de manera científico-racional por cualquiera de estos juicios de valor fundados en concepciones contradictorias. En último extremo, nuestros sentimientos, nuestra voluntad, no nuestra

razón, es lo que decide el conflicto: lo emocional, no lo racional de nuestra conciencia es lo que tiene a su cargo la resolución del conflicto (sic).

Platón dice: "la vida más justa es la más feliz". No obstante, admite que en ciertos casos el justo puede ser desdichado y el injusto feliz. Sin embargo -añade el filósofo- es absolutamente preciso que los ciudadanos sometidos a la ley crean en la verdad de la frase que afirma que sólo el justo es feliz, aun cuando ésta no sea verdadera. De lo contrario, nadie querría obedecer a la ley. Por consiguiente el Estado, según Platón, tiene el derecho de difundir entre los ciudadanos, por todos los medios posibles, la doctrina de que el hombre justo es feliz y desdichado el injusto, aun cuando esto sea falso. En caso que esta afirmación no sea verdadera, es una mentira necesaria pues garantiza la obediencia a la ley. "¿Puede un legislador que sirva para algo encontrar una mentira más útil que ésta o alguna otra que pueda lograr en forma más efectiva que los ciudadanos, en libertad y sin coacción, se conduzcan rectamente?" "Si yo fuese legislador, obligaría a todos los escritores y a todos los ciudadanos a expresarse en este sentido, es decir, a afirmar que la vida más justa es la más feliz". Conforme a Platón, el gobierno está autorizado a utilizar aquellas mentiras que considere convenientes. De este modo, Platón ubica la justicia -esto es, lo que el gobierno por tal entiende, o sea, lo legal- por encima de la verdad. Sin embargo, no existe razón alguna que nos impida poner la verdad por encima de la legalidad y rechazar la propaganda del Estado por hallarse fundada en la mentira, aun en el caso que esta última sirva para la prosecución de un buen fin (sic).

La solución dada al problema de la jerarquía de los valores —vida-libertad, libertad-igualdad, libertad-seguridad, verdad-justicia, verdad-compasión, individuo-nación— será distinta si el problema se le plantea a un cristiano, para quien la salvación del alma, vale decir, el destino sobrenatural, es más importante que las cosas terrenas, o si se le presenta a un materialista que no cree que el alma sea inmortal. De igual manera, la solución no puede ser la misma cuando se acepta que la libertad es el valor supremo — punto focal del liberalismo— que cuando se supone que la seguridad económica es el fin último del orden social —punto focal del socialismo—. La respuesta, entonces, tendrá siempre el carácter de un juicio subjetivo, por lo tanto, relativo (sic).

Siguiendo con las importantes postulaciones de Hans Kelsen, este afirmó que Platón es el clásico representante del tipo metafísico. La justicia constituye el problema central de toda su filosofía. En procura de la solución de este problema desarrolla su célebre "teoría de las ideas". **Las ideas son entidades trascendentes que existen en otro mundo, en una esfera inteligible, sin acceso para los hombres, prisioneros de sus sentidos. Representan esencialmente valores, valores absolutos que deben ser realizados en el mundo de los sentidos aunque, en verdad, nunca pueden serlo completamente.** El concepto fundamental al cual está subordinado el resto y del cual obtiene su validez es la idea de bien absoluto: esta idea desempeña en la filosofía de Platón el mismo papel que la idea de Dios en la teología de cualquier religión. La idea de bien conlleva la idea de justicia, esa justicia a cuyo conocimiento tienden prácticamente todos los diálogos de Platón. La pregunta "¿qué es la justicia?" coincide con el interrogante "¿qué es bueno?" o "¿qué es lo bueno?" Platón efectúa en sus diálogos múltiples intentos para responder a esas preguntas en forma racional. Sin embargo, ninguno de esos intentos arriba a un resultado definitivo. Cuando pareciera que ha logrado definir algo, por boca de Sócrates, de inmediato Platón aclara que son necesarias todavía más investigaciones. Platón remite a menudo a un método específico de razonamiento abstracto, carente de toda representación sensible, la llamada dialéctica, que -como asegura el filósofo- capacita a quienes la dominan para comprender las ideas. De todas maneras, el mismo Platón no emplea este método en sus diálogos o, al menos, no nos transmite los resultados de dicha dialéctica. Incluso llega a decir palmariamente que la idea del bien absoluto está más allá de todo conocimiento racional, o sea, allende todo razonamiento. En una de sus cartas, la VII, donde explica los motivos profundos y los fines últimos de su filosofía, declara que no puede existir una definición del bien absoluto sino tan sólo una especie de visión del mismo, y que esta visión se realiza en forma de vivencia mística -vivencia que logran sólo quienes gozan de la divina gracia-. Por otra parte, resulta imposible describir con palabras el objeto de esta visión mística, es decir, el bien absoluto. Tal es la razón -y ésta configura la conclusión última de esta filosofía- que no pueda darse ninguna respuesta al problema de la justicia. La justicia es un secreto que Dios confía a muy pocos elegidos -si es que lo hace-, secreto que nunca deja de ser tal pues no puede transmitirse a los demás (sic).

Kelsen considera que es digno de nota cómo la filosofía de Platón se acerca en este punto a la prédica de Jesús, cuyo contenido sobresaliente es también la justicia. Tras

haber rechazado con energía la fórmula racionalista del Antiguo Testamento "ojo por ojo y diente por diente" -el principio de represalia- Jesús proclama la nueva y verdadera justicia, el principio de amor: el mal no debe devolverse con mal sino con bien, hay que rechazar al mal, no al delincuente, y amar al enemigo. Esta justicia está más allá de toda realidad social de un orden posible: el amor que informa a esta justicia no es el sentimiento humano que llamamos amor. No sólo porque amar al enemigo va contra la naturaleza humana sino también porque Jesús rechazaba con toda energía el amor humano que une al varón con la mujer, a los padres con los hijos. El que desee seguir a Jesús y alcanzar el reino de Dios debe abandonar su casa y sus propiedades, padres, hermanos, mujer e hijos. El que no aborrezca a su padre, a su madre, sus hijos, sus hermanos, sus hermanas y aun a su propia vida, no puede ser discípulo de Jesús. El amor que predica Jesús no es el amor de los hombres. Es el amor que hará que los hombres sean tan perfectos como su Padre en el Cielo, el que hace salir el Sol sobre malos y buenos y deja que la lluvia caiga por igual sobre justos e injustos. Es el amor de Dios. Lo más extraño de este amor es que debe aceptarse como compatible con la tremenda y eterna pena que les será impuesta a los pecadores en el Juicio Final y, por lo tanto, con el pavor más grande que sea capaz de sentir el hombre: el temor de Dios. Jesús no abordó el aclarar esta contradicción: tampoco es posible hacerlo. Se trata de una contradicción sólo para la limitada razón humana, no para la razón absoluta de Dios que el hombre no puede comprender. Por eso Pablo, el primer teólogo de la religión cristiana, enseñó que la sabiduría de este mundo es necedad para Dios, que la filosofía, esto es, el conocimiento lógico-racional no es la vía que conduce a la justicia divina encerrada en la oculta sabiduría de Dios, que la justicia es confiada por Dios a los fieles y que la fe es actuada por el amor. Pablo se mantiene fiel a la nueva doctrina de Jesús sobre la nueva justicia, el amor de Dios. Sin embargo, admite que el amor que Jesús enseña supera el conocimiento racional: es un misterio, uno de los muchos misterios de la fe (sic).

Por su con relación a la ética de Aristóteles, Kelsen señaló que La "Ética" de Aristóteles agrega un nuevo y significativo ejemplo al estéril esfuerzo por definir la idea de justicia absoluta merced a un método racional, científico, o cuasi científico. La de Aristóteles es una ética de la virtud, es decir, apunta hacia un sistema de virtudes entre las cuales la justicia es la virtud más alta, la virtud perfecta. El filósofo griego asegura haber encontrado un método científico, esto es, geométrico-matemático, para determinar las

virtudes o, lo que es igual, para responder al interrogante "¿qué es lo bueno?". La filosofía moral, asegura Aristóteles, tiene por fin la virtud, cuya esencia procura determinar de la misma manera -o, al menos, de una forma muy similar- a la que permite al geómetra apartado a equidistancia de los puntos finales de una recta, encontrar el punto que divide la misma en dos partes iguales. Del mismo modo, la virtud es el punto medio entre dos extremos, es decir, entre dos vicios: el vicio de exceso y el vicio de defecto. Así, por ejemplo, la virtud del valor constituye el punto medio entre el vicio de la cobardía, "falta de coraje", y el vicio de la temeridad, "exceso de coraje". Ésta es la conocida doctrina del término medio. Para poder juzgar esta doctrina, conviene no olvidar que un geómetra sólo puede dividir una línea en dos partes iguales siempre que los puntos finales estén dados. En el caso que nos ocupa, el punto medio ya está también dado con aquellos, es decir, está dado de antemano. Si sabemos qué es el vicio, podremos saber consiguientemente qué es la virtud, pues la virtud es lo contrario del vicio. En caso que la mentira sea un vicio, la verdad será una virtud. Empero, Aristóteles da por evidente la existencia del vicio y por vicio entiende lo calificado de ese modo por la moral tradicional de su época. Esto significa que la ética de la doctrina del medio soluciona sólo en apariencia su problema, vale decir, el problema de saber ¿qué es lo malo?, ¿qué es un vicio? y, por ende, ¿qué es lo bueno? ¿qué es una virtud? Así, pues, la pregunta ¿qué es lo bueno? recibe la respuesta de otra pregunta ¿qué es lo malo? : La ética aristotélica traspasa de este modo la respuesta a ese interrogante a la moral positiva y al orden social existente (sic).

La autoridad de ese orden social -y no la fórmula del medio- será quien determine qué es lo "demasiado" y qué lo "poco". Asimismo, decidirá cuáles son los dos extremos, esto es, los dos vicios y, por ende, la virtud situada entre ambos. Esta moral, al dar por tácita la validez del orden social existente, se justifica a sí misma. Ésta es en realidad la función de la fórmula tautológica del medio que finaliza diciendo que lo bueno es aquello que es bueno para el orden social existente. La función de esta moral es fundamentalmente conservadora: mantiene el orden social existente (sic).

El carácter tautológico de la fórmula del medio surge con claridad en la aplicación de la misma a la virtud de la justicia. Aristóteles enseña que la conducta justa es el término medio entre hacer el mal y sufrirlo. Lo primero es "demasiado", lo último "poco". En este caso, la fórmula que dice que la virtud es el punto medio entre dos vicios, no es una

metáfora apropiada, ya que la injusticia que se efectúa y la que se sufre no son dos vicios o males sino que la injusticia es una sola: la que efectúa éste y padece aquél. La justicia es, sencillamente, lo contrario de esta injusticia. La fórmula del medio no da respuesta al interrogante fundamental: ¿qué es la injusticia? La respuesta está tácita y Aristóteles supone evidente que injusticia es aquello injusto para el orden moral positivo y el derecho positivo. Lo aportado por la doctrina del medio no es la definición de la ciencia de la justicia sino el fortalecimiento del orden social existente establecido por la moral positiva y el derecho positivo. Es éste un aporte eminentemente político que protege a la ética aristotélica contra todo análisis crítico que apunte a su falta de valor científico (justicia).

Agrega Kelsen que el tipo metafísico de filosofía jurídica así como el racionalista, están representados por la escuela del derecho natural que predominó durante los siglos XVII y XVIII y fue abandonada casi por completo en el XIX, para volver a cobrar influencia en nuestros días. La teoría del derecho natural afirma que existe una regulación completamente justa de las relaciones humanas surgida de la Naturaleza: de la Naturaleza en general y de la naturaleza del hombre en tanto ser dotado de razón. La Naturaleza aparece presentada como autoridad normativa, como una especie de legislador. Un análisis atento de la Naturaleza nos llevará a encontrar en ella normas inmanentes que prescriban la conducta recta -esto es, justa- del hombre. En el supuesto de que la Naturaleza sea creación divina, sus normas inmanentes -el derecho natural- serán expresiones de la voluntad divina. En este caso, la teoría del derecho natural adquiere un carácter metafísico. Cuando el derecho natural se hace derivar de la naturaleza del hombre en cuanto ser dotado de razón -sin remitirse a un origen divino de la razón- cuando se acepta que el principio de justicia se halla en la razón humana -no necesitándose apelar a la voluntad divina- estamos entonces ante la teoría del derecho natural con ropajes racionalistas. Desde el punto de vista de una ciencia racional del derecho, la postura metafísico-religiosa de la teoría del derecho natural no puede ser tomada en cuenta.

Por otra parte, la posición racionalista resulta evidentemente insostenible. La Naturaleza, en tanto sistema de hechos vinculados entre sí por el principio de causalidad, no tiene voluntad propia y, por lo tanto, no puede determinar conducta humana alguna. De un hecho, es decir, de lo que es o sucede realmente, no puede

deducirse lo que debe ser o acontecer. La teoría racionalista del derecho natural se basa en un sofisma cuando intenta extraer de la Naturaleza normas para la conducta humana. Lo propio puede decirse del propósito de deducir tales normas de la razón humana. Las normas que prescriben la conducta humana pueden originarse únicamente en la voluntad y esta voluntad será exclusivamente humana si se deja de lado la especulación metafísica. La afirmación de que el hombre debe conducirse de una determinada manera —cuando quizá no se conduce realmente de ese modo— será formulada por la razón humana únicamente en el supuesto de que por un acto de voluntad humana se haya establecido una norma que prescriba dicho comportamiento. La razón humana puede comprender y describir, mas no ordenar. Pretender hallar en la razón normas de conducta para los hombres es una ilusión similar a la de querer extraer tales normas de la Naturaleza (sic).

Dado que la democracia es por naturaleza profunda libertad y libertad significa tolerancia, no existe forma alguna de gobierno más favorecedora de la ciencia que la democracia, la ciencia sólo puede desarrollarse cuando es libre. Ser libre quiere decir no sólo no estar sometido a influencias externas, esto es, políticas, sino ser libre interiormente: que impere una total libertad en su juego de argumentos y objeciones. No existe doctrina que pueda ser eliminada en nombre de la ciencia, pues el alma de la ciencia es la tolerancia (sic).

Hans Kelsen concluye su artículo diciendo: Comencé este estudio con el interrogante: "¿qué es la justicia?" Ahora, al llegar a su fin, me doy perfectamente cuenta que no lo he respondido. Mi disculpa es que en este caso me hallo en buena compañía. Sería más que presunción de mi parte hacerles creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que no lograron los pensadores más grandes. En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.

En este primer análisis hemos podido apreciar que con toda esa retórica plasmada por Hans Kelsen, el concepto de justicia absoluta se hace más oscuro aún para nuestro entendimiento (mientras más nos informamos, menos sabemos); no obstante, es innegable que la pasión del jurista austriaco nos ha dejado múltiples razonamientos suyos y de otros ilustres espíritus que nos aproximan a comprender a la justicia desde una perspectiva relativa, acogida y desarrollada por la ciencia, que es lo que nos interesa para dar una respuesta a nuestra investigación en este extremo; por lo que pasaremos a seguir con el estudio en referencia “¿Qué es la justicia?”.

Sabemos que en “La República” de Platón, en el libro primero, existe un debate acerca de “¿qué es la justicia?”, en cuya dialéctica, Aristóteles, discípulo de Platón señaló que la justicia es “darle a cada quien lo suyo”; pero ante ello surge una interrogante pues, ¿Quién decide que es lo de cada quién?, o ¿Quién se merece lo que posee?, ¿Quién puede justificadamente argumentar que merece algo?.

Para responder a ello, Calimo Gallo señaló que surgen dos enfoques: el primero es el **Enfoque interaccional** que se centra en prestar atención a las acciones de las personas para valorarlas como correctas e incorrectas, o en otras palabras como justas o injustas. Y Por otro lado existe el **Enfoque institucional**, el cual nos dice cómo es que deben organizarse las instituciones políticas y sociales de forma general, para que las personas puedan reconocerlas como justas e injustas; en base a los efectos que causan dichas instituciones a nuestro mundo social.

Con sustento en el enfoque institucional, nace la primera aproximación de filosofía de justicia, llamada UTILITARISMO, cuyo máximo representante es Jeremy Bentham. Por Utilitarismo, entendemos que para comprender la justicia debemos entender primero el principio de utilidad, el mismo que propone maximizar el nivel de bienestar y satisfacción (en el sentido de felicidad) del mayor número de personas que integran una sociedad de la sociedad. Pero ante ello, surge la pregunta ¿Qué es el bienestar?, o ¿Qué es la felicidad?. Ante ello Bentham señaló que la felicidad o bienestar es la sensación de placer como principal bien del hombre, y como tal, constituye un fin en sí mismo y todos los demás bienes resultan ser medios para este fin (jugar con alfileres es tan bueno como la poesía, si proporciona la misma intensidad en la sensación de placer) – “Hedonismo del Bienestar”. Entonces, podemos decir que lo justo será lo que para la

mayoría de ciudadanos sea lo más placentero, lo más satisfactorio y por tanto los haga felices.

Existe otra aproximación respecto a la corriente Utilitarista, y es la satisfacción de preferencias; es decir que el bienestar del hombre va más allá de la simple sensación de placer, y que será justo el sistema político que logre satisfacer las preferencias del mayor número de individuos. Y finalmente, como última aproximación Utilitarista tendríamos, la “satisfacción de preferencias informadas”, que señala que para evitar el problema de preferencias erradas, esta versión del utilitarismo introduce la idea de la elección racional. En ese sentido, el principio de utilidad debe satisfacer las preferencias de las personas basadas en una información completa y en juicios correctos. La capacidad de elegir de las personas debe estar basada en una suficiente información para evitar decisiones erradas. Sin duda alguna, una evolución marcada para sostener la idea de una justicia basada en la utilidad. Como un ejemplo que nos plantea el profesor y filósofo Camilo Galle, para entender la diferencia entre la segunda aproximación utilitarista y la tercera; está el hecho de que existe un número de personas que prefieren el pollo y otro matemáticamente mayor que prefieren la pizza; si la pizza que pretenden comer está en mal estado, esto debe ponérseles en conocimiento de las personas que prefieren la pizza (preferencia informada); así estos individuos podrán optar por una decisión razonada por encima de sus preferencias, que aunque finalmente concluyan en una equivocación; se cumplió con el rol del sistema social o político para evitar que dicha situación haya generado asombro en el consumidor.

Posterior al Utilitarismo, tenemos al llamado Liberalismo Igualitario, cuya corriente tiene como máximo representante al filósofo John Rawls, y que por cierto surge como contraposición a la corriente utilitarista. Rawls señala que: *“Todos los valores sociales –libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, así como las bases sociales del respeto a sí mismo, habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores redunden en una ventaja para todos. La injusticia consistirá entonces en las desigualdades que no benefician a todos”* (J.R. *Teoría de la justicia*).

Como podemos ver, Rawls intenta definir la justicia dándole un concepto a la injusticia, es decir, lo contrario a lo justo; y para ello cierra su tesis en que **la injusticia son todas**

aquellas desigualdades que no benefician a todos. Concepto que consideramos abstracto y general de la justicia, por cuanto finalmente tampoco resuelve el problema concreto de “¿Qué es la justicia?”, empero se acerca mucho más al sistema democrático que para muchos ha zanjado el asunto de manera relativa. La democracia como forma de gobierno también cuida y protege los intereses de la minoría, y decimos esto como una aproximación a las conclusiones que pretendemos arribar, teniendo en cuenta que las personas LGTBI, son la minoría respecto a la gran masa de heterosexuales que se identifican con su sexo biológico (correspondencia con el género).

Ahora bien, lo emblemático del liberalismo igualitario nace justamente, aquí. Rawls, considera que la justicia es un producto de un acuerdo o consenso público entre las personas. No depende de preferencias individuales, o de visiones privadas acerca del placer, bienestar o la felicidad como creían los utilitaristas. Dicho consenso público, pretende ser neutral frente a las elecciones individuales, y se realiza sobre los magnos principios; el de libertad y el de igualdad. Lo importante es que la idea de la justicia pueda ser aceptada y cumplida por todos, sin importar las diferentes formas de pensamientos que ejercen los individuos, o las religiones que confiesan otros; se pretende justamente por ello, llegar al recalcado “CONSENSO”, “PACTO”, o “ACUERDO” PÚBLICO. No se puede hacer política basados en nuestras preferencias privadas.

Sobre el PRINCIPIO DE LIBERTAD, Rawls sostenía que *“Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema de libertades para todos”*⁸⁶. Sobre este principio, todos vamos a estar de acuerdo a que todas las personas tienen derecho a las libertades básicas iguales (libertad de religión, libertad de expresión, libertad de sexo, etc).

Sobre el PRINCIPIO DE IGUALDAD, Rawls señala que: *“Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertas a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor*

⁸⁶ RAWLS, John. *Justicia como Equidad: Una reformulación*: p. 73. (1971)

beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (principio de diferencia)”. Las libertades no se pueden quedar en su simple formulación; sino que deben ser reales, en otras palabras, no se le puede decir a una persona que tiene libertad de asociarse o reunirse pacíficamente, cuando dicha persona vive en un pueblo aislado, carente de grupos sociales, y más precisamente en una vivienda a horas del trato de las gentes; imaginémosnos para ello, las casas situadas en la serranía de nuestro Perú.

La igualdad equitativa implica que todas las personas tengan las mismas posibilidades de perseguir y realizar sus objetivos en la vida, de acceder a cargos públicos, o participar en la política del orden social; dichas posibilidades deben ser –además de formales- materiales; es decir que se puedan hacer efectivas en el plano real. Por el PRINCIPIO DE DIFERENCIA, Rawls entendía que el mercado debe ser regulado; ya que una sociedad en la que hay altos niveles de desigualdad, no puede ser justa, y por lo tanto no es una sociedad en la cual la democracia pueda hacerse efectiva; de allí que entendemos que la democracia es sinónimo de “lo justo” para la filosofía del liberalismo igualitario. Aquí saltan los ejemplos de una educación gratuita, o de una atención de salud gratuita, ya que un porcentaje de las masas no cuenta con los recursos para solventar dichos gastos más elementales; lo cual se es graduado con la imposición de impuestos a las personas más adineradas, cuyas recaudaciones se utilizarán para solventar la educación o tratamiento sanitario a los individuos que se encuentren en condiciones económicas subexistentiales o precarias quienes no pueden desarrollar sus libertades básicas.

Por tanto, más allá de las demás concepciones o ramificaciones que guarda el liberalismo igualitario; para los más fervientes defensores de esta corriente, la justicia se define en dos principios neutrales (libertad e igualdad) que no deben corresponder a ninguna concepción privada de lo que es bueno; y por tanto la justicia será efectiva y material, cuando se apliquen dichos principios para una política de orden social.

Posterior a “La teoría de la justicia” de Rawls publicada en 1971, nace una respuesta crítica al liberalismo igualitario en el año 1974, la cual fue propugnada por Robert Nozick (también norteamericano), quien llamó a su corriente (Libertarianismo), cuya doctrina señala: *“Los individuos tienen derechos, y hay cosas que ninguna persona o grupo puede hacer contra ellos (sin violar sus derechos). Tan fuertes y extensos son*

estos derechos que originan la pregunta por los deberes del Estado y sus oficiales”⁸⁷. Es decir, lo justo es que el Estado no debe intervenir en la vida privada de los individuos; los derechos individuales son derechos absolutos que nunca van a poder ser limitados. Por ello Nozick consideró injusto imponerle impuestos a los más ricos para garantizar un sistema de seguridad social universal, esto se debe a que la propiedad privada es un derecho inviolable. De aquí resulta clara la similitud entre la teoría de Nozick y la de Rawls; esto es, apuntar a una definición de la justicia en base a un enfoque institucional; en otras palabras, resolver como deben establecerse las instituciones políticas y sociales.

Finalmente Nozick respecto al Estado dijo: *“Nuestras conclusiones principales sobre el Estado, son que un Estado mínimo, limitado a las estrictas funciones de la protección contra la fuerza, el hurto, el fraude y a proteger la obligatoriedad de los contratos, etc., está justificado; esto implica que cualquier otra función del Estado violaría los derechos de los individuos a no ser forzados a hacer ciertas cosas, y, por lo tanto sería injusto. Un Estado mínimo, por el contrario, es inspirador y justo”*. y por ello afirmó que: *“Dos implicaciones son importantes: El Estado no puede utilizar su aparato coercitivo para el propósito de obligar a ciertos ciudadanos a que ayuden a otros. Tampoco puede hacer uso de este aparato para prohibir actividades que las personas desarrollan para su propio bien”*. En otras palabras, Nozick rechaza absolutamente intervención del Estado en las esferas privadas de los individuos (esfera de acción individual), solo así se podría (para Nozick) detentar un “Estado justo”.

En conclusión, la diferencia básica entre el Liberalismo Igualitario de Rawls y el Libertarianismo de Nozick, yace en que el primero propone la intervención del Estado a efectos de dividir las riquezas (imponiendo impuestos por ejemplo) para que estas no permanezcan en solo unos grupos de gentes, cuya idea tiene sustento en dos principios fundamentales: el de igualdad (que encierra a su vez el principio de diferencia) y el de libertad; en tanto que el segundo (Libertarianismo), considera que el Estado no puede inmiscuirse en las esferas de acción individual de las personas; es decir, el Estado no puede (en el mismo ejemplo anterior) imponer impuestos a los más ricos para satisfacer las necesidades básicas de los más pobres, como educación o seguridad social; ya que

⁸⁷ NOZICK, Robert. *Anarquía Estado y Utopía*.

ello resultaría arbitrario al limitar el derecho de propiedad, el mismo que es inviolable; y por tanto resultaría injusto. En consecuencia, Nozick propone un Estado mínimo, con intervención mínima, que solo regule de forma protectora, más no interventora, o como nosotros decimos “paternal”.

Punto a parte de las posturas anteriores, es necesario también abarcar la corriente Marxista, cuyo máximo representante es Karl Marx, quien vivió en el siglo XIX y es de origen judío-alemán. Karl Marx, discute con las posiciones liberales, llamándolas “formalismo de los derechos individuales”; es decir, las posiciones liberales no tienen en cuenta las condiciones reales de las personas. Ósea, todos los seres humanos tienen los mismos derechos (libertad de expresión, libertad de religión, libertad de voto, etc); no obstante Marx consideró ello como una extrapolación; es decir ¿para qué le serviría a un niño muriéndose de hambre, el derecho a la libertad de expresión?; por tanto se termina justificando la explotación capitalista, al haber obtenido la “revolución burguesa” una simple abstracción. Una sociedad basada en la lucha de clases no puede considerarse justa; hay que ir más allá de la justicia, dice Marx.

Marx sostenía: *“En una fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la sumisión esclavizadora de los individuos a la división del trabajo, y con ella, por tanto, el antagonismo entre trabajo intelectual y el trabajo manual; cuando el trabajo se convierta no solamente en medio de vida, sino en la primera condición de la existencia; cuando al desarrollarse en todos sus aspectos los individuos, se desarrollen también las fuerzas productivas y fluyan con todo su caudal los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués y la sociedad podrá escribir en bandera: ¡DE CADA UNO SEGÚN SU CAPACIDAD, A CADA UNO SEGÚN SU NECESIDAD!”*⁸⁸; esto era afirmado por el filósofo, toda vez que en su época se cometían múltiples injusticias que emanaban de las clases sociales altas (capitalismo) en perjuicio de las más bajas; cuya materialización se daba cuando se “cosificaba” a las personas (trabajador); es decir, se les daba el carácter de “COSA”. Si el trabajador enfermaba o quedaba incapacitado, simplemente se le cambiaba por otro, tal y como sucede con las piezas que conforman el engranaje de una máquina; esto era irreversiblemente ofensivo

⁸⁸ Marx, Karl. *Crítica al programa de Gotha* (1875).

para Marx, atentaba en contra de la dignidad humana, y gracias al levantamiento del movimiento Marxista, aquello acabó; y como consecuencia, actualmente los trabajadores gozan de muchos derechos sociales y/o laborales.

Sin embargo, Karl Marx tenía una visión más ostentosa respecto a las clases sociales; y apuntaba a la desaparición de los burgueses y del proletariado; en otras palabras, para Marx una sociedad justa será a aquella en la que no existan clases sociales; ya que el trabajo no debe verse desde un punto de vista de solo producción, sino como una condición social que dignifica al hombre; el hombre debe sentirse digno de realizar la labor que realiza, debe identificarse con su obra; y no sentirse (como ha sucedido y sigue sucediendo en ciertos casos) como una pieza más, sin mayor importancia que lo que produce. De la doctrina de Marx también se desprende que no se le puede exigir a todos por igual, sino que debe atenderse a las capacidades de cada quien y lo que pueden dar sin verse desproporcionadamente perjudicados respecto a otros que ostentan mayores capacidades, a esto se le llama Principio de Reciprocidad; el mismo que también comprende al hecho de dársele más a quien necesita más (no todos necesitamos lo mismo, o mejor dicho, no todos tenemos iguales necesidades). Todo ello se cierra en la ya escrita frase marxista: “De cada uno según su capacidad, a cada uno según su necesidad”.

Por otro lado, superada la filosofía de Marx, vamos ahora a estudiar a la justicia desde un ENFOQUE DE RECONOCIMIENTO. Desde este enfoque, la justicia debe entenderse como la garantía de ciertas exigencias y luchas por parte de los grupos que conforman la comunidad política, y según Nancy Fraser⁸⁹, pueden identificarse tres contextos de reconocimiento:

- a) **Reconocimiento Político.** Hace referencia a la variedad participativa; cada miembro de la comunidad política debe tener el mismo derecho a participar en la toma de decisiones políticas y el mismo derecho a participar en las deliberaciones públicas; a esto se le llama Justicia Política. Todas las personas sin distinción alguna tienen los derechos mencionados, no interesando sus condiciones sociales, religiosas, sexuales, etc.

⁸⁹ FRASER, Nancy. *Escalas de justicia*. 2008

- b) Reconocimiento económico.** Responde a las exigencias sociales de una distribución equitativa de los recursos, bienes y servicios que son producidos mediante la cooperación social. Esta distribución debe tener en cuenta las condiciones materiales necesarias para la realización de los objetivos e ideas del bien que tienen las personas. Esto puede entenderse como Justicia económica.
- c) Reconocimiento cultural.** Son las luchas o exigencias que hacen comunidades sociales generalmente minoritarias para que sean vistos como iguales en derechos y al mismo tiempo diferentes; a esto último se debe entender como principio de diferencia, que lo demarca una exigencia por obtener iguales derechos que los demás, sin embargo, que no se ignore o pase por alto la diferencia que ostenta el grupo minoritario, principalmente para legitimar dicha diferencia dentro de un Estado, y por tanto obtenga la protección que obtienen los otros grupos sociales. Aquí perfectamente calzan las personas LGTBI, si tenemos en cuenta que sus características –como ya se ha dicho- provienen de factores genéticos, y las instituciones a las que ostentan ser incluidos (como el matrimonio civil) tienen carácter cultural.

Finalmente Fraser recalca que para entender la justicia, debe contarse con los tres elementos mencionados *supra* de manera interdependiente y no tomándolos o haciéndolos valer de forma aislada. Una sociedad justa, es una sociedad en la cual se reconocen políticamente a todos los grupos, y hay garantías efectivas de la participación política; y una sociedad justa será la sociedad en la cual exista un reconocimiento de las desigualdades económicas y por lo tanto un esfuerzo institucional para solucionar esas brechas de desigualdad; que posibilita por supuesto, incluir, en los procesos comunitarios de la sociedad política a sectores importantes de la sociedad que están siendo incluidos.

Hasta aquí podemos decir que tanto el Utilitarismo, el Liberalismo Igualitario y el Libertarianismo, como políticas de justicia que responden a un enfoque institucional, así como el enfoque de reconocimiento de Nancy Fraser, nos sirven y todos están basados en (dos) cosas: “El bien común”, y “la paz” como consecuencia primordial de una sociedad justa. Del utilitarismo de Bentham que conceptúa a la justicia como la felicidad máxima para el mayor número de ciudadanos, extrajimos que la felicidad en un sentido individual o subjetivo, atañe a cada persona, a lo más profundo de su ser, y

se encuentra íntimamente ligado a la idea del hombre y según lo que este concibe como bueno o malo; lo mismo que permanece inaccesible para los demás hombres, al encontrarse (las ideas) aisladas en una esfera inteligible existente en otro mundo, como decía Platón; y por tanto sería imposible hacer felices a todos, ya que al hacer felices a algunos, inevitablemente se estará haciendo desdichados a otros. Las personas LGTBI con la inclusión que pretenden, no tienen como objeto el hacer infelices a los otros grupos sociales (heterosexuales), sino únicamente quieren detentar los mismos derechos de acceso a las diversas instituciones que ofrece el Estado para la protección de los ciudadanos. Si ello acarrea la desdicha de algunos grupos, su fuente errada no será otra que una falsa moral, escondida en las faldas de las religiones, y en viejos argumentos que ya harta discutir y dismantelar; en consecuencia, bajo la percepción utilitarista, solo se podría decir “no a un matrimonio igualitario” cuando ello irrumpa grosera e irreparablemente en lo que los demás consideran preferentemente como “felicidad”; y siendo que la discriminación jamás podría ser utilizada como lo que la mayoría prefiere para ser feliz; la regulación de un matrimonio para todos, sería perfectamente válida en su sistema utilitarista; ya que lo único que se vería mermada sería una pseudo-moral que no importa para las políticas de una sociedad que está obligada a otorgar la felicidad al mayor número de personas.

Con relación al Liberalismo Igualitario y al Libertarianismo, podemos apreciar que la crítica de Nozick hacía la teoría de Rawls solo tiene sentido si la llevamos a una dimensión económica; por tanto el Liberalismo Igualitario sirve perfectamente (con sustento en los principios de libertad e igualdad) para fundamentar la regulación del Matrimonio Igualitario, toda vez que los principios en referencia apuntan a algo más allá que los simples conflictos económicos, y por el contrario atañen fundamentalmente a la dignidad del hombre, que se encuentra arraigada al derecho a que éste sea tratado por parte de las instituciones políticas, igual que el resto de personas; en consecuencia, se le proporcione el acceso y las mismas oportunidades para optar y disfrutar de las instituciones jurídicas que el Estado brinda. Asimismo bajo la perspectiva de Nozick, el Estado está obligado a PROTEGER a las personas, así la intervención de aquel sea la de un “Estado Mínimo”; ya que si bien para el filósofo no cabe la idea de un Estado interventor (que se ande inmiscuyendo en las relaciones entre privados), este tiene que proporcionar la máxima protección a los ciudadanos para el libre desarrollo de su plan de vida; estos mismos deben ser quienes organicen su existencia. La protección debe ser

la misma para ricos respecto de los pobres, para religiosos respecto de los escépticos, para hombres respecto de las mujeres, para heterosexuales identificados con su sexo biológico que para los LGTBI(s), etc.

Por último, visto desde el enfoque de Nancy Fraser, tampoco existiría razón alguna para no otorgar el reconocimiento a los grupos sociales que integran los LGTBI; tanto político, económico, como cultural. El aspecto económico no resulta trascendental para nuestra investigación, debido a que el derecho a desarrollarse económicamente por parte de las personas LGTBI no es parte de nuestro estudio en sí; más aún si vemos a tantas personas LGTBI con una buena capacidad de desenvolvimiento en ese ámbito; muy exitosos por cierto (esto lo digo como una afirmación subjetiva). Lo que sí nos interesa es que se les otorgue esa riqueza no material; es decir, espiritual, psíquica y axiológica. En otras palabras, que se les proporcione una pieza para jugar en el ajedrez estatal, a fin de que puedan proteger los derechos de quienes comparten sus preferencias sexuales (orientación, identidad y expresión); y finalmente que se les reconozca culturalmente, legitimando la diferencia que emanan ellos con relación a personas heterosexuales que se identifican con su sexo biológico; y es solo con ese reconocimiento cultural que podremos verlos diferentes a nosotros; sin embargo, dicha diferencia también contendrá el reconocimiento y respeto que sentiremos por la forma en la que aquellos manifiestan su orientación o identidad sexual.

Con los criterios arribados, resulta evidente que bajo cualquiera de las concepciones de justicia que se han analizado, que por cierto tienen sus propios matices; es válido no solo el reconocimiento de las personas LGTBI, sino que como consecuencia de ello, se les brinde la máxima protección; si por esto entendemos al tipo de protección que se les brinda a las personas heterosexuales que se identifican con su sexo biológico; y por ende se les permita a aquellos acceder a instituciones jurídicas como el matrimonio, y todo lo que este contiene. “La felicidad” de las personas quienes mantienen ese estado actualmente gracias a que se les discrimina a los LGTBI, sería repudiada como criterio utilitarista por quienes defienden esta corriente; toda vez que se estaría haciendo infelices a un grupo de personas, por ideas vulgares de otros grupos sociales, que ya harta dismantelar. La ignorancia es una característica que identifica a quienes con seudos argumentos se oponen al reconocimiento y protección absoluta de personas

LGTBI. Ya nos gustará ver el futuro de sus descendientes con el rostro de vergüenza cada vez que se les recuerden las “ideas” erradas de sus antepasados.

2.3.3.2. LA PAZ.-

Nosotros consideramos que gran parte de la filosofía que se vierte para estudiar el concepto de la paz social, es la que ha servido (como se vio anteriormente) para crear un Estado que brinde felicidad a todas las personas quienes lo integran; un Estado que otorgue a los ciudadanos, derechos basados en la libertad y la igualdad, y a un Estado que reconozca a sus miembros tanto política, económica y culturalmente sin distinción infundada que tienda a exiliarlos del sistema. En otras palabras la paz será la consecuencia de las políticas que se dicten para promover el desarrollo libre y universal de todas las personas, brindando las máximas garantías para la salvaguarda de sus derechos fundamentales, viabilizando la existencia en armonía.

La Persona Humana lo que pretende de manera natural es asegurar y garantizar su propia persona, su felicidad y eliminar la inseguridad, busca apartar toda clase de hechos o actos que amenacen la vida social. La Paz Social trata de superar probables condiciones de inseguridad promoviendo condiciones de seguridad. El Derecho es el arma que tiende a regular una sociedad protectora y garantizadora del desarrollo de la Paz Social.

Hans Kelsen nos dice que *"La Paz es una situación que se caracteriza por la ausencia de la Fuerza. Dentro de una Sociedad organizada, sin embargo, la ausencia absoluta de Fuerza la idea del anarquismo no es posible. El empleo de la Fuerza en las relaciones entre los individuos se evita reservándolo para la Comunidad"*⁹⁰. La Sociedad en Paz estimula la confianza y desarrollo en una Nación, promoviendo el desarrollo progresivo que persigue todo pueblo respetando sus deberes y derechos para llegar a ser un Estado sostenible que superó sus adversidades por medio de la Paz y no de la Fuerza. La no utilización de la fuerza constituye un fin relativo, ya que esto será imposible en el caso de los ciudadanos renuentes a respetar el orden, para quienes en definitiva les corresponderá una sanción. Voltar la vista e imaginar una sociedad sin

⁹⁰ KELSEN, Hans (2003), *La Paz por medio del Derecho* (Traducido por Luis Echavarría), editorial Trota Buenos Aires, primera edición, pag. 39.

conflictos es como pretender un océano sin olas, cuyas aguas se mantengan en absoluta calma, que ni siquiera el viento altere.

Los sociólogos políticos entienden que la existencia de un Estado es necesaria para pretender en mayor medida y en mayor tiempo la efectividad de una paz entre los hombres; sin embargo, es parte del orden natural, la existencia antagónica del mal, o la ausencia del bien (en sentido negativo); lo importante es que no existiría una persona buena si antes no comprende cuales son los actos que no debe realizar y porqué. Filósofos como Jacques Rousseau o Thomas Hobbes difieren acerca de la naturaleza del hombre; el primero afirma que es naturalmente bueno, en tanto que el segundo está convencido que es inevitablemente malo desde su nacimiento; siendo la educación la que lo domestica, civiliza y forja.

Nosotros consideramos que de cualquier modo el hombre necesita siempre que le digan que es lo que tiene que hacer; y necesita reglas que regulen su comportamiento. Consideramos desde nuestra postura ecléctica; que el hombre por genética puede nacer tal cual quimera infestada de depravaciones, degeneraciones y ambiciones en el sentido más nefasto de la palabra, y por el mismo motivo, nacer como un ser ingenuo con anhelos; en otras palabras, se puede nacer bueno o malo. No obstante ello, estamos completamente convencidos que de una u otra manera, el fruto bueno es más fácil de corromper, en tanto que con relación al fruto malo según su grado de putrefacción, se torna irreversible su restauración. De allí que se justifica la existencia de un Estado para alcanzar la Paz Social, esa paz que dosifique a la bestia y la ponga por debajo del orden; el mismo que estará al mando de quienes pretenden, virtualmente, un vivir en paz, vivir en armonía.

Debemos reincidir para darle fuerza a nuestra idea, en las teorías políticas de Thomas Hobbes. El filósofo en "*Leviatán*" percibe a la sociedad humana como una formación de individuos dominados por su ambición de poder y de dominio. Hubo una época (que Hobbes llama *Estado de la naturaleza*) en que estas agrupaciones de individuos disponían de un poder superior y estas tendencias dominaban las relaciones entre las personas manteniéndolos en una "*guerra de todos contra todos*".

Hobbes sentencia: *"cada hombre es enemigo de cada hombre; los hombres viven sin otra seguridad que sus propias fuerzas y su propio ingenio debe proveerlos de lo necesario. En tal condición no hay lugar para la industria, pues sus productos son inciertos; y, por tanto, no se cultiva la tierra, ni se navega, ni se usan las mercancías que puedan importarse por mar, ni hay cómodos edificios, ni instrumentos para mover aquellas cosas que requieran gran fuerza o conocimiento de la faz de la tierra ni medida del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad; y lo que es peor que nada, hay un constante temor y peligro de muerte violenta, y la vida del hombre es solitaria, pobre, grosera, brutal y mezquina"*.

Para ponerle fin a ese desorden promovido por el instinto humano de supervivencia incontrolable, Hobbes propone la suscripción de un contrato o pacto; a través del cual cesarían las hostilidades delegando los derechos de los individuos en una persona soberana, obviamente virtual, llamada "Estado"; quien debería verse investido de tal poder, que pudiera poner la bota en el cuello del renuente a cumplir el pacto. El contrato significa entonces una renuncia por parte de cada individuo que permite el establecimiento de un poder fuerte que está por encima de ellos pero en el cual todos se reconozcan.

"La única vía para construir ese poder común, apto para la defensa contra la invasión extranjera y las ofensas ajenas, garantía de que por su propia acción y por los frutos de la tierra los hombres puedan alimentarse y satisfacerse, es dotar de todo el poder y la fuerza a un hombre o asamblea de hombres, quienes, por mayoría de votos, estén capacitados para someter sus voluntades a una sola voluntad. Ello significa: elegir un hombre o asamblea que lo represente, que todos consideren como propios y donde puedan reconocerse a sí mismos como autores de lo que haga o planee aquel que representa su persona, en todo lo que respecta a la paz y la seguridad colectivas; que, por otra parte, sujeten sus voluntades a la voluntad de aquél, y sus juicios a su juicio. Esto implica más que la mera aprobación o acuerdo; es una unidad concreta de todo en una sola persona, instituida mediante un pacto de cada individuo con los demás, tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transmito a este hombre o asamblea de hombres el derecho que me asiste de gobernarme a mí mismo, a condición de que vosotros transmitáis también a él igual derecho y autoricéis sus actos de igual forma. Hecho lo cual, la multitud así reunida en una sola persona se convierte en Estado, en

latín civitas. Este es el origen del gran Leviatán o (designándolo con más reverencia) el dios mortal al que debemos, bajo el Dios inmortal, la paz y la defensa. Esta autoridad, transferida por cada hombre al Estado, tiene y emplea poder y fuerza tales que por el temor que suscita es capaz de conformar todas las voluntades para la paz, en su propio país, y para la ayuda mutua contra los enemigos, en el extranjero. En esto radica la esencia del Estado, que puede definirse como sigue: persona resultante de los actos de una gran multitud que, por pactos mutuos, la instituyó con el fin de que esté en condiciones de emplear la fuerza y los medios de todos, cuando y como lo repute oportuno, para asegurar la paz y la defensa comunes. El titular de esta persona se denomine soberano y su poder es soberano; cada uno de los que lo rodean es su súbdito”⁹¹

Si todo ello es así, y actualmente nos sometimos al poder político de un Estado, y si entendemos a la paz –entre muchas otras definiciones- como la virtud que pone en el ánimo tranquilidad y sosiego, opuestos a la turbación y las pasiones; resulta prácticamente obvio que ese desarrollo cada vez más garantista que promueve la máxima protección de los derechos humanos (universal) o constitucionales (nacional) también debe ser accesible para las personas LGTBI como ciudadanos integrantes de una sociedad, en este caso la peruana.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, al acceso a las instituciones que otorga el Estado, a la expresión en su amplia dimensión y otros; son –sin duda alguna- formas de lograr la paz social, tal y como lo es todo el sistema en sí; de allí que el hecho de restringir cualquier derecho o institución que el Estado otorga, promueve y protege, diferenciando para ello entre una persona heterosexual que se identifica con su sexo biológico y cualquiera de los LGTBI, no es otra cosa que la comisión flagrante de actos discriminatorios que alteran el orden al convertir en *out siders* a los LGTBI; por ende se afecta la paz de ellos, creando incertidumbre, inseguridad, represión, infelicidad, y perjuicios morales y psicológicos irreversibles; todo como consecuencia de la ignorancia, la intolerancia, las ideas “religioso-morales” que tienen algunos, y otros factores que tarde o temprano, si no se solucionan (estoy convencido de lo contrario), podrían generar una revolución, que fundada en derechos, principios y valores jurídicos

⁹¹ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, en FERNÁNDEZ PARDO, C. A. (comp.) (1977): *Teoría política y modernidad*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latín.

se legitime, y de allí que si el orden tiende a alterarse para las personas quienes actualmente viven tranquilas e indiferentes ante las calamidades de los LGTBI; no será más que culpa de aquellos.

Finalmente como se dijo *ut supra*, la paz social es el fin primario de la creación del Estado juntamente con la protección de la persona humana, esto último no es posible si no existiera paz; la paz constituye un beneficio-garantía universal que inclusive ha trascendido las esferas de las naciones, firmándose una serie de Tratados para mantenerla, de allí su concepción negativa: “*la paz es el estado en donde no hay guerra*”. Ergo, como tal beneficio, la paz debe ser gozada por todos, y ello indefectiblemente en base al sentido de justicia (igualdad, libertad, felicidad) que se ha analizado ampliamente *supra*; por tanto consideramos que en efecto la hipótesis propuesta que concibe a la paz como un valor jurídico por su alto grado de indeterminación material; debe ser aplicada también para los LGTBI, ya que un matrimonio igualitario de forma alguna afectaría el orden, tranquilidad o paz; o generaría guerra; sino todo lo contrario, aunado el hecho de que para que una nación se desarrolle como una sociedad políticamente organizada y civilizada, es necesario el reconocimiento e inclusión de los mencionados LGTBI, más aún en el Perú, que ya tiene bastante retraso en mérito a la gran ignorancia en la que se vive.

2.3.4. EL DERECHO A LA FAMILIA COMO DERECHO QUE JUSTIFICA LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL PERÚ.-

En primer lugar debemos precisar que el “derecho a la familia” propiamente en nuestro ordenamiento jurídico-legal no existe; ni tampoco de forma expresa en nuestra Constitución; no obstante, consideramos que de manera implícita podría revelarse su espectro aunque seamos pocos los que creamos ello. Inclusive en el Derecho Internacional el tema no es del todo uniforme, ya que podemos encontrar jurisprudencia en la cual se invocan otro tipo de derechos relacionados con lo anterior, como “derecho a la vida familiar”, “derecho a la constitución de una familia”, “derecho a la constitución y protección de la familia”, “derecho a tener una familia”; etc.

El tema no es tan sencillo ya que la bastedad de lo que importa la palabra “derecho” se sintetiza en habilitar el sistema jurídico-político para su protección absoluta. Estamos

convencidos que para efectos de una determinación en su regulación, las consideraciones abstractas de “el derecho a la familia” se deben circunscribir básicamente en que los sistemas políticos no obstruyan su acceso (sentido negativo conceptual), y que además de ello lo promuevan y lo protejan. Desde esta perspectiva resulta fácil asignarle un rol al “derecho a la familia”, el que se activa: **a)** cuando se restrinja su acceso, y no se le reconozca social y jurídicamente, **b)** cuando el Estado no lo promueva en forma debida, y/o **c)** con mayor razón cuando se le pretenda vulnerar (sentido protector); independientemente de que quien solicite la tutela, sea el hijo, el padre, la madre, el hermano; etc.

Nuestra postura no engendra la posibilidad de que -por ejemplo- un hijo pueda demandar la reincorporación al “hogar familiar” del padre quien ha incurrido en abandono; ya que como es lógico esto implicaría, de modo inminente, que el Estado afecte otros derechos de mayor valor ponderativo que atañen a la vida privada, y propiamente, a la dignidad de la persona humana. Lo que se propugna es que en donde haya consenso para la consolidación de una familia, dicho acuerdo se vea proveído de todas las facilidades para su materialización. En otras palabras, la familia no podrá componerse a modo de coerción con intervención del Estado, sino por el contrario, su constitución debe ser voluntaria, antes y durante su formación; de tal modo que el lazo solo pueda romperlo uno de sus integrantes (por medio del abandono/renuncia), con las sanciones de naturaleza civil que esto irroga, según sea el caso. El Estado solo debe tender a reconocer el vínculo, promoverlo y protegerlo.

En dicho contexto, si podemos concebir al “derecho a la familia” como un derecho constitucional, y como un derecho humano; inmanente de otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad (que será analizado más adelante). Asimismo, el derecho a la familia si es regulado debidamente, no será instrumento para dirigir sendas pretensiones tendientes a afectar otros derechos de mayor rango ponderativo; estableciéndose solo supuestos de reconocimiento del vínculo (acceso), promoción y protección.

No pretendemos establecer tópicos respecto a regular el “derecho a la familia” (esto quedará reservado para otras investigaciones), sino simplemente reconocer su existencia para que con meridiana intervención de aquel derecho, se pueda reconocer la existencia

de una familia HOMOPARENTAL, la cual tampoco deviene en un concepto innovador, sino por el contrario, sabemos que este tipo de familia existe, y coexiste con los otros tipos de familia que se analizaron en la parte del Marco Histórico de esta investigación. El asunto es que a dicha familia se le brinde el mismo reconocimiento, promoción y protección que se le otorga a los tipos de familia compuestas por heterosexuales, y por ende su acceso, constitución, y efectivización se lleven a cabo de manera “normal” por así decirlo.

Antes de pasar a estudiar los argumentos de fondo que sustentan nuestra posición con relación a que una familia homoparental es perfectamente idéntica en su desarrollo a una familia heteroparental, y por ende merecedora de todo reconocimiento y protección; se analizarán algunas investigaciones que se han realizado con relación al “derecho a la familia”, que se han elaborado principalmente en favor de los niños y niñas. De allí un artículo en Emilia Arellano, en donde cita: *“La vida en familia (o el cuidado de tipo parental alternativo) es fundamental para el adecuado desarrollo físico y psicológico de un niño y por eso, es una consecuencia lógica el reconocimiento de los niños y niñas a tener una familia capaz de satisfacer sus necesidades, y a vivir con ella”*. Si el adecuado desarrollo físico y psicológico viene a ser un derecho no solo de los niños, sino de toda persona humana, la consecuencia realmente lógica es que, todos tengan el derecho a una familia capaz de satisfacer sus necesidades; o al menos, algunas de ellas.

La tratadista en comento, refiere que el derecho a la familia encierra ciertos atributos: desarrollo integral del niño; políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir sus necesidades específicas; permanencia en la familia biológica; ambiente de felicidad amor y comprensión.

Ahora bien, el Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos define a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad. Nótese aquí que la convención no señala de forma expresa a qué tipo, o tipos de familia se refiere. De allí que si la ley internacional no hace distinción, se debe entender que la Convención establece una protección general para todas las familias (principio), independientemente de cuál sea su composición. Ana Elena Badilla en uno de sus artículos asegura que la normativa interamericana garantiza la protección de todas las familias, y que la legislación nacional no podría establecer distinciones, exclusiones o restricciones a este

derecho, que vendrían a constituir discriminaciones contrarias al estándar que establece la normativa⁹².

Tanto el Art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como el Art.15 del Protocolo de San Salvador, establecen el derecho a la constitución de la familia, el cual importa una facultad de las personas, que comprende dos aspectos esenciales: • Derecho a fundar una familia. •Igualdad de derechos para ambos cónyuges, en caso de matrimonio. Lo que a nosotros principalmente nos interesa es el derecho a fundar una familia, que como se ha dicho anteriormente, es la atribución de toda persona inherente al desarrollo de su personalidad, de establecer una relación sentimental con otra, y como consecuencia de ello, generar una familia. Este derecho opera de manera independiente del derecho al matrimonio. El derecho a fundar una familia no requiere la existencia de un matrimonio previo; o sea, puede estar o no fundada en un matrimonio. Sin embargo, esto se es algo que funciona solo en los heterosexuales, quienes inclusive pueden generar una Unión de Hecho, instituto que tiene protección constitucional y que se asimila a la Sociedad de Gananciales, pero cuyo presupuesto esencial, requiere que sea entre un varón y una mujer, por lo que no se les otorga a las parejas homosexuales; *ergo*, en una familia homoparental, el matrimonio será la única fórmula (hasta el momento) para consolidar verdaderamente el derecho a formar una familia.

El Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado. El Art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Art. 15 del Protocolo de San Salvador, también señalan el derecho a la protección de la familia. El derecho a la protección de la familia entraña también el derecho que tienen niñas y niños a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, reconocido en el Art. 19 de la Convención Americana, así como la igualdad de derechos para todos los hijos e hijas, tanto nacidos dentro como fuera de matrimonio. Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que la familia es el grupo-unidad natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; esto se repite en nuestra Constitución Política en su artículo 4.

⁹² BADILLA, Ana Elena. *El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 10.9

Resulta claro hasta aquí que la familia como instituto natural o social (según se le aprecie), debe ser protegida tanto por la sociedad como por el Estado. Asimismo, nos queda claro también que no existe un tipo de familia en específico a la cual se le deba brindar mayor protección; de allí que si la realidad arroja un nuevo tipo de familia, esta (al igual que el resto) debe ser reconocida y protegida. Los tratados internacionales no buscan diferenciar u otorgar mayor respaldo a un tipo de familia en específico (como la heteroparental) sino que donde se constituya ese vínculo inherentemente humano entre 2 o más personas, que colma las características de una familia, debe considerársele como tal.

Para darle rigor a lo anterior basta mirar el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el mismo que refiere: *“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”* El Tratado en comento no obliga a que los consortes de un matrimonio, deban ser necesariamente un hombre y una mujer, lo que sucede igual si a “fundar una familia” nos referimos. Por el contrario, la normativa en alusión solo describe quienes pueden casarse o constituir una familia, “hombres y mujeres” como géneros pertenecientes a la especie humana, y no como si la posibilidad de integrar una familia o casarse dependiera de la unión de los representantes de cada género; de allí que muy bien, un hombre podría formar una familia y/o casarse con otro hombre, igual que una mujer con otra mujer.

Un artículo virtual publicado por la *Human Right Education Associates*⁹³, refiere que existen múltiples derechos en juego cuando se pone en un péndulo la posibilidad de reconocer el derecho a la familia de ciertas personas (las LGTBI en lo que nos convoca), o peor aún, el matrimonio. La asociación consideró que: *“La familia es reconocida como la unidad más natural y fundamental de la sociedad, es por eso que el*

⁹³ Véase link virtual: <http://archive.hrea.net/learn/guides/derecho-a-la-familia.html#top>

derecho a casarse y formar una familia es protegido por los derechos humanos. Los derechos humanos no establecen los tipos de familias que sean vistos como aceptables puesto que hoy en día existen varias formas de familias y matrimonios. Recientemente, el que estos derechos deban ser aplicados o no a parejas del mismo sexo, ha sido ampliamente discutido. Aunque la ley de los derechos humanos no trata específicamente sobre esto, una parte de su normatividad trata acerca del derecho a casarse y formar una familia, el derecho a la igualdad y a no ser discriminado. Por tanto, podemos asumir que las parejas homosexuales y lesbianas también deben ser protegidas por los derechos humanos.” [el resaltado es agregado].

Ahora bien, para entrar en terrenos más espinosos: ¿Cómo anda la familia en nuestro país, en específico, en nuestra Constitución Política?. Un más que interesante artículo del magister Rodríguez Campos responde: “...hablando específicamente de nuestro país, nuestra historia republicada nos dice que fue la Constitución de 1933 la que por vez primera reconoció de manera expresa la tutela de la familia. Esta Carta Política señaló en su momento “el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”. Luego, la Constitución de 1979, conceptualizó a la familia como una “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación”, Así llegamos a la Constitución de 1993, norma fundamental vigente que reconoce a la familia como un instituto “natural y fundamental de la sociedad (...) Como podemos apreciar, y más allá de la vocación tutelar puesta de manifiesto en nuestras Constituciones desde el año 1933, queda claro que el texto constitucional no establece o define un concepto único de familia. ¿Puede ser un olvido del constituyente? No, lo que ocurre es que la Constitución no pretendió jamás reconocer un modelo específico de familia por lo complejo que resulta definir a una institución “natural” como esta, siempre sujeta al devenir histórico de los nuevos tiempos”⁹⁴.

En efecto resulta ser cierto que la Constitución Política del Perú, no establece un modelo específico de familia, en mérito a la complejidad de esta, y como dijo el autor, debido a que siendo la familia una institución natural, estaba sujeta a cambios en el tiempo, y por ende, en cualquiera de las formas aquella debe ser protegida tanto por la

⁹⁴ RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Artículo intitulado: *Chile aprueba el acuerdo de vida en pareja para heterosexuales y homosexuales: ¿Se aprobará en el Perú la Unión Civil?*, Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional, Tomo 87-marzo 2015, p. 252.

sociedad como por el Estado. Asimismo, estamos plenamente convencidos que si bien los tipos de familia no deben plasmarse expresamente en un instrumento político fundamental, si deben estarlo en los ordenamientos jurídicos que se subalternan a aquel, a fin de brindar la máxima protección posible.

Luego de todo lo analizado, aún parecería que no podríamos convencer al tipo de personas quienes mantienen una serie de argumentos adicionales, lo que por cierto no han sido obviados en esta investigación, sino por el contrario, aquellos serán desmantelados en acto seguido. Uno de los argumentos es el “fin procreativo” que “tiene” la familia; al respecto, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa de la especie. La familia tiene una trascendencia aún mayor, y esta se enfoca en el desarrollo integral de quienes la componen, y cuando hablamos de desarrollo integral, estamos refiriéndonos a la génesis de todos esos valores, conocimientos, cultura, etc. que categorizan la evolución humana de una persona.

Citando nuevamente al señor Rodríguez Campos, este afirma que: *“...no existe razón alguna para creer que las personas del mismo sexo no puedan formar un hogar familiar, sobre todo cuando se trata de personas que llevan su vida como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad de un contexto de amor, unidos por un fuerte lazo afectivo. De hecho, las parejas homosexuales o lésbicas también basan su unión en principios de felicidad, cariño y respeto mutuo. En otras palabras, llevan una vida igual a la que presentan las parejas heterosexuales. Por lo tanto, si estas parejas están sujetas a las mismas obligaciones que las parejas heterosexuales ¿por qué razón no podrían formar una familia...?”*⁹⁵

El autor concluye su investigación señalando: *“Yo estoy a favor de la Unión Civil y también del Matrimonio Igualitario. Como creo haber demostrado, que son básicamente dos los argumentos que fundamentan la posición de quienes se oponen a la Unión Civil y al Matrimonio Igualitario: a) El religioso mayoritario; y 2) el natural y/o tradicional. En mi opinión, ambos argumentos no pueden servir de justificación para*

⁹⁵ Ibid., p. 254.

rechazar ambas figuras civiles. Sostengo ello por tres razones puntuales: a) La moral que protege la Constitución es la moral civil y no la de un grupo religioso en particular; 2) La opinión de la mayoría no puede justificar la restricción de derechos a una minoría basada en su orientación y/o identidad sexual; 3) No se busca acabar con el matrimonio (heterosexual) sino permitir que más personas puedan celebrarlo. Yo estoy de acuerdo tanto con la Unión Civil como con el matrimonio igualitario, pues ambas figuras permiten defender la libertad individual frente a prácticas históricamente excluyentes, allanando el camino hacia la construcción de una sociedad más tolerante, libre e igualitaria”.

Particularmente estoy casi totalmente de acuerdo con las ideas del jurista anteriormente aludido; (que dicho sea de paso tienen gran matiz filosófico adyacente al liberalismo igualitario de Rawls) y digo “casi”, toda vez que he advertido un error (ya no hablo en plural, sino en singular), el cual se da al mantener en concilio al Matrimonio Igualitario con la Unión Civil, olvidando no solo que cada una de estas instituciones jurídicas tienen sus propias cualidades, sino que el segundo, si bien es un paso al reconocimiento, aun así mantiene en calidad de *outsiders* del sistema a las personas LGTBI, diferenciando el tipo de unión que tienen estos con relación a los heterosexuales, lo mismo que a todas luces constituye un acto de discriminación, pero más propiamente de segregación (esto ya se ha explicado *supra*).

Con todo lo anteriormente desarrollado parecería tan fronterizo seguir defendiendo una postura en contra de un matrimonio igualitario; sin embargo, dejamos como corolario de todos los cuestionamientos adversos a nuestra tesis, lo que respecta a la crianza de menores por personas LGTBI, ya sea por adopción, por técnicas de reproducción asistida (en caso de mujeres) en el caso de las familias ensambladas, u otro. Grandes son las “corrientes” quienes afirman que esto será el holocausto de la sociedad como la conocemos; los niños crecerán degenerados y con una deformación grave en su personalidad. Es aquí donde el Estado tiene que intervenir para impedir adopciones y otras modalidades que puedan “perjudicar” a los niños. Los estudiosos en la materia creen que esa es la razón por la cual el matrimonio sea una institución jurídica en su desarrollo y no un contrato bilateral, toda vez que de la unión entre dos personas puede generarse la vida de un tercero (caso de hombre con mujer como contrayentes).

Bueno pues, esta viene a ser una de las partes más interesantes de nuestra investigación, y por ello será un honor develar las falacias de todo tipo de cuestionamiento referido a la crianza de menores por parte de los LGTBI⁹⁶. Daremos a conocer más abajo como es que uno de los estudios más reconocidos al respecto resultó ser un fraude en sus conclusiones, ya que su desarrollo demuestra cosas distintas al objetivo planteado, sin mencionar otros hechos alternos. Nos estamos refiriendo al estudio REGNERUS. Asimismo se darán a conocer los estudios que demuestran que el desarrollo alcanzado por niños criados por parejas homosexuales es igual al obtenido por quienes lo fueron por parejas heterosexuales.

El estudio “REGNERUS”.

También llamado “New Family Structures Study”, el mismo que versa sobre la estructura de las nuevas familias, más conocido como “estudio de Regnerus”. El proyecto mencionado es uno de naturaleza sociológica realizado en el año 2012 por el profesor asociado de la Universidad de Texas en Austin, Mark Regnerus. Su importancia se genera debido a que es uno de los escasos estudios académicos que se oponen al consenso científico. Afirma que los niños que crecen en hogares en los que al menos uno de los adultos es homosexual se ven perjudicados en su desarrollo personal. Como tal, ha sido utilizado de manera concurrente por aquellos quienes se oponen a las familias homoparentales y a las uniones o matrimonios homosexuales.

El estudio en referencia fue publicado en el mes de junio del 2007 en la revista *Social Science Research*, y tiene sustento científico en 3000 entrevistas a adultos entre 18 y 39 años, de los cuales 175 habían tenido madres y 73 padres, que por lo menos en una ocasión tuvieron relaciones homosexuales mientras los estaban criando.

Es estudio también señala que los niños criados por mujeres que afirman haber tenido relaciones homosexuales, tenían mayor probabilidad de necesitar terapia psicológica, mayor probabilidad de engañar a su pareja con otra persona y mayor probabilidad de haber sido atacados sexualmente.

⁹⁶ La propia Corte Interamericana en el Caso Karen Atala Rifo y Menores vs Chile, señaló que existen estudios que demuestran que el desarrollo alcanzado por niños criados por parejas homosexuales es igual al obtenido por quienes lo fueron por parejas heterosexuales.

La conclusión del estudio afirma contundentemente que los niños criados por adultos que señalaron haber tenido relaciones homosexuales se ven perjudicados en su vida adulta; a lo que se refiere es al desarrollo psicológico; es decir, las consecuencias que genera una vida familiar homoparental para los niños.

Empero, como era de suponerse, la publicación de la investigación de Regnerus, ocasionó de forma inmediata una gran controversia, ya que mientras los grupos conservadores y contrarios a los homosexuales apoyaban el estudio y a su autor; la mayoría de los sociólogos, los defensores de los derechos LGBTI, y en general los grupos más liberales tomaban posiciones adversas.

Entre los críticos se encontraban desde algunas de las mayores instituciones y asociaciones científicas de los Estados Unidos, hasta otros sociólogos de la Universidad de Texas. Inclusive el propio departamento de Sociología de la Universidad de Texas en Austin, donde trabaja Regnerus, publicó un comunicado distanciándose del estudio y del docente. Seguidamente en el año 2013 la *American Sociological Association* condenó formalmente el estudio en un informe a la Corte Suprema de los Estados Unidos en relación al matrimonio homosexual.

La mayoría de las críticas estaban dirigidas a cuestionar el rigor científico de la investigación, en específico, a la metodología utilizada por Mark. La más evidente es que el sociólogo aludido definió como «padres homosexuales» a cualquiera que hubiera tenido relaciones homosexuales, sin puntualizar si eso se había producido de forma extramatrimonial, tras un divorcio o separación u otra circunstancia, y luego compara esos hijos con los de matrimonios heterosexuales estables, sin divorcios u otros problemas de naturaleza funcional o de otra índole. En otras palabras, lo único que demostraría la investigación, sería que los hijos de padres heterosexuales y que conviven en una relación estable, tienen un desarrollo óptimo en su personalidad, respecto de los hijos de padres homosexuales y/o bisexuales cuyo seno familiar es inestable, valga decir, disfuncional. En buena cuenta el estudio no compara hogares estables de padres heterosexuales, con hogares estables homoparentales.

Años más tarde, un estudio publicado en el 2015 en la *Social Science Research*, realizado por Brian Powell de la Universidad de Indiana y Simon Cheng de la Universidad de Connecticut, retomando los datos de Regnerus, eliminando todas las respuestas dudosas al cuestionario, y usando una metodología más aceptada, llegaron a la conclusión de que los resultados de Regnerus eran, en el mejor de los casos, “frágiles”, ya que igualmente se podían emplear para demostrar que niños con padres homosexuales no resultan perjudicados comparados con los criados por padres heterosexuales. Finalmente y como corolario, Regnerus reconoció en octubre de 2012 que su metodología yerra cuando se consideró gays o lesbianas a las personas que habían tenido relaciones homosexuales, a pesar de que posiblemente esas personas no se considerasen a sí mismas como pertenecientes a la comunidad LGBTI; lo mismo que sin duda alguna asimila a una probable degeneración sexual esporádica de promiscuidad, con la orientación o identidad sexual de una persona, la misma que tiene un matiz totalmente diferente respecto de aquella, y este se encuentra referida al reconocimiento y respeto de tales calidades, que hacen referencia al sexo como elemento de la personalidad, y no a la mera historia de una vida sexual atrevida e “innovadora”.

El segundo mayor punto de crítica fue la financiación del estudio por el Witherspoon Institute, un *think tank* conservador, de corte cristiana por ende, manifiestamente contrario al matrimonio gay, entre otras cosas como el aborto y al uso de células totipotenciales embrionarias. Existieron documentos que mostraban que Regnerus había solicitado el pago de asistentes para el análisis de datos a William Bradford Wilcox, quien era socio en ese entonces del Witherspoon Institute. En marzo de 2013, tras una solicitud de revelación de documentos públicos por *The American Independent*, la Universidad de Texas publicó una serie de documentos que muestran que Regnerus fue entrenado por el Witherspoon Institute para defender retóricamente su estudio.

Se ha estimado que el Witherspoon Institute, teniendo como director a Luis E. Tellez, financió el estudio de Regnerus con U\$\$ 695 000 dólares americanos y la Bradley Foundation, otra organización conservadora, con otros U\$\$ 90 000. Poco después del surgimiento de la polémica, la revista editora, *Social Science Research*, realizó una auditoría y declaró el estudio como “deficiente”. La Universidad de Texas también realizó una investigación sobre la publicación y rechazó poner en duda el

comportamiento de Regnerus, afirmando que errores normales no se consideran falta de ética.

Como podemos apreciar pese a la incredibilidad que se vislumbra claramente, inclusive desde perspectivas muy remotas, del estudio Regnerus; en muchas partes del mundo se han utilizado sus conclusiones para elaborar proyectos de leyes en contra de cualquier tipo de unión homosexual, y con mayor razón para impedir la adopción o crianza de menores; e incluso para arrebatar la patria potestad quien incurre en homosexualidad.

En Uruguay por ejemplo, durante el debate de la ley 19.075, conocida como Ley de Matrimonio Igualitario, el estudio Regnerus fue empleado por el catedrático en Derecho Santiago Altieri para fundamentar su oposición contra dicha ley, argumento que fue refutado por la senadora del Frente Amplio, Constanza Moreira. En su comparecencia ante la Comisión de Constitución y Códigos del Senado. Altieri dijo que: *“El objetivo de mi exposición es aportar datos científicos basados en una muy reciente investigación realizada en Estados Unidos por el profesor Regnerus. En ella se demuestra que desde el punto de vista estadístico, los niños que han sido criados por sus padres biológicos son los que tienen el ambiente más propicio para su desarrollo psico-social, mientras que los criados por parejas homosexuales son los que estadísticamente muestran los índices más negativos.”*

Para nosotros queda claro que los argumentos “científicos” para oponerse al matrimonio igualitario (más propiamente, a la adopción) caen indefectiblemente, si sientan sus fundamentos en el estudio de Mark Regnerus (con relación a la crianza de niños por parte de LGTBI), pretendiendo probar que una familia homoparental ofrece menos oportunidades a los hijos; siendo que bajo cualquier metodología, aquel estudio sólo prueba que una familia estable es mejor que una inestable; no que una familia homoparental sea inestable.

Consabido es que en la ciencia, para fundamentar el conocimiento, existen dos maneras: **i)** la primera dada por el resultado de una investigación, y **ii)** la segunda (cuando se trata de asuntos verdaderamente complejos y/o polémicos) se da por el consenso entre especialistas que representan a determinadas asociaciones o grupos científicos reconocidos. En el caso del estudio Regnerus, este resulta ser uno de gama aislada, e

inclusive –como se dijo- no reconocido por la propia universidad de Texas en Austin, en la que imparte cátedra Mark Regnerus, lo mismo que coloca a dicha investigación en un limbo de no aceptación, *máxime* si existen verdaderos estudios con gran sustento científico, y consensos de los grupos más representativos especializados en la materia, de los cuales resaltaremos algunos a continuación:

- a) Noticia aparecida en el Diario Cádiz el 18 de noviembre del 2004⁹⁷, El psiquiatra Luis Rojas Marcos, profesor de la Universidad de Nueva York y ex director del sistema de salud de esta ciudad, afirmó ayer en Valladolid que: *"no hay razón alguna por la cual los homosexuales no puedan ser buenos padres". Rojas Marcos, que intervino en el Congreso de Familia, precisó que, desde su punto de vista profesional, una pareja homosexual puede dar a los niños adoptivos "seguridad, cariño, respeto y estímulo", al igual que una pareja heterosexual. "No hay ningún motivo psicológico o biológico para que no se pueda producir una adopción por parte de homosexuales"*.
- b) Noticia aparecida en elmundosalud.com el 01 de octubre del 2004⁹⁸. José Luís Pedreira señala que *"el desarrollo psicosocial de los niños adoptados y criados en familias homoparentales adquieren niveles cognitivos, de habilidades y competencias sociales, de relación con otros chicos y personas adultas y de identidad sexual que son totalmente equiparables con los de los niños que se educan y desarrollan en familias de corte heterosexual convencional". "Ésta es la evidencia científica basada en pruebas. Lo demás son creencias y, por lo tanto, con escaso poder de datos contrastables, donde prima el juicio a priori y está ausente el análisis científico. Si no lo creen que no lo crean, pero que no lo impongan al conjunto de la sociedad". "¿Qué es más bonito que permitir que se pueda hacer de una forma normalizada y no marginal? Es mejor ya que las situaciones marginales son peligrosas y la visibilidad permite aclarar las cosas"*. [el resaltado es agregado].

⁹⁷ Diario de Cádiz, 18- 11- 04. Disponible en <http://www.diariodecadiz.com/diariodecadiz/articulo.asp?idart=578258&idcat=729>.

⁹⁸ elmundosalud.com, 1- 10- 04. Disponible en <http://elmundosalud.elmundo.es/elmundosalud/2004/09/30/pediatria/1096566915.html>

- c) La Declaración institucional de la Asociación Americana de Psicoanálisis, adoptada en mayo de 2002 y titulada “Declaración institucional sobre homoparentalidad”⁹⁹, señala que: *“La Asociación Americana de Psicoanálisis apoya la postura de que la consideración más importante en las decisiones sobre paternidad, incluidas la concepción, la educación, la adopción, las visitas y la guarda, es el mejor interés del menor. La evidencia acumulada sugiere que el mejor interés del menor requiere seguridad en el compromiso, educación y padres competentes. La evaluación de esas cualidades parentales en un individuo o pareja, debe hacerse sin prejuicios sobre la orientación sexual. Los individuos y parejas gays y lesbianas son capaces de procurar el mejor interés del menor y se les deben otorgar los mismos derechos y asumir las mismas responsabilidades que los padres heterosexuales. Con la adopción de esta declaración institucional, apoyamos los estudios de investigación que aumenten nuestros conocimientos sobre las repercusiones en el desarrollo de los niños tanto de la paternidad tradicional como de la homoparentalidad”*.
- d) Declaración institucional de la Asociación Americana de Psiquiatría¹⁰⁰ adoptada en noviembre de 2002 y titulada “Adopción y copaternidad de niños por parejas del mismo sexo”, señala que: *“Numerosos estudios en las tres últimas décadas han demostrado consistentemente que los niños criados por padres gays o lesbianas muestran el mismo nivel de funcionamiento emocional, cognitivo, social y sexual que los niños criados por padres heterosexuales. La investigación indica que el desarrollo óptimo de los niños no se basa en la orientación sexual de los padres, sino en vínculos estables de compromiso y crianza por parte de los adultos. **La investigación demuestra también que los niños que tienen dos padres, independientemente de su orientación sexual, se desarrollan mejor que los niños que tienen un solo padre.**”* [el resaltado es agregado].

⁹⁹ American Psychoanalytic Association. (2002). Position Statement on Gay and Lesbian Parenting. Disponible en: <http://www.apsa-co.org/ctf/cgli/parenting.htm>.

¹⁰⁰ American Psychiatric Association. (2002). Adoption and co-parenting of children by same-sex couples. APA Document Reference N° 200214. Disponible en: http://www.psych.org/edu/other_res/lib_archives/archives/200214.pdf.

- e) En el portal oficial de la Asociación Americana de Psicología, podemos ver una declaración de junio de 2004 de la Oficina de Políticas Públicas titulada “Página informativa de la APA sobre familias del mismo sexo y sus relaciones”¹⁰¹, señala que: *“Los padres gays y lesbianas tienen tanta probabilidad como los padres heterosexuales de proporcionar ambientes sanos y protectores para sus niños. Las lesbianas y las mujeres heterosexuales no difieren notablemente ni en su salud mental general ni en sus maneras de criar a sus hijos. Las relaciones afectivas y sexuales de las lesbianas con otras mujeres no deterioran sus habilidades para cuidar de sus hijos. Evidencias recientes sugieren que las parejas gays y lesbianas con hijos tienden a dividir el cuidado de los hijos y las responsabilidades del hogar de manera igualitaria y están satisfechos con sus relaciones.”*

Un más que importante artículo publicado por el especialista en psicología clínica Rafael Portugal Fernández perteneciente al Complejo Hospitalario de la Universidad de Compostela¹⁰², ha realizado una tesis tendiente a revelar las verdades acerca de la paternidad homoparental y las realidades que viven los hijos criados por padres LGBTI; cuyas conclusiones son igual de contundentes que los estudios anteriormente mencionados, y por ende totalmente adversos a las posturas que sustentan lo contrario (más que otra cosa, en base a mitos, e investigaciones carentes de ética, predirigidas y maliciosas), siendo necesario reproducir sus conclusiones para reforzar nuestra investigación:

“(....) Vamos a exponer los perjuicios (prejuicios) que señalan los detractores de la homoparentalidad:

1- *La preocupación de que estos niños (siempre nos estamos refiriendo a los hijos de gays y lesbianas) sufran trastornos de identidad sexual. La investigación realizada hasta la fecha indica que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en la identidad sexual. Podemos aportar un mínimo de 15 estudios (13- 27) que así lo indican y ninguno que indique lo contrario.*

¹⁰¹ American Psychological Association. (2004). APA Briefing Sheet on Same- Sex Families and Relationships. Disponible en <http://www.apa.org/ppo/issues/lgbfamilybrf604.html>.

¹⁰² PORTUGAL FERNÁNDEZ, Rafael. Artículo intitulado: *Estudios sobre homoparentalidad: revisión científica y análisis metodológico*, p. 09, 10 y 11.

- 2- La preocupación de que estos niños sufran trastornos en su proceso de tipificación sexual. La investigación realizada hasta la fecha indica que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en tipificación sexual. Podemos aportar un mínimo de 16 estudios (13, 14, 16, 18, 19, 20, 22, 25- 33) que así lo indican y ninguno que indique lo contrario.
- 3- La preocupación de que estos niños presenten una orientación sexual homosexual en mayor número que el resto. La investigación realizada hasta la fecha indica que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en orientación sexual. Podemos aportar un mínimo de 13 estudios (14, 15, 18, 19, 21- 23, 25, 26, 29, 34- 36) que así lo indican y ninguno que indique lo contrario. Lo que si se ha encontrado, y ha sido malinterpretado por algunos, es un mayor número de conductas homosexuales durante la preadolescencia y adolescencia, pero no más personas con orientación homosexual.
- 4- La preocupación de que estos niños experimentarán dificultades en sus relaciones sociales. La investigación realizada hasta la fecha indica que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en relaciones sociales con compañeros y adultos. Podemos aportar un mínimo de 12 estudios (17, 19, 20, 25, 26, 28, 33, 38- 42) que así lo indican y ninguno que indique lo contrario.
- 5- La preocupación de que estos niños serán estigmatizados, molestados o victimizados de cualquier otra manera o que estarán aislados y se relacionarán sólo con adultos gays o lesbianas. La investigación realizada hasta la fecha indica que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en relaciones de amistad y popularidad. Podemos aportar un mínimo de 4 estudios (16, 21, 28, 43) que así lo indican y ninguno que indique lo contrario.
- 6- La preocupación de que estos niños vean socavada su autoestima. La investigación realizada hasta la fecha indica que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en autoconcepto y autoestima. Podemos aportar un mínimo de 6 estudios (16, 20, 22, 25, 28, 44) que así lo indican y ninguno que indique lo contrario.
- 7- La preocupación de que estos niños puedan ser más vulnerables a los trastornos de conducta. La investigación realizada hasta la fecha indica que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por

heterosexuales en trastornos de conducta. Podemos aportar un mínimo de 11 estudios (13, 16, 20, 24, 28, 33, 39, 40, 42, 44, 45) que así lo indican y ninguno que indique lo contrario.

8- *La preocupación de que estos niños puedan ser más vulnerables a la enfermedad mental. La investigación realizada hasta la fecha indica que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en trastornos psíquicos. Podemos aportar un mínimo de 21 estudios (13, 16, 17, 19, 20, 22, 24, 25, 27, 28, 31- 34, 38, 40- 42, 44- 46) que así lo indican y ninguno que indique lo contrario.*

9- *La preocupación de que estos niños corran más riesgo de sufrir abusos sexuales por parte de sus padres o de los amigos de éstos. La investigación realizada hasta la fecha indica que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en cuanto a riesgo de sufrir abusos sexuales. Podemos aportar un mínimo de 2 estudios (14, 25) que así lo indican y ninguno que indique lo contrario.*

10- *La preocupación de que las relaciones de gays y lesbianas con sus compañeros sexuales les dejen poco tiempo para relacionarse con sus hijos. La investigación realizada hasta la fecha indica que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en cuanto a riesgo de negligencia educativa. Podemos aportar un mínimo de 2 estudios (21, 25) que así lo indican y ninguno que indique lo contrario.*

11- *La preocupación de que por motivos variados (escasa actitud maternal de las lesbianas, mayor presencia de enfermedad mental en los homosexuales o excesivo tiempo empleado en relaciones con compañeros por parte de gays y lesbianas) gays y lesbianas ejerzan mal como padres. La investigación realizada hasta la fecha indica que no hay diferencias significativas entre homosexuales y heterosexuales en cuanto a la calidad con que ejercen su función como padres. Podemos aportar un mínimo de 15 estudios (34, 47- 60) que así lo indican y ninguno que indique lo contrario.*

Por último, aunque hasta el momento nadie ha puesto en duda la inteligencia de los hijos de gays y lesbianas, por si ocurriera, decir que la investigación realizada hasta la fecha indica que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en inteligencia. Podemos aportar un mínimo de 7 estudios (16, 17, 20, 25, 31, 41, 44) que así lo indican y ninguno que indique lo contrario.

Aunque hemos repetido que no hay estudios que indiquen lo contrario a nuestras tesis, si hemos de ser sinceros, hay que decir que sí existe un conjunto de estudios realizados por Paul Cameron. Sin embargo, su falta de ética y su sesgo malintencionado son tan sumamente evidentes, que hace tiempo que ningún profesional se ha atrevido a mencionarlos por escrito. P. Cameron es psicólogo y ha sido expulsado de la American Psychological Association por violación de los principios éticos de la psicología. La Asociación de Psicólogos de Nebraska (Nebraska Psychological Association) (estado de EEUU en el que ejercía su profesión hasta e se momento) se vio obligada a publicar un comunicado oficial en el que se desmarcaba de “las interpretaciones de la literatura científica ofrecidas por el Dr. Paul Cameron”. También la American Sociological Association (ASA) publicó un comunicado oficial (ya que tras ser expulsado de la APA se presentaba en la prensa como sociólogo), destacando que el “Dr. Paul Cameron ha malinterpretado constantemente y falsificado la investigación sociológica sobre sexualidad, homosexualidad, y lesbianismo. Paul Cameron no es sociólogo, y (la ASA) condena su mala interpretación constante de la investigación sociológica”. Asimismo acuerda alertar a todas las asociaciones de los estados de la Unión y a la Asociación Canadiense de Sociólogos ante las frecuentes apariciones de Cameron en los medios de comunicación (...)”

Finalmente hay que agregar que la adopción es solo una forma de consolidar una familia homoparental, ya que existen otras, como el caso de una pareja de lesbianas en el que una de ellas decide embarazarse con TERAS, o en el caso de parejas homosexuales con hijos provenientes de una relación heterosexual, o el embarazo consentido por parte de una de las integrantes de una relación lésbica, etc. En todos los casos anteriores el Estado (el Perú y la mayoría de países de corte demócrata) se encuentra ABSOLUTAMENTE imposibilitado de intervenir y desbaratar las familias homoparentales que se formaron, si es que su intervención sólo está sustentada en la orientación o identidad sexual de los padres; tal y como ocurrió en el caso de la Señora Karen Atala Riffo y Menores vs Chile; en el cual la Corte IDH sentenció la violación a una serie de derechos humanos, y actos de discriminación por parte de la judicatura suprema del Estado Chileno en contra de la citada señora Karen y sus hijas.

Estoy convencido que el Estado debe proteger el interés superior del niño, ya que así lo disponen los Tratados Internacionales y nuestra propia normativa interna en el Perú; no

obstante, no se puede bajo dicho argumento, afirmar que el desarrollo psico-social de un menor se ve afectado por crecer con padres homosexuales, esto no solo tiende a vulnerar la dignidad (por así generalizar) de los padres, sino que irónicamente se causa un perjuicio severo a los menores a quienes se quiere “proteger”. Lo peor de ello, es que se hace sin ningún sustento científico serio al respecto, con la agravante de que se inobservan las verdaderas fuentes de conocimiento que afirman lo natural y nada perjudicial de vivir y crecer (en el caso de los niños) dentro de una familia homoparental.

Si los Estados pretenden proteger a los menores de posibles vulneraciones a su desarrollo psico-social, pues los criterios deben sustentarse en hechos concretos, que sean **independientes de la orientación sexual o expresión de género de los padres**, tal cual sucede con las familias de padres heterosexuales. Por ejemplo, las perversiones manifiestas practicadas por los padres frente a los hijos, que tienen a degenerar verdaderamente la personalidad de estos, como el excesivo contacto sexual censurado, lo cual es diferente a las muestras de cariño y afecto que por el contrario tienden a dar seguridad, bienestar y felicidad a una familia y al desarrollo de la prole. Otros ejemplos podrían ser el consumo crónico de estupefacientes o alcohol; la organización de festividades excéntricas y nocturnas dentro del hogar familiar, sin respeto por la tranquilidad de los menores; o los constantes comportamientos groseros, con la utilización de lenguaje nada apropiado por los padres en presencia de los hijos. Como se aprecia, cada una de esas conductas descritas puede ser realizada tanto por heterosexuales como por padres LGTBI, por ende las responsabilidades que irroguen dichos comportamientos se declararán sin tener en cuenta (en lo más mínimo) la orientación o identidad sexual de la pareja.

Finalmente, estando totalmente de acuerdo que el Estado no puede intervenir en la crianza de menores por parte de LGBTI, el negárseles la adopción no es otra cosa que una incongruencia con las condiciones materiales y alternas que sí permiten tal crianza. Debemos preguntarnos: ¿Que es peor?, que los niños crezcan en centros de hogares de adopción sin nunca ser adoptados y por ende con la gran desventura de no haber tenido una familia propia que incluye padres; o que aquellos sean adoptados por padres LGTBI –además de los heterosexuales- que reúnan las condiciones morales y demás, para darles una vida decorosa y un desarrollo óptimo. La respuesta salta a la luz, y la

superioridad de –desde lejos- se impone: La adopción por personas LGTBI es positiva, y por ende al otorgársele la oportunidad de casarse a dicho grupo social, no se genera un problema, el que futuramente (si lo desean) puedan adoptar y criar niños.

2.3.5. EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHO QUE JUSTIFICA LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL PERÚ.

Para iniciar la parte que pone fin a nuestros fundamentos teóricos que sustentan la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú, analizaremos el derecho al libre desarrollo de la personalidad partiendo de la casuística nacional, que bastante nos ha enseñado ya al respecto.

El Tribunal Constitucional en el caso EXP. N° 2868-2004-AA/TC estableció que: *“14...el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución. El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres...”*

Agrega el Tribunal que: *“...Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, **toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en***

la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar- de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración... [resaltado agregado]. Nótese que el supremo intérprete de la Constitución Política, no hace distinción alguna (mucho menos sexual), cuando señala que toda persona en forma autónoma e independiente puede elegir con quien contraer matrimonio.

Las consideraciones del Tribunal Constitucional, fueron plasmadas de ese modo en su pronunciamiento, debido a que con fecha 29 de diciembre de 2003, José Antonio Álvarez Rojas interpone proceso de amparo contra el Ministerio del Interior, solicitando su reincorporación al servicio activo de la Policía Nacional con el reconocimiento de su tiempo de servicios. Manifiesta que cuando prestaba servicios en la jefatura del área policial de Pomabamba – Áncash se expidió un parte administrativo disciplinario por faltas contra el decoro y la obediencia, imponiéndosele la sanción de 10 días de arresto simple, que posteriormente fue elevada a 18 días por el jefe de la Subregión de la Policía Nacional de Huari – Áncash. Agrega que, por los mismos hechos, se le pasó de la situación de actividad a la de disponibilidad por medida disciplinaria por Resolución Regional N.º 062-IV RPNP-UP AMDI, de 28 de agosto de 1996 y, finalmente, por Resolución Directoral N.º 728-2000 DGPNP/DIPER, de fecha 7 de abril de 2003, se dispuso su pase al retiro, violándose el principio *ne bis in ídem*.

Los criterios enfáticos del Colegiado Constitucional han servido, ya desde aquel entonces, hasta la fecha, para ir desterrando todo tipo de trato discriminatorio por razones (particularmente) de sexo, lo que incluye: orientación sexual, como identidad de género. En el de caso de Álvarez Rojas, el tema apunta más que otra cosa a la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que se le sanciona a aquel, con 18 días de arresto simple por haber cometido “falta de desobediencia”, falta que se da “por no haberse cursado la solicitud correspondiente ante la Superioridad pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Sra. Keli Micheli Rojas Minchola, el día 03MAY96”. El Tribunal termina afirmando que ***“18...se ha acreditado que el recurrente fue sancionado a 18 días de arresto simple como autor de la falta contra la obediencia, por haberse casado sin contar con la autorización de la PNP. El Tribunal Constitucional considera que dicha sanción viola el principio de legalidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad...”*** [resaltado agregado].

Pero ¿Qué es el derecho al libre desarrollo de la personalidad?

Es un derecho que comprende la posibilidad y el ejercicio de realizar todas las acciones dirigidas a desarrollar aptitudes y elecciones individuales que no riñan con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios¹⁰³. Asimismo en uno de sus artículos, Manuel Enrique López Betancurt, Asesor de derechos de niñez y adolescencia, adscrito a la Personería de Medellín; señaló que, el libre desarrollo de la personalidad consiste en la “libertad de hacer o no hacer lo que se considere conveniente” y por tanto es un complemento a la autonomía personal, integrando tanto los derechos especiales relacionados con el ejercicio de las libertades fundamentales, como los derechos subjetivos de poder conducir la propia vida de la manera como se considere más conveniente, sin tener más limitaciones que los derechos de los demás y las consideraciones jurídicas.

El fin último del libre desarrollo de la personalidad, como derecho, es el reconocimiento y respeto que deben tender a promover las sociedades, con relación a la facultad natural de toda persona de ser individualmente como quiera ser, sin ningún tipo de coerción o limitación injustificada, tanto por parte del Estado como por parte de los particulares. Si cada individuo tiene como objetivo la realización de las metas, fijadas autónomamente por aquel de acuerdo con su temperamento y el carácter propio, la única limitación existente yace en no rebasar los derechos de los demás, no ir en contra del orden público (el ordenamiento regulador de la sociedad) y las buenas costumbres.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, no es algo que haya surgido recientemente, ya que su importancia y trascendencia han ido evolucionando gracias al paso del tiempo y los estudios realizados en su margen. Aquel derecho o atributo jurídico, tiene diferentes enfoques, dados por la biología, la historia, la filosofía y el Derecho. Una interesante tesis de pregrado postulada por Kevin Johan Villalobos Badilla, alumno de la Universidad de Costa Rica – Facultad de Derecho, Sede Occidente, intitulada “*Derecho humano al libre desarrollo de la personalidad*”; establece como una de sus hipótesis que “*El libre desarrollo de la personalidad es un derecho humano fundamental que unifica y dirige todos los derechos humanos*”

¹⁰³ STC. Exp. N° 0527-2008-PHC/TC, f. j. 4.

fundamentales con la finalidad de brindar una protección integral a la persona humana, tanto a nivel individual como colectivo.”

Antiguamente se decía que el derecho al libre desarrollo de la personalidad “...no es otra cosa que la traducción romana de la -ética de la vida conforme la naturaleza- de la escuela Estoica, que concebía la vida como un proceso de libre desarrollo de la personalidad, y al hombre, como un ser llamado a su plenitud, con capacidad para forjarse espiritual y socialmente a sí mismo. A estas ideas griegas agregó Cicerón algunos tópicos romanos, como la exaltación de la dignidad del hombre y la idea de la libertad.¹⁰⁴

La religión a su vez, constituyó una de las fuentes supremas que categorizaron el concepto de libre desarrollo de la personalidad, vinculándolo con la expresión de la voluntad, la que a su vez no sería otra cosa que la manifestación existencial del alma. Los religiosos lo llamaron “libre albedrío”, entendido esto, como una facultad de decidir entre lo bueno y lo malo (entiéndase que lo que se consideraba bueno o malo era determinado por el dogma religioso, o dogma de Dios).

Afirma el tesista Kevin Villalobos (citado arriba), que “*La iglesia católica respecto al derecho natural proclamaba la defensa de la libertad y el libre albedrío ya que consideraban que solo mediante su permiso y potencialización, los seres humanos podían desarrollar su personalidad, en búsqueda de su perfeccionamiento moral y espiritual. Todo en aras del fin máximo que era la salvación de su alma, y su acercamiento como ser mortal hacia Dios. Por ello, la razón de ser del Estado y el Derecho era justamente buscar estos fines, concepción que aún impregna la doctrina social de la iglesia. Su influencia se observa hoy en día, en las teorías social cristianas de los derechos sociales, adoptadas por el constitucionalismo moderno.*”

Asimismo, sociológicamente se dijo que “*el hombre-persona es el sujeto y el centro de la sociedad, la que con sus estructuras, organizaciones y funciones tiene por fin la creación y la continua adecuación de las condiciones económicas y culturales que permitan al mayor número posible de personas el desarrollo de sus facultades y la*

¹⁰⁴ (Lorenzo) FERNÁNDEZ GÓMEZ. Temas de Filosofía del Derecho, cuarta edición, Caracas Venezuela, Editorial Texto, 2007. Pág. 36

satisfacción de sus legítimas aspiraciones de perfección y de felicidad”¹⁰⁵(nótese el matiz utilitarista).

Hasta aquí podemos ir apreciando como es que el derecho al libre desarrollo de la personalidad guarda una íntima relación con el principio supremo de libertad; o más propiamente la libertad absorbe al primero. De allí que podemos categorizar tipos de libertades a efectos de determinar cómo es que funciona el libre desarrollo. La libertad natural, es aquella que viene fuertemente arraigada a nuestra existencia primitiva, la misma que nos impulsa a hacer lo que se nos plazca a fin de satisfacer nuestros instintos (fundamento naturalista) cuya limitación solo se circunscribía en capacidades, ambiciones y la ley del más fuerte. Los politólogos como Jacques Rousseau propugnaron la idea de que dicha libertad debe ser rezagada por una libertad civil¹⁰⁶, la cual queda sujeta a un contrato social, a través del que; en un consenso masivo pero uniforme, se posterga la libertad natural en su sentido primitivo, en aras de proteger los intereses de las personas y consolidar así, una sociedad imperada por la paz, el orden y la tranquilidad. La libertad civil permite la convivencia saludable, y brinda protección, todo ello a propósito de la creación de un Estado como ente superior respecto de los particulares.

No obstante, existe un tercer tipo de libertad (al menos según las fuentes que avalan nuestra postura), me refiero a la libertad moral; esa que nace primero de la religión, para luego abrirse paso como un valor independiente, regulado por la sociedad en base a la cultura y a lo permitido por el Estado; empero la tendencia religiosa fue determinante para ello, tan es así que se afirma: *“el libre albedrío fue la versión tradicional metafísica-correligiosa de la idea antropológica que hoy tenemos de la libertad. Libre albedrío y libertad son dos modos distintos de entender la capacidad del ser humano para autogobernarse*”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Congregación para la enseñanza Católica. Orientaciones para el estudio y la Enseñanza de la Doctrina Social de la Iglesia, N° 31, 1989. Pág. 36

¹⁰⁶ *“Lo que el hombre pierde por el contrato social, es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que intenta y que puede alcanzar; lo que gana, es la libertad civil...”* (Jean-Jacques) ROUSSEAU. El Contrato social: o sea principios del derecho político, España, Editorial Maxtor, 2008. Pág. 34

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ, Francisco Alonso. El hombre libre y sus sombras: una antropología de la libertad: los emancipados y los cautivos, Barcelona España, Editorial Anthropos, 2006. Pág. 21.

Para los fines de nuestra investigación no resulta ser indefectiblemente necesario hurgar en todos los argumentos e ideas que dieron pie a tan magno derecho (libre desarrollo de la personalidad); no obstante las breves pero concretas reseñas históricas a las que se han hecho referencia nos marcan una pauta para, en todo caso, seguir investigando al respecto. Lo que nos interesa de manera real para sustentar, esta tesis es el argumento *ius filosófico* el mismo que se origina con los análisis filosóficos respecto a la naturaleza racional y moral del ser humano, los cuales giran en torno a la necesidad de que a este le sean garantizados los derechos y libertades inherentes e indispensables a su misma naturaleza. *“Estos derechos naturales se refieren a la naturaleza general del hombre, y a las diferentes cualidades que en ella se hallan contenidas, para cuya conservación y desenvolvimiento debe el derecho suministrar las condiciones que dependen de la voluntad del hombre. Habrá pues tantos derechos naturales, como cualidades esenciales y fundamentales hay en la naturaleza humana. La cualidad general del hombre, y que abraza todas las demás, es su cualidad de persona, o la cualidad de un ser dotado de razón y de libre voluntad, cualidad que, presentando al hombre como teniendo un fin propio, no permite que sea tratado como cosa, como medio. Éste carácter racional es el que da al hombre su dignidad, absoluta como la razón, que es el elemento constitutivo de la personalidad”*¹⁰⁸.

Como ya se dijo, la teoría del Contrato Social constituye un elemento necesario para el reconocimiento positivo de todos los derechos que son inherentes a la persona desde su llegada al mundo. La génesis de todo derecho se contrae al principio rector, derecho y valor, de “Dignidad Humana”. Tanto la libertad, como la igualdad y otros principios y derechos humanos han sido sustentados en la dignidad de la persona. La filosofía utilitarista de Jeremy Bentham, el liberalismo igualitario de John Rawls, el libertarismo de Nozick, y otras corrientes han sido creadas, impulsadas, y seguidas con un solo fin: Crear un orden mundial. El orden a su vez, es algo demasiado abstracto, empero, lo que se busca es un consenso universal, a través del cual, todas las personas se sometan a los acuerdos y políticas adoptadas por la sociedad (de manera representativa o directa). Aquí conviene traer a colación la idea de Platón, “lo justo es lo que la ley manda, y lo mismo que hace felices a todos”. Entonces, la idea de un positivismo moderado, conjugado con la necesidad de reconocer en la norma expresa,

¹⁰⁸ (Ahrens) HEINRICH. Curso de Derecho Natural o Filosofía del Derecho-Tomo I, Madrid, Editorial BOIX, 1841. Pág. 104

derechos inalienables e inherentes a la persona por su calidad de tal, no resulta ser mala. De allí la justificación referente a poder plasmar en los plexos reguladores, la verdad absoluta y natural de que todos tenemos derecho a ser libres, manifestar nuestra personalidad, desempeñar el rol que se nos antoje, sin que el Estado intervenga en ello; siempre y cuando, nuestras conductas no rebasen (agravien) el derecho de los demás, ni vallan en contra del orden público (la ley).

Por ello es que, *“No basta con proclamar que el hombre es poseedor, ya sea por su naturaleza o por la concesión de una autoridad divina, de una serie de derechos. Se hace necesario incorporar estos al Derecho positivo para que tengan así fuerza y no sean simples proclamaciones sin valor”*¹⁰⁹. En efecto, lo glosado es tan cierto que esta tesis prácticamente constituye un alarido desesperado para redefinir el Matrimonio en el Perú, no sólo con el objeto de legitimar el reconocimiento a la diversidad sexual y sus relaciones, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad, sino a su vez, con el fin de no continuar segregando y/o discriminando a las personas LGTBI simple y sencillamente por su condición de tales. Ya se ha dicho hasta el cansancio (con harta fuente científica) que la orientación sexual o la identidad de género no constituyen un modo de vida (elección a voluntad), sino un rasgo inherente a la persona, determinado por factores genéticos, y no por enfermedades o degeneraciones psicológicas. Entonces, no se le puede impedir (bajo los mismos argumentos naturales que se utilizan para oponerse) a una persona que integra la comunidad LGTBI, adoptar un comportamiento acorde con su sexo biológico, y/o a mantener romances o establecer familias que difieran abruptamente con su proyecto de vida. En otras palabras, no se les puede restringir el derecho a desarrollarse libremente, dentro de los estándares permitidos por la Constitución y la ley, así como las buenas costumbres (no se puede llamar mala costumbre a la muestra de afecto moderada entre dos hombres o entre dos mujeres). Imaginemos los heterosexuales, que el Estado nos obligara a mantener una relación con una persona de nuestro mismo sexo; sin duda, constituiría una política aberrante que menoscabaría nuestra dignidad y todo lo que esta contiene; no por el hecho de repudiar una relación homosexual, sino por el hecho de que se nos imponga a hacer algo contrario a nuestra naturaleza.

¹⁰⁹ (Rafael) DE ASÍS. Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Madrid, Editorial Dykinson, 2000. Pág. 52

La historia nos ha demostrado que luego de tantos años de debate acerca de la naturaleza humana, que han originado más de una revolución, no ha sido en vano, ya que al menos ha servido para reconocer positivamente más de un derecho inherente a la persona humana; dentro de ellos, el derecho a desarrollar nuestra personalidad libremente; que sin duda alguna tiene un fuerte vínculo con la orientación sexual, identidad y expresión de género. Para ello, basta darle una breve revisada a la tantas veces manoseada sentencia de la Corte IDH en el caso de la señora Karen Atala Riffo y Menores vs Chile.

*“...Respecto al alegado privilegio de los intereses de la señora Atala, la Corte indicó que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. La Corte precisó que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. **En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.** Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad...Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente” que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas.” [el resaltado es agregado].*

Entonces si ya inclusive se ha sancionado a más de un Estado por afectar el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos (dentro de ellos, el libre desarrollo de la personalidad), deviene en un contrasentido que se sigan permitiendo tratos injustificadamente diferenciados por parte de aquellos o de los particulares, contra las personas LGBTI, solo por razones de orientación sexual o identidad de género. La Corte IDH, así como toda la corriente liberalista que viene detrás, han enfatizado que los

Estados deben crear políticas tendientes a eliminar todo tipo de segregación y/o discriminación; y por el contrario, deben promover la inclusión cultural, lo que abarca también el reconocimiento de la diversidad sexual. Resulta ser inaudito que aún existan personas que defienden una corriente “naturalista”, cuando es justamente tal tendencia la que compone parte de nuestros argumentos científicos; y es que como ya se dijo, la orientación sexual o identidad de género son situaciones que simplemente nacen, por genética, indiferentes de la voluntad humana (con la salvedad de quienes engendran degeneraciones sexuales motivo de factores alternos), como pasa indistintamente en quienes somos heterosexuales. Es decir, no se puede obligar a un homosexual por naturaleza a contraer matrimonio con un heterosexual, y a su vez, formar una familia y/o criar hijos con este.

¿Qué es lo que proponen las corrientes conservadoras?, ¿que las personas LGBTI vayan en contra de su naturaleza solo por la intolerancia de heterosexuales reprimidos y “morales”? El derecho al libre desarrollo de la personalidad, con meridiana interpretación sistemática, es un derecho de toda persona humana, al igual que la no discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género. Entonces, ¿qué es lo que impide que las personas LGBTI puedan contraer matrimonio?. La manifestación de sus preferencias sexuales o de la identidad del género que consideren suya, no afecta en lo más mínimo la vida o la familia del resto, ni sus intereses; por el contrario, constituirían conductas plena, legítima y hartamente reconocidas por los organismos en instituciones internacionales como nacionales. *¿ergo*, de que estamos hablando?. ¿Qué nos hace tan retrasados para no comprender algo tan sencillo?. Al menos las personas quienes crean en la legitimidad de un Estado, y en la importancia de este, como entidad superior cuya génesis tuvo como objeto lograr la paz, tranquilidad, justicia, igualdad y libertad civil, saben (muy en el fondo en el caso de la corriente necia) que no hay argumento jurídico, científico e inclusive moral para impedirles a las personas LGTBI manifestar sus preferencias personales, darlas a conocer al entorno, y esperar lo que los heterosexuales esperamos, reconocimiento, respeto y por qué no decirlo, admiración.

Finalmente, perspectivas estereotipadas de muchos de nosotros los heterosexuales, con relación a las personas LGBTI nos hacen creer que ellos no deben tener el derecho a manifestar libremente su personalidad (con todo lo que esta compone), debido a que en

nuestros pensamientos los vemos como personas degeneradas, antinaturales, revolucionarias, conflictivas, chismosas y hasta enfermas. Es más, confieso que antes de iniciar esta investigación, mi ignorancia era tan igual a la de las personas que ahora critico, o mejor dicho, compadezco, y porque no decirlo, mi principal argumento para oponerme a una unión LGTBI, era el de la adopción: *“los padres homosexuales crearán conductas indistintas a las de ellos, en los menores hijos, biológicos o adoptados”*; no obstante, no fue tan sorprendente que cambiara mi forma de pensar, en mérito a todo lo anteriormente glosado. La creencia sólo era mía, no tenía sustento alguno que avalara mis errados pensamientos. Ahora estoy convencido que los LGTBI, son tan iguales a nosotros, y la hipótesis aquí desarrollada ha cumplido su rol; aquellos tienen –al igual que nosotros–, derecho a desarrollarse libremente, sin mayor limitación que los derechos de las otras personas, y el orden público.

2.4. MARCO CONCEPTUAL. A continuación se definirán algunos conceptos de palabras que son usados en la presente tesis.

A. Sexo.- En un sentido estricto, el término “sexo” se refiere “a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer”¹¹⁰, a sus características fisiológicas¹¹¹, a “la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres”¹¹² o a “la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer”¹¹³.

¹¹⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general Nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

xiii. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Recomendación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20. 2009, párr. 20.

¹¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Recomendación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20. 2009, párr. 20.

¹¹² Organización Panamericana de la Salud y American University Washington College of Law, El Derecho a la Salud de los Jóvenes y las Identidades de Género: Hallazgos, Tendencias y Medidas Estratégicas para la Acción en Salud Pública. Washington DC, 2011, pág. 7.

¹¹³ Institute of Medicine (Instituto de Medicina de las Academias Nacionales de Ciencias de los Estados Unidos de América); The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People: Building a Foundation for Better Understanding; The National Academies Press, 2011; p. 25 (traducción libre de la CIDH).

B. Personas Intersex.- Desde la perspectiva del sexo, además de los hombres y las mujeres, se entiende que se alude también a las personas intersex. En la doctrina se ha definido la intersexualidad como “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”¹¹⁴. Históricamente la comprensión de esta identidad biológica específica se ha denominado a través de la figura mitológica del hermafrodita, la persona que nace “con ‘ambos’ sexos, es decir, literalmente, con pene y vagina”¹¹⁵.

C. Género.- La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el “Comité CEDAW”) ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas¹¹⁶. Cabe precisar, que para tratamiento internacional, se interpreta a la categoría género dentro de la categoría sexo.

D. Orientación Sexual.- La orientación sexual de una persona es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. Se ha definido como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”¹¹⁷

¹¹⁴ Cabral Mauro y Benzur Gabriel. Cuando Digo Intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad, Cad. Pagu no.24 Campinas Jan./June 2005.

¹¹⁵ Cabral Mauro y Benzur Gabriel. Cuando Digo Intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad, Cad. Pagu no.24 Campinas Jan./June 2005.

¹¹⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general Nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

¹¹⁷ Principios de Yogyakarta., p. 6, nota al pie 1. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.

E. Inmutabilidad.- “entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”¹¹⁸.

F. Heterosexualidad.- Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

G. Homosexualidad.- Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

H. Lesbiana.- para hacer referencia a la homosexualidad femenina.

I. Gay.- para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina.¹¹⁹

J. Bisexualidad.- Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

K. Identidad de género.- De conformidad con los Principios de Yogyakarta^{xix}, la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y

¹¹⁸ CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párr. 94

¹¹⁹ La Real Academia Española en su diccionario panhispánico de dudas da preferencia a la grafía *gai* sobre *gay*. Al respecto indica: “Aunque entre los hispanohablantes está extendida la pronunciación inglesa [gái], en español se recomienda adecuar la pronunciación a la grafía y decir [gái]”

otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales¹²⁰.

L.- Transgenerismo o trans.- Se encuentra incluido dentro de la Identidad de Género - es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste¹²¹, esta disconformidad es independiente de las intervenciones quirúrgicas que se pudiere realizar para parecer al género opuesto.

M.- Transexualismo.- Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social. Entre estas categorías se encontrarían las personas travestis.

N.- Travesti.- Se podría decir que las personas travestis son aquellas que expresan su identidad de género ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo¹²².

¹²⁰ Principios de Yogyakarta, p. 6, nota al pie 2. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.

¹²¹ Ph. D. Martine Aliana Rothblatt desarrolló en su manifiesto “Apartheid of Sex” esta categoría genérica, que a su vez ha sido utilizada por el movimiento social LGBT y la academia para englobar las distintas expresiones de la identidad de género transgénero. En oposición a la categoría transgénero, se podría hablar de la categoría cisgénero, que refleja por el contrario la conformidad entre el sexo biológico y lo que cultural y socialmente se espera en relación a la concordancia con su género. Las subcategorías cis-masculino haría referencia al hombre biológico que asume una identidad de género masculino y la cis-femenina, haría referencia a la mujer biológica que asume una identidad de género femenina. Al respecto se puede consultar la obra de Serano, Julia, *Whipping Girl: A Transsexual Woman on Sexism and the Scapegoating of Femininity*. Seal Press (Emeryville, CA), June 2007.

¹²² En general existe una diversidad de posicionamientos políticos en relación al término travesti. Por una parte, algunos grupos de activistas trans han señalado que es usado en forma peyorativa, mientras que otros reconocen el término travesti como una categoría política con gran fuerza significativa (véase, por ejemplo, la Declaración Travestis Feministas, XI Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe. México D.F. Marzo de 2009). Organizaciones como Global Rights han indicado que la definición de persona travesti según como se ha utilizado en algunas partes de América Latina se ha utilizado para referirse a “varones que, con frecuencia a muy temprana edad, adoptan nombres, estilos de vestimenta, peinado y pronombres lingüísticos femeninos. Pueden o no tomar hormonas femeninas, modificar sus cuerpos mediante siliconas y/o someterse a cirugía de reasignación de sexo. Por lo general, las travestis no se definen ni como hombres ni como mujeres sino que reivindican su identidad propia. El término ‘travesti’ es menos general que ‘transgender’ en inglés (o su equivalente castellano, ‘transgénero’) y ellas

Dentro de la categoría transgénero también se han ubicado otras terminologías tales como: *cross-dressers* (quienes ocasionalmente usan atuendos propios del sexo opuesto); *drag queens* (hombres que se visten como mujeres exagerando rasgos femeninos, generalmente en contextos festivos); *drag kings* (mujeres que se visten como hombres exagerando rasgos masculinos, generalmente en contextos festivos); y transformistas (hombres o mujeres que representan personajes del sexo opuesto para espectáculos)¹²³.

Ñ.- Expresión de Género. La expresión de género ha sido definida como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”¹²⁴

Dichos conceptos extraídos de material bibliográfico de primera mano, tal y como son los casos a nivel supranacional que se han ventilado a lo largo de la historia y la doctrina internacional, así como los propios estudios de investigadores y psicólogos, han marcado las pautas de prácticamente todas las situaciones en las cuales encajan cada tipo del amplio abanico de diversidad sexual que existe; no siendo menos importante señalar, que en el desarrollo de la presente investigación, se extraerán aún más términos complejos, sin embargo y valga la redundancia, los anteriormente descritos corresponden a ser los más importante.

2.5. MARCO LEGAL O FORMAL.-

no necesariamente se identifican con la acepción que en inglés tiene la palabra equivalente ‘transvestite.’” (pág. 110). Asimismo esta organización observa que en el contexto de los Estados Unidos, el término “transvestite” “es una forma anticuada de describir principalmente a los hombres que visten ropas que, según las convenciones sociales, corresponden a otro género.” (pág. 15) Véase Global Rights: Partners for Justice, Cómo Lograr Credibilidad y Fortalecer el Activismo: Una Guía para la Incidencia en Temas de Sexualidad, 2010. Por su parte, el Manual de Diagnóstico Psiquiátrico Americano (302.3 “fetichismo travesti”) define el travestismo como hombres heterosexuales que en forma recurrente, con intensidad sexual elaboran fantasías o acciones que involucran el uso de prendas femeninas.

¹²³ Información recibida por la CIDH en las audiencias temáticas sobre la situación de los derechos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex.

¹²⁴ Rodolfo y Abril Alcaraz, El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género, Textos del caracol, núm. 4. Dante núm. 14, CONAPRED 2008, p. 6. Véase también Comisión Internacional de Juristas, Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Guía para Profesional No. 4, 2009, p. 23

- Convención Americana sobre Derechos Humanos: arts. 1.1, 5, 8.1, 11.2, 17.1, 17.4, 19, 24 y 25.
- Principios de Yogyakarta.
- Constitución Política del Perú de 1993: art. 2 inc. 2.
- Entre otros.

III. OBJETIVOS:

3.1. OBJETIVO GENERAL.- Determinar cuáles son los principios, valores y derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.- Emanan del objetivo principal, esto es así pues los indicadores desagregados deductivamente de las variables de la hipótesis general (que se verán más adelante), son variables de las hipótesis específicas. Por tanto, al comprobarse estadísticamente las hipótesis específicas de la investigación, también queda contrastada la hipótesis principal, y con ello a su vez, contrastados los objetivos.

- Determinar si los principios de igualdad y no discriminación justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.
- Determinar si los valores jurídicos de Justicia y la Paz justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.
- Determinar si el derecho a la familia justifica la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.
- Determinar si el derecho al libre desarrollo de la personalidad justifica la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.

IV. HIPÓTESIS Y VARIABLES:

4.1. HIPÓTESIS: se efectuará en base a los problemas de investigación planteados *ut supra*; la hipótesis principal responderá al problema principal y las hipótesis específicas responderán a los problemas específicos.

Problema Principal:

¿Cuáles son los principios, valores y derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica?.

Problemas Específicos:

- ¿La igualdad y no discriminación son principios que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica?
- ¿La Justicia y la Paz, son valores jurídicos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica?
- ¿El derecho a la familia es uno de los derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica?
- ¿El derecho al libre desarrollo de la personalidad uno de los derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica?

A. HIPÓTESIS PRINCIPAL.- La igualdad, la justicia, el derecho a la familia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, son los principios, valores y derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.

B. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.-

- La igualdad y no discriminación son principios que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.
- La Justicia y la Paz, son valores jurídicos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.
- El derecho a la familia es uno de los derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.
- El derecho al libre desarrollo de la personalidad uno de los derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.

4.2. VARIABLES.-

Clases de Variables: HIPÓTESIS PRINCIPAL.-

Variable Independiente (x)

Principios, valores y derechos

Variable Dependiente (y)

Regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.

Identificación de Variables: HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.-

A.- PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

Variable Independiente (x)

Los Principios de Igualdad y No discriminación.

Variable Dependiente (y)

Regulación Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.

B.- SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

Variable Independiente (x)

Los Valores Jurídicos de Justicia y Paz

Variable Dependiente (y)

Regulación Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.

C.- TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

Variable Independiente (x)

Derecho a la Familia

Variable Dependiente (y)

Regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.

D.- CUARTA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

Variable Independiente (x)

Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Variable Dependiente (y)

Regulación Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.

4.3. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES E INDICADORES.-

Variable Independiente (X)

Principios, valores y derechos.

INDICADORES:

- norma
- jurisprudencia
- doctrina

Variable Dependiente (y)

Regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.

INDICADORES:

- norma
- jurisprudencia
- doctrina

MATRÍZ DE CONSISTENCIA (Sábana Jurídica).

V. ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS

Son las propuestas metodológicas y el rigor científico que debe de tener le trabajo de investigación:

5.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

5.1.1. Tipo de Investigación

El presente trabajo, se ha realizado mediante una investigación denominada Pura o Básica, teniendo como base teórica, artículos jurídicos, normas internacionales y de derecho comparado, leyes peruanas, sentencias del Tribunal Constitucional Peruano; entre otra gran variedad de fuente doctrinaria; con identificar los principios, valores y derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú-Ica.

5.1.2. Nivel de investigación.-

Debido a que es un problema de índole jurídico-social, abarca a la población en general.

5.1.3. Diseño de la investigación.-

Para el presente estudio se ha utilizado un Diseño cualitativo, debido a que ya existe gran material al respecto, así como otras legislaciones que ya han adoptado la institución jurídica del Matrimonio Igualitario.

5.2. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN.-

- Método Inductivo – Deductivo
- Método Analítico -Sintético
- Método Historio Lógico
- Método de la Observación
- Método de la Medición
- Método Heurístico

5.3. POBLACIÓN Y MUESTRA.-

5.3.1. Población a Estudiar

La Población comprendida es de 87219 ciudadanos mayores de 18 años¹²⁵ del Distrito de Ica-Perú.

5.3.2. Muestra de Estudio

La muestra fue de 382 ciudadanos iqueños. La selección de los integrantes de la muestra fue mediante el muestreo probabilístico empleando la técnica del sorteo o ánfora¹²⁶. Luego, para el cálculo del tamaño de la muestra se aplicó la siguiente fórmula:

$$n = \frac{Z^2 \cdot P \cdot Q \cdot N}{(N - 1) \cdot E^2 + PQZ^2}$$

Cuyos significados son:

Z = Valor de distribución normal a un nivel de confianza 95% = 1.96

n = Tamaño de la muestra

E = Error de estimación 5% = 0,05

P = Probabilidad de acierto 50% = 0,50

Q = Probabilidad de fracaso 50% = 0,50

N = Población

Aplicando la fórmula para el tamaño de muestra:

$$n = \frac{1.96^2 \times 0.50 \times 0.50 \times 87219}{(87219-1) \times (0.05^2) + 0.50 \times 0.50 \times 1.96^2}$$

$$n = \frac{83765.13}{218.05 + 0.9604}$$

$$n = 382.48$$

$$n = 382 \text{ ciudadanos iqueños}$$

¹²⁵ Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2007). Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda. Perú: INEI. Consultado el 25 de Octubre del 2014 desde <http://desa.inei.gov.pe/censos2007/tabulados/>

¹²⁶ CARRASCO DÍAZ, S. (2009). Metodología de la Investigación Científica. 2ª Reimpresión. Lima: Editorial San Marcos. p. 257

5.3.3. Técnicas de Recolección de la Información

- Cuestionario para técnica de la encuesta.
- Textos bibliográficos para la técnica del análisis documental.

5.3.4. Instrumentos de Recolección de la Información

- La encuesta.
- El análisis documental.

5.3.5. Análisis de Interpretación

Luego de empleadas las técnicas y los instrumentos de Recolección de Información se procederá a la evaluación de los resultados para obtener un resultado que indique fidedignamente la verdad y que ayude en la solución del tema-problema.

VI. RESULTADOS ESTADÍSTICOS

6.1. DESCRIPTIVO

Se realizó el análisis descriptivo con los resultados obtenidos de la encuesta aplicada a los ciudadanos iqueños. Recordemos que la variable independiente (X): Principios, valores y derechos se evidencia principalmente a través de los principios de igualdad y no discriminación, los valores jurídicos de justicia y paz, derecho a la familia y derecho al libre desarrollo de la personalidad según la operacionalización realizada de esta variable. Luego, se tiene la variable dependiente (Y) que es la regulación del matrimonio igualitario

DESCRIPCIÓN SOBRE PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

En esta parte, se encuestó a los ciudadanos iqueños integrantes de la muestra sobre este tema. Entonces, luego de aplicar el instrumento respectivo, se tiene los siguientes resultados:

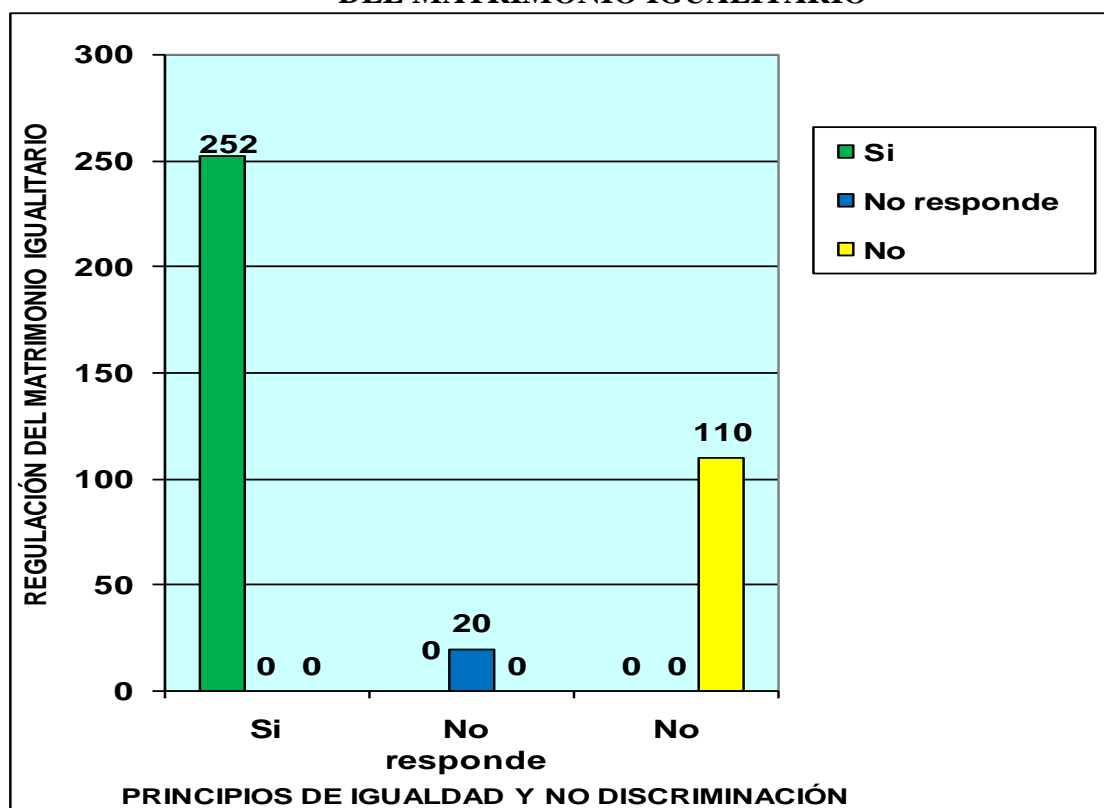
TABLA N° 1
PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO				
PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	Si	No responde	No	Total
Si	252	0	0	252
No responde	0	20	0	20
No	0	0	110	110
Total	252	20	110	382

Fuente: Trabajo de Campo

Luego, se tiene el siguiente gráfico de barras para complementar los resultados:

GRÁFICO N° 1
PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO



Fuente: Trabajo de Campo

Interpretación:

En esta sección, se ha observado que del total de la muestra estudiada (382 ciudadanos iqueños), 252 ciudadanos afirman que la igualdad y no discriminación son principios que sí justifican la regulación del Matrimonio Igualitario de la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex (LGTBI); luego 20 ciudadanos iqueños no responden sobre la igualdad y no discriminación que son principios que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario. En seguida, 110 iqueños opinaron que la igualdad y no discriminación son principios que no justifican la regulación del Matrimonio Igualitario de la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex (LGTBI).

DESCRIPCIÓN SOBRE LA JUSTICIA Y LA PAZ Y LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

En esta otra parte, también se encuestó a los 382 ciudadanos iqueños en estudio. Entonces, luego de realizar el trabajo de campo se tiene los siguientes resultados:

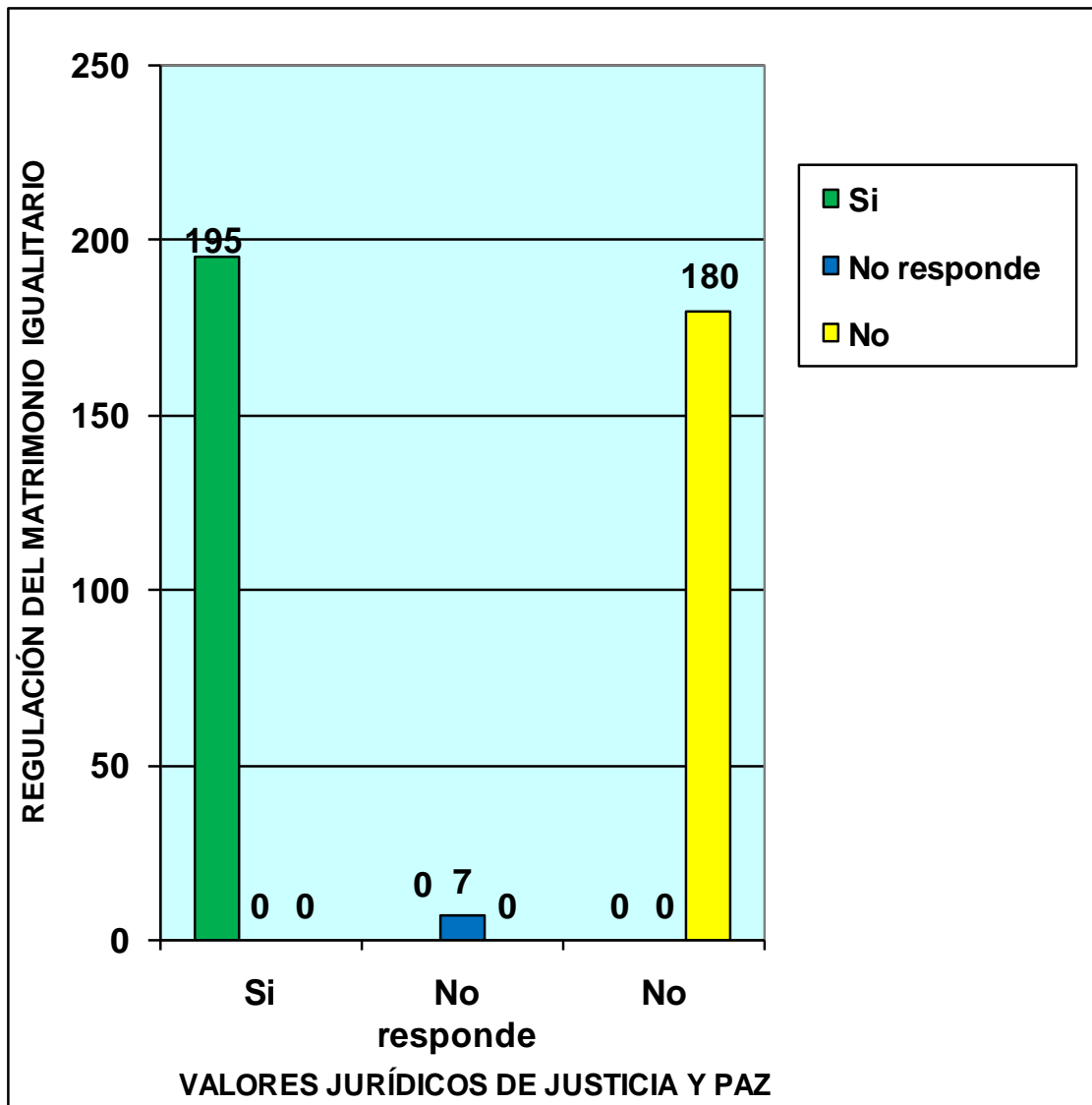
**TABLA N° 2
VALORES JURÍDICOS DE JUSTICIA Y LA PAZ Y REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO**

REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO				
VALORES JURÍDICOS DE JUSTICIA Y PAZ	Si	No responde	No	Total
Si	195	0	0	195
No responde	0	7	0	7
No	0	0	180	180
Total	195	7	180	382

Fuente: Trabajo de Campo

Luego, se tiene el siguiente gráfico de barras:

GRÁFICO N° 2
VALORES JURÍDICOS DE JUSTICIA Y LA PAZ Y REGULACIÓN DEL
MATRIMONIO IGUALITARIO



Fuente: Trabajo de Campo

Interpretación:

En esta parte, luego del trabajo de campo 195 ciudadanos opinaron que la justicia y la paz son valores jurídicos que si justifican la regulación del Matrimonio Igualitario de la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex (LGTBI); luego 7 ciudadanos iqueños no responden sobre los valores jurídicos de justicia y la paz que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario. También, 180 iqueños opinaron que la justicia y la paz como valores jurídicos no justifican la regulación del Matrimonio Igualitario de la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex (LGTBI).

DESCRIPCIÓN SOBRE EL DERECHO A LA FAMILIA Y REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

Luego de realizar el trabajo de campo se tiene lo siguiente:

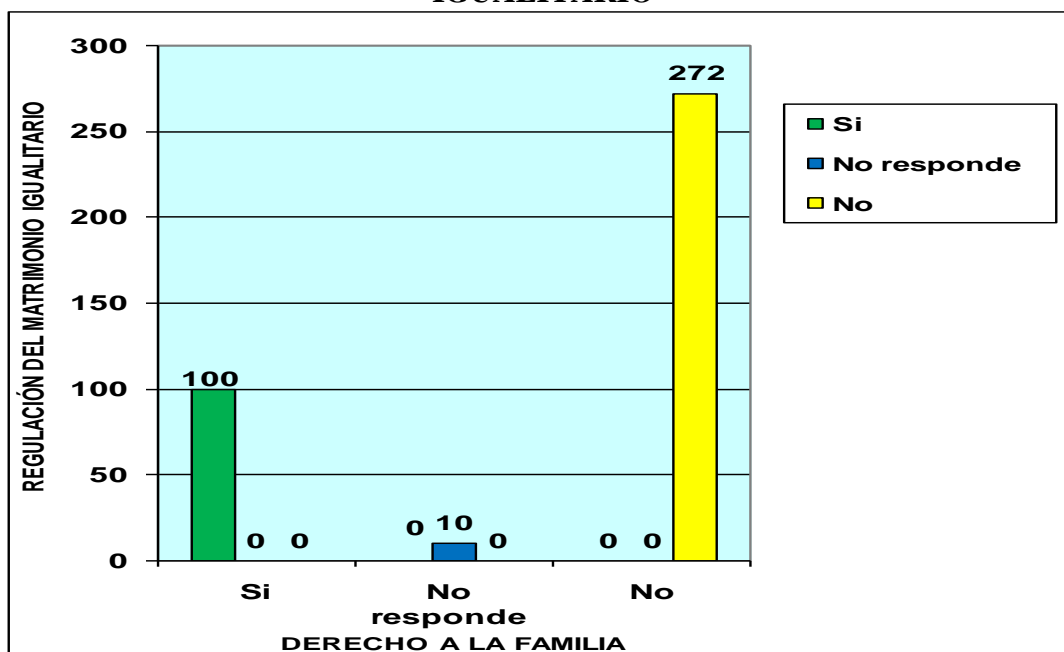
TABLA N° 3
DERECHO A LA FAMILIA Y REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO				
DERECHO A LA FAMILIA	Si	No responde	No	Total
Si	100	0	0	100
No responde	0	10	0	10
No	0	0	272	272
Total	100	10	272	382

Fuente: Trabajo de Campo

Luego, se tiene el siguiente gráfico de barras:

GRÁFICO N° 3
DERECHO A LA FAMILIA Y REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO



Fuente: Trabajo de Campo

Interpretación:

En esta otra parte, luego de aplicar la encuesta 100 iqueños opinaron que el derecho a la familia es uno de los derechos que si justifican la regulación del matrimonio igualitario de la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex (LGTBI); luego 10 ciudadanos iqueños no responden sobre el derecho a la familia que justifica la regulación del Matrimonio Igualitario. También, 272 iqueños opinaron que el derecho a la familia es uno de los derechos que no justifica la regulación del matrimonio igualitario de la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex (LGTBI).

DESCRIPCIÓN SOBRE EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

Se tiene los siguientes resultados:

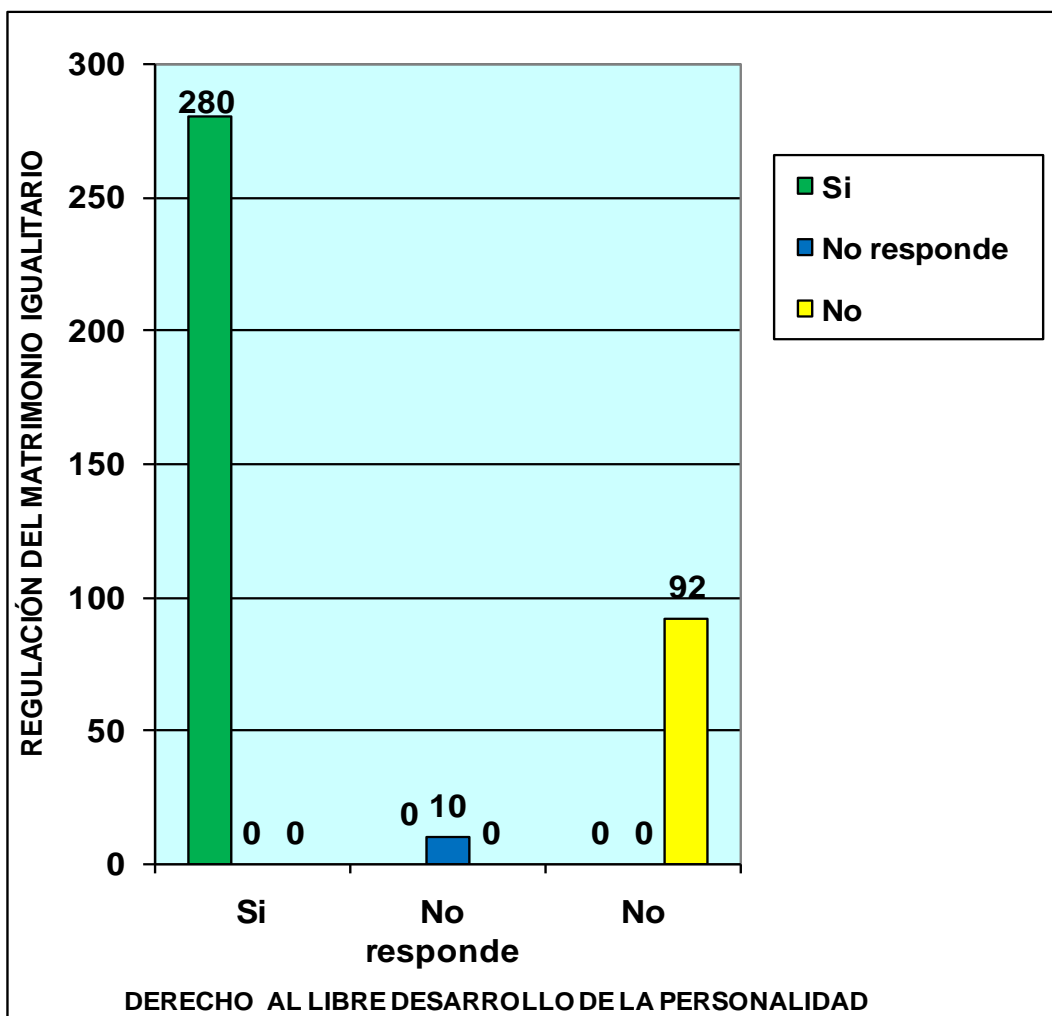
TABLA N° 4
DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y LA
REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO				
DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD	Si	No responde	No	Total
Si	280	0	0	280
No responde	0	10	0	10
No	0	0	92	92
Total	280	10	92	382

Fuente: Trabajo de Campo

Luego, se tiene el siguiente gráfico de barras:

GRÁFICO N° 4
DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y LA
REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO



Fuente: Trabajo de Campo

Interpretación:

En esta sección, luego de aplicar la encuesta 280 iqueños opinaron que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es uno de los derechos que si justifican la regulación del matrimonio igualitario de la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex (LGTBI); luego 10 ciudadanos iqueños no responden sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad que justifican la regulación del matrimonio igualitario. .Por último, 92 iqueños opinaron que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es uno de los derechos que no justifican la regulación del matrimonio igualitario de la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex (LGTBI).

6.2. CONTRASTACION DE HIPÓTESIS

En base a los datos que se obtuvieron, se desarrollan una serie de asociaciones estadísticas de interés, en particular se trabajaron con tablas de contingencia, las cuales evaluaron la asociación de las variables en estudio por medio de la prueba Chi cuadrado (X^2), la cual plantea como hipótesis nula el hecho de que las variables no están asociadas o son independientes.

Recordemos, que al contrastar las hipótesis, la máxima probabilidad con la que se corre el riesgo de cometer un error se llama nivel de significancia ($\alpha = 0,05$ para la presente tesis). También, se utilizó el programa SPSS versión 21 mediante el cual se procesó los datos obtenidos. Por último, la muestra para la investigación es de 382 ciudadanos iqueños a los cuales se encuestó.

Entonces, se tiene lo siguiente:

La hipótesis específica N° 1, dice: *“La igualdad y no discriminación son principios que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú”*.

Para el proceso de la prueba, es necesario tener las hipótesis estadísticas, que a continuación se plantea:

H_0 :

La regulación del matrimonio igualitario es independiente de los principios de igualdad y no discriminación.

H_1 :

La regulación del matrimonio igualitario es dependiente de los principios de igualdad y no discriminación.

Se procedió a procesar la información con el programa estadístico SPSS versión 21 con un nivel de confianza del 95% siendo los resultados:

TABLA N° 5

Tabla de contingencia PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN * REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

			REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO			Total
			SI	NO RESPONDE	NO	
PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	SI	Recuento	252	0	0	252
		Frecuencia esperada	166,2	13,2	72,6	252,0
	NO RESPONDE	Recuento	0	20	0	20
		Frecuencia esperada	13,2	1,0	5,8	20,0
	NO	Recuento	0	0	110	110
		Frecuencia esperada	72,6	5,8	31,7	110,0
Total	Recuento	252	20	110	382	
	Frecuencia esperada	252,0	20,0	110,0	382,0	

Fuente: programa SPSS versión 21

TABLA N° 6

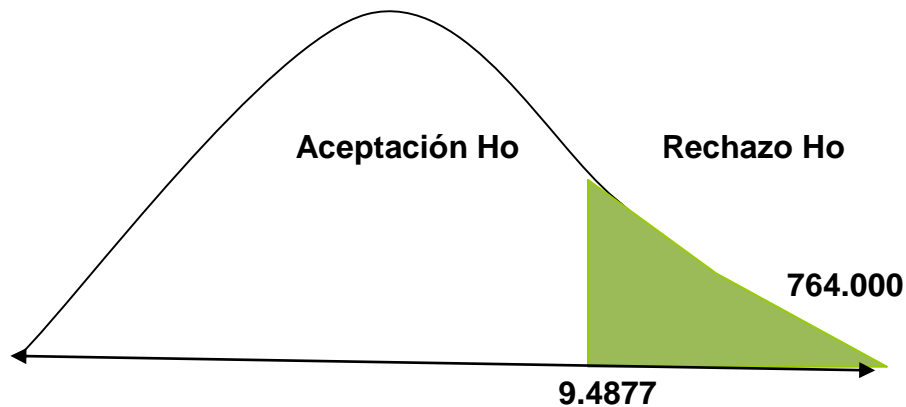
Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	764,000^a	4	,000
Razón de verosimilitudes	601,534	4	,000
Asociación lineal por lineal	381,000	1	,000
N de casos válidos	382		

a. 1 casillas (11.1%) tienen una frecuencia esperada inferior a 5. La frecuencia mínima esperada es 1.05.

Fuente: programa SPSS versión 17

El valor χ^2 calculado 764,000 debemos compararlo con la distribución χ^2 de tabla con $(3-1)(3-1)=4$ grado de libertad. Entonces, χ^2 de tabla 0.95 (4)= 9,4877



Por lo tanto, como el valor calculado es 764,000 es superior al valor crítico (9,4877 según tabla de Chi cuadrado), se concluye que debemos rechazar la hipótesis nula (H_0) y aceptar la hipótesis alterna (H_1) que menciona: la regulación del matrimonio igualitario es dependiente de los principios de igualdad y no discriminación.

Luego, la hipótesis específica N° 2, menciona: “*La Justicia y la Paz, son valores jurídicos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú*”.

Para el proceso de la prueba, se tiene las hipótesis estadísticas con el siguiente planteamiento:

H_0 :

La regulación del matrimonio igualitario es independiente de los valores jurídicos de justicia y paz

H_1 :

La regulación del matrimonio igualitario es dependiente de los valores jurídicos de justicia y paz

Se procedió a procesar la información con el programa estadístico SPSS versión 21 con un nivel de confianza del 95% siendo los resultados:

TABLA N° 7

Tabla de contingencia VALORES JURÍDICOS DE JUSTICIA Y PAZ * REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

			REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO			Total
			SI	NO RESPONDE	NO	
VALORES JURÍDICOS DE JUSTICIA Y PAZ	SI	Recuento	195	0	0	195
		Frecuencia esperada	99,5	3,6	91,9	195,0
	NO RESPONDE	Recuento	0	7	0	7
		Frecuencia esperada	3,6	,1	3,3	7,0
	NO	Recuento	0	0	180	180
		Frecuencia esperada	91,9	3,3	84,8	180,0
Total	Recuento	195	7	180	382	
	Frecuencia esperada	195,0	7,0	180,0	382,0	

Fuente: programa SPSS versión 21

TABLA N° 8

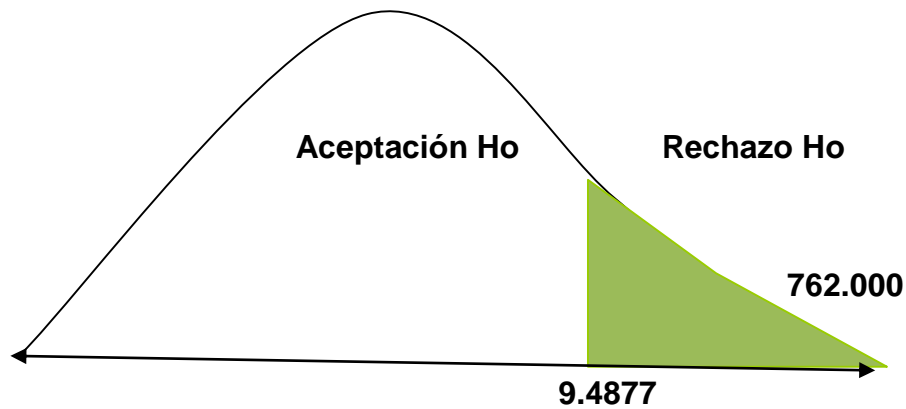
Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	762,000^a	4	,000
Razón de verosimilitudes	589,124	4	,000
Asociación lineal por lineal	380,000	1	,000
N de casos válidos	382		

a. 5 casillas (55.6%) tienen una frecuencia esperada inferior a 5. La frecuencia mínima esperada es .13.

Fuente: programa SPSS versión 17

El valor χ^2 calculado 762,000 debemos compararlo con la distribución χ^2 de tabla con $(3-1)(3-1)=4$ grado de libertad. Entonces, χ^2 de tabla 0.95 (4)= 9,4877.



Por lo tanto, como el valor calculado es 762,000 es superior al valor crítico (9,4877 según tabla de Chi cuadrado), se concluye que debemos rechazar la hipótesis nula (H_0) y aceptar la hipótesis alterna (H_1) que menciona: la regulación del matrimonio igualitario es dependiente de los valores jurídicos de justicia y paz.

Ahora, la hipótesis específica N° 3, menciona: “*El derecho a la familia es uno de los derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú*”.

Para el proceso de la prueba, se tiene las hipótesis estadísticas con el siguiente planteamiento:

H_0 :

La regulación del matrimonio igualitario es independiente del derecho a la familia

H_1 :

La regulación del matrimonio igualitario es dependiente del derecho a la familia

Se procedió a procesar la información con el programa estadístico SPSS versión 21 con un nivel de confianza del 95% siendo los resultados:

TABLA N° 9

Tabla de contingencia DERECHO A LA FAMILIA * REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

			REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO			Total
			SI	NO RESPONDE	NO	
DERECHO A LA FAMILIA	SI	Recuento	100	0	0	100
		Frecuencia esperada	26,2	2,6	71,2	100,0
	NO RESPONDE	Recuento	0	10	0	10
		Frecuencia esperada	2,6	,3	7,1	10,0
	NO	Recuento	0	0	272	272
		Frecuencia esperada	71,2	7,1	193,7	272,0
Total	Recuento	100	10	272	382	
	Frecuencia esperada	100,0	10,0	272,0	382,0	

Fuente: programa SPSS versión 21

TABLA N° 10

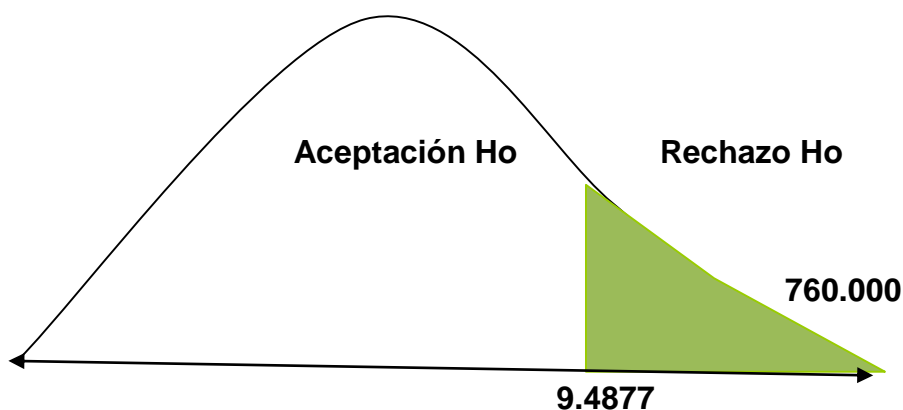
Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	760,000^a	4	,000
Razón de verosimilitudes	525,659	4	,000
Asociación lineal por lineal	382,000	1	,000
N de casos válidos	382		

a. 3 casillas (33.3%) tienen una frecuencia esperada inferior a 5. La frecuencia mínima esperada es .26.

Fuente: programa SPSS versión 17

El valor χ^2 calculado 760,000 debemos compararlo con la distribución χ^2 de tabla con $(3-1)(3-1)=4$ grado de libertad. Entonces, χ^2 de tabla 0.95 (4)= 9,4877



Entonces, como el valor calculado es 760,000 es superior al valor crítico (9,4877 según tabla de Chi cuadrado), se concluye que debemos rechazar la hipótesis nula (H_0) y aceptar la hipótesis alterna (H_1) que menciona: la regulación del matrimonio igualitario es dependiente del derecho a la familia

La hipótesis específica N° 4, menciona: *“El derecho al libre desarrollo de la personalidad uno de los derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú”*.

Para el proceso de la prueba, se tiene las hipótesis estadísticas con el siguiente planteamiento:

H_0 :

La regulación del matrimonio igualitario es independiente del derecho al libre desarrollo de la personalidad

H_1 :

La regulación del matrimonio igualitario es dependiente del derecho al libre desarrollo de la personalidad

Se procedió a procesar la información con el programa estadístico SPSS versión 21 con un nivel de confianza del 95% se obtiene:

TABLA N° 11

Tabla de contingencia DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD * REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

			REGULACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO			Total
			SI	NO RESPONDE	NO	
DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD	SI	Recuento	280	0	0	280
		Frecuencia esperada	205,2	7,3	67,4	280,0
	NO RESPONDE	Recuento	0	10	0	10
		Frecuencia esperada	7,3	,3	2,4	10,0
	NO	Recuento	0	0	92	92
		Frecuencia esperada	67,4	2,4	22,2	92,0
Total	Recuento	280	10	92	382	
	Frecuencia esperada	280,0	10,0	92,0	382,0	

Fuente: programa SPSS versión 21

TABLA N° 12

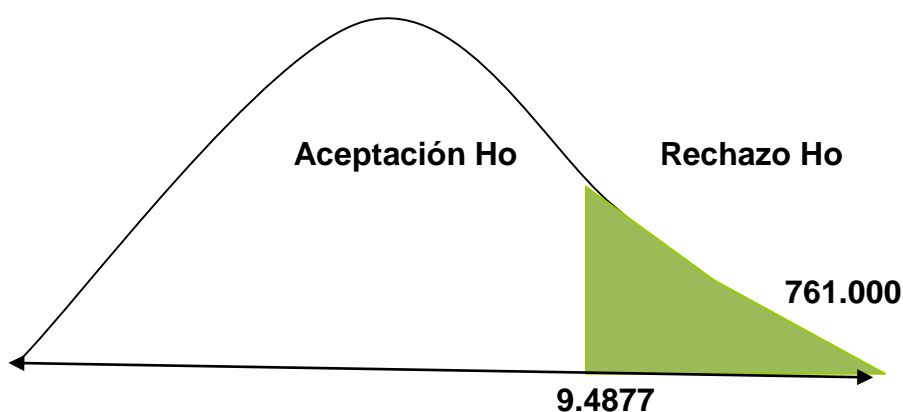
Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	761,000^a	4	,000
Razón de verosimilitudes	518,758	4	,000
Asociación lineal por lineal	380,000	1	,000
N de casos válidos	382		

a. 3 casillas (33.3%) tienen una frecuencia esperada inferior a 5. La frecuencia mínima esperada es .26.

Fuente: programa SPSS versión 17

El valor χ^2 calculado 761,000 debemos compararlo con la distribución χ^2 de tabla con $(3-1)(3-1)=4$ grado de libertad. Entonces, χ^2 de tabla 0.95 (4)= 9,4877



Entonces, como el valor calculado es 761,000 es superior al valor crítico (9,4877 según tabla de Chi cuadrado), se concluye que debemos rechazar la hipótesis nula (Ho) y aceptar la hipótesis alterna (H1) que menciona: la regulación del matrimonio igualitario es dependiente del derecho al libre desarrollo de la personalidad

Por último, tenemos la hipótesis principal que menciona: *“La igualdad, la justicia, el derecho a la familia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, son los principios, valores y derechos que justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú”*.

Para comprobar la hipótesis principal se recurre a la comprobación de las hipótesis específicas, pues el autor Antonio Alva Santos (2004) menciona en cuanto a la operacionalización de variables:“(…) operacionalizar significa identificar cuál es la variable, cuáles son sus indicadores y el índice (o, lo que es lo mismo, definirla teóricamente, realmente y operacionalmente), ya que todo ello nos permitirá traducirla variable teórica en propiedades observables y medibles, descendiendo cada vez más desde lo general a lo singular.”¹²⁷ En base a lo citado, siendo las hipótesis específicas comprobadas se asume que la hipótesis general también queda comprobada, esto es así pues los indicadores desagregados deductivamente de las variables de la hipótesis general, son variables de las hipótesis específicas. Por lo tanto, al comprobarse estadísticamente las hipótesis específicas de la investigación N° 1,2,3 y 4 también queda contrastada la hipótesis principal.

¹²⁷ ALVA SANTOS Antonio (2004). Operacionalización de las Variables. USA: Florida Institute for Human and Machine Cognition (IHMC). p.1

VII. CONCLUSIONES

CONCLUSIONES PRINCIPALES:

1. En el presente trabajo se ha cumplido con el objetivo principal, determinándose los principios, valores y derechos que justifican el Matrimonio Igualitario en el Perú, absolviéndose el problema principal, y comprobándose que la hipótesis principal se cumple, la cual establece que los principios de igualdad y no discriminación, los valores de justicia y paz y los derechos a la familia y al libre desarrollo de la personalidad, justifican el Matrimonio Igualitario en el Perú.
2. En ese sentido, se concluye con relación a la primera hipótesis específica, que los principios de igualdad y no discriminación, en sentido general justifican la dación de plexos normativo-políticos orientados a mantener en un estado de relativa igualdad respecto de quienes conforman determinado grupo social; y en sentido específico, justifican la regulación del Matrimonio Igualitario en el Perú.
3. Se concluye con relación a la segunda hipótesis específica, que los valores jurídicos de justicia y paz, también se constituyen como elementos válidos que justifican el Matrimonio Igualitario en el Perú, homologándose a la justicia con el respeto máximo por los derechos de la persona humana, en tanto que con relación a la paz, se ha considerado que una sociedad en donde no exista discriminación, es una sociedad más próxima a mantener un “estado de paz”.
4. Respecto a la tercera hipótesis específica, concluimos que el derecho a la familia sustenta la posibilidad de regular el Matrimonio Igualitario en el Perú, en razón a que aquel se ha enfocado desde una perspectiva asociativa, dado a que los grupos familiares se constituyen por decisiones de sus integrantes como seres libres, y asimismo el concepto de familia no es unívoco, es decir, no se puede asumir que sólo existe la familia en tanto a que la integre una pareja heterosexual.
5. Finalmente, en lo referente a la cuarta hipótesis específica, se ha concluido que el libre desarrollo de la personalidad, se presenta como una de las libertades de interés y respeto absoluto, ya que toda persona tiene el derecho a elaborar su propio proyecto de vida y a desarrollarlo en tanto que no se contravenga el orden público o las buenas costumbres.

CONCLUSIONES ALTERNAS:

1. El Derecho es una ciencia que ha venido sufriendo infinidad de cambios, que se han estudiado desde diferentes disciplinas de éste, como lo son la filosofía del derecho, la teoría general del derecho, la historiología, la historiografía, etc, y que actualmente tiene (entre otras) como una solución a la formulación de la problemática de su concepción; la de afirmar que es una ciencia eminentemente social, y como tal se amolda a los cambios sociales; y dichos cambios sociales básicamente yacen en el respeto máximo por los derechos humanos de la persona humana, como garantías supremas de ineludible reconocimiento; en el caso de nuestra investigación, respeto por los derechos de las personas LGTBI.
2. Se ha observado como la ciencia ha ido cambiando su apreciación sobre lo que se entendía por el comportamiento LGTBI, debido a que antes se le llegó a considerar un trastorno de la personalidad, una conducta degenerada y/o enfermiza producto de una anomalía psíquica, etc; sin embargo, ello actualmente ello ha sido superado, llegándose a acreditar por diversos estudios, que los comportamientos LGTBI se encuentran íntimamente ligados a la naturaleza (en escala de diversidad) del ser humano; consecuentemente no se puede culpar a alguien por tener una apreciación de su personalidad, distinta a la que tienen los demás respecto de éstos, no existe un estándar de orientación sexual o de identidad de género.
3. El matrimonio civil no tiene por qué tener un basamento de índole religioso, dado a que como institución creada por el hombre (nos referimos a matrimonio civil y no religioso), e inclusive en otros países considerada un contrato, no exige a los consortes corresponder a determinado grupo según su orientación sexual (heterosexual) y/o guardar correspondencia con su sexo biológico en lo que respecta a su comportamiento; sino por el contrario, dicho instituto jurídico (como cualquier otro) debe amoldarse a las necesidades sociales, y en el caso de tener algún tipo de restricción, ésta deberá justificarse en un trato diferenciado que no sea inconstitucional y/o no atente contra los derechos humanos.
4. La adopción, como problema (tal vez) más importante del debate para permitir un Matrimonio Igualitario, constituye a nuestro criterio, una objeción cuyos fundamentos vienen decayendo, como ocurrió con el estudio de Mark Regnerus

realizado en el año 2012, no existiendo a la fecha un estudio concreto y específico, que determine que un menor desarrolla problemas de naturaleza psíquica en el caso de ser criado por padres LGTBI que reúnan los requisitos morales objetivos mínimos; es decir, no se conoce patrón alguno que demuestre que los hijos criados por padres LGTBI necesariamente también hereden por convivencia, la orientación sexual o la identidad de género de dichos padres; esto se podría resolver (como se ha hecho) con estudios a la inversa, es decir, existen menores criados por parejas heterosexuales con bases morales suficientes, que sin embargo, en la adultez optan (en aquellos tópicos) por caminos distintos a los de sus progenitores; *ergo*, la regla se rompe si vemos que no todo menor criado por padres heterosexuales necesariamente llegue también a desempeñarse cotidianamente como heterosexual y con la identidad acorde a su sexo biológico, a mérito del ejemplo paternal.

5. En virtud a la innumerable casuística en sede internacional, tanto en las Cortes Europeas, como en nuestra Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase el caso de Karen Atala Rifo y Menores vs Chile); es que actualmente en 26 países han legalizado el matrimonio igualitario, la mayoría de ellos en Europa. Esa unión es legal en: Finlandia, Irlanda, Holanda, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Luxemburgo, Noruega, Irlanda, Suecia, Portugal, Grecia, Inglaterra, Gales, Escocia, Islandia, Estados Unidos, Canadá, Argentina, Uruguay, Brasil, México (varios estados), Sudáfrica, Nueva Zelanda y Colombia; es decir, tarde o temprano el Perú seguirá el mismo ejemplo, teniendo en cuenta los fundamentos científico-biológicos, sociológicos, jurídicos y etc, que se han detallado en el presente trabajo.
6. Finalmente, no procedería la modificación parcial de la Constitución, en atención a que pensar en un referéndum no sería constitucional, si se tiene en cuenta que el acceso al Matrimonio yace el ejercicio pleno del derecho de igualdad y libertad; y como consecuencia de lo anterior, no puede someterse a referéndum el reconocimiento o ejercicio pleno de los derechos de igualdad o libertad, debido a que su desaprobación generaría disminución en tales derechos fundamentales, lo cual (valga la redundancia) resultaría inconstitucional. A parte de ello, (y lo más importante) **no es necesaria la modificación de la Constitución**, debido a que de la lectura atenta del artículo 4 de la Constitución Política del Estado, podemos apreciar que este señala que *“la familia y el*

matrimonio son instituciones naturales y fundamentales de la sociedad”, lo que significa que la conformación familiar a través del matrimonio, resulta su vez implícita para la sociedad peruana; sin hacerse mención alguna con relación a que dicho instituto solo quede reservado para un varón y para una mujer (heterosexuales); ello ha sido definido por la ley (artículo 234 del Código Civil), la misma que **sí puede y debe** ser modificada como ha sucedido en las otras naciones arriba mencionadas.

7. Finalmente, consideramos que al no regularse un Matrimonio Igualitario, no sólo se inobservan, sino que se atenta directamente contra la dignidad humana, y consecuentemente, se vulneran los principios, derechos y valores que han sustentado esta investigación, entre otros que tendrán a bien identificarse en otros trabajos a partir de nuestros postulados.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA:

- ALVA SANTOS, Antonio (2004). Operacionalización de las Variables. USA: Florida Institute for Human and Machine Cognition (IHMC).
- ASAMBLEA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Derechos Humanos Orientación Sexual e Identidad de Género. AG/RES. 2653 (XLI-0/11). Aprobada el 7 de junio de 2011.
- BADILLA, Ana Elena. *El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.
- CABRAL Mauro y BENZUR Gabriel. Cuando Digo Intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad, Cad. Campinas Jan./June 2005.
- CARRASCO DÍAZ, S. (2009). Metodología de la Investigación Científica. 2º Reimpresión. Lima: Editorial San Marcos.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS-MINISTERIO de Igualdad-Gobierno de España. “Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Guía N° 04.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS. Recomendación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20. 2009.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.
- CONGREGACIÓN PARA LA ENSEÑANZA CATÓLICA. Orientaciones para el estudio y la Enseñanza de la Doctrina Social de la Iglesia, N° 31, 1989.
- DE ASÍS, Rafael, Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Madrid, Editorial Dykinson, 2000.

- DE LANDA, Manuel, *Mil años de historia no lineal*, Gedisa, 2011. y Edith ENNEN, *The Medieval Woman*, Oxford, Basil Blackwell, 1989, pág. 267.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado de derecho de familia*. Buenos Aires: Tipografía Editorial Argentina 1953.
- FERNÁNDEZ GÓMEZ, Lorenzo, *Temas de Filosofía del Derecho*, cuarta edición, Caracas Venezuela, Editorial Texto, 2007.
- FERNÁNDEZ, Francisco Alonso. *El hombre libre y sus sombras: una antropología de la libertad: los emancipados y los cautivos*, Barcelona España, Editorial Anthropos, 2006. Pág. 21.
- FORO SOCIAL MUNDIAL, 19 de marzo de 2007, Nairobi, Kenya (original en inglés, traducción libre).
- FERRAJOLI, Luigi. *Igualdad y diferencia*, En: CAICEDO TAPIA, Danilo y PORRAS VELASCO, Angélica (editores). *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cutos, Ecuador, diciembre del 2010.
- FRASER, Nancy. *Escalas de justicia*. 2008.
- GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales*. Editorial ADRUS S.R.L. Arequipa-Perú 2014.
- HEINRICH, Ahrens, *Curso de Derecho Natural o Filosofía del Derecho-Tomo I*, Madrid, Editorial BOIX, 1841.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, en FERNÁNDEZ PARDO, C. A. (comp.) (1977): *Teoría política y modernidad*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latín.
- INFORMACIÓN recibida por la CIDH en las audiencias temáticas sobre la situación de los derechos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex.
- INSTITUTE OF MEDECINE (Instituto de Medicina de las Academias Nacionales de Ciencias de los Estados Unidos de América); *The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People: Building a Foundation for Better Understanding*; The National Academies Press, 2011 (traducción libre de la CIDH).
- Kelsen, Hans artículo intitulado: “¿Qué es la justicia?”.

- KELSEN, Hans (2003), *La Paz por medio del Derecho* (Traducido por Luis Echavarría), editorial Trota Buenos Aires, primera edición.
- LA BIBLIA, Watchtower Bible And Tract Society Of New York, Inc. Brooklyn, New York, U.S.A., traducida al español.
- LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA en su diccionario panhispánico.
- MARX, Karl. *Crítica al programa de Gotha* (1875).
- MOSSE, Claude (1990). *La mujer en la Grecia Clásica*. Madrid, Nerea.
- NOZICK, Robert. *Anarquía Estado y Utopía*, Basic Books, Inc. Nueva York (1974).
- OPORTO PATRONI, Gabriela J. artículo intitulado: *El acceso al matrimonio sin distinción por el sexo de los contrayentes como consecuencia de la igualdad y la libertad de las personas, a propósito del reciente referéndum en Irlanda*. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Revista Tomo 92.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA de la Salud y American University Washington College of Law, *El Derecho a la Salud de los Jóvenes y las Identidades de Género: Hallazgos, Tendencias y Medidas Estratégicas para la Acción en Salud Pública*. Washington DC, 2011.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA de la Salud y American University Washington College of Law, *El Derecho a la Salud de los Jóvenes y las Identidades de Género: Hallazgos, Tendencias y Medidas Estratégicas para la Acción en Salud Pública*. Washington DC, 2011.
- PANDJIARJIAN, Valeria. Balance regional. Visión panorámica del litigio internacional en Cladem. En: CLADEM. *Los derechos de las mujeres en clave feminista Experiencias del Cladem*. Lima, CLADEM, 2009, p. 51
- PLUTARCO, *Vida de Licurgo*, xv, 10.
- PORTUGAL FERNÁNDEZ, Rafael. Artículo intitulado: *Estudios sobre homoparentalidad: revisión científica y análisis metodológico*.
- PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA., 1. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.
- RAWLS, John. *Justicia como Equidad: Una reformulación*: (1971).

- REUTERS, “ Afghan boy dancers sexually abused by former warlords ”, 18 de noviembre de 2007, y Human Rights Watch, “ Iran: Two More Executions for Homosexual Conduct ”, 22 de noviembre de 2005.
- RODOLFO Y ABRIL ALCARAZ, El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género, Textos del caracol, núm. 4. Dante núm. 14, CONAPRED 2008, p. 6. Véase también Comisión Internacional de Juristas, Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Guía para Profesional.
- RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Artículo: *Chile aprueba el acuerdo de vida en pareja para heterosexuales y homosexuales: ¿Se aprobará en el Perú la Unión Civil*”, Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional, Tomo 87-marzo 2015, p. 252.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. El Contrato social: o sea principios del derecho político, España, Editorial Maxtor, 2008.
- SALINAS ARANEDA, Carlos (2009) *El matrimonio religioso ante el derecho chileno*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2009: 7.
- SIVERINO BAVIO, Paula. Artículo sobre: *Unión Civil: Segregación sexista y segregación racial, adivine las diferencias*. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Tomo 87, marzo 2015.
- VEYNE, Paúl (1984). «Familia y amor durante el alto Imperio Romano». *Amor, familia, sexualidad*. Barcelona, editorial Argot.
- VISIÓN PANORÁMICA del litigio internacional en Cladem. En: CLADEM. Los derechos de las mujeres en clave feminista Experiencias del Cladem. Lima, CLADEM, 2009.
- WHIPPING GIRL, Julia,: A Transsexual Woman on Sexism and the Scapegoating of Femininity. Seal Press (Emeryville, CA), June 2007.

JURISPRUDENCIA:

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-481/98, de 9 de septiembre de 1998.
- Comité de Derechos Humanos, Toonen vs. Australia. Comunicación 488/1992 del 4 de abril de 1994.

- Comité de Derechos Humanos, Young vs. Australia. Comunicación 941/2000 del 18 de setiembre de 2003.
- Comité de Derechos Humanos. X vs. Colombia. Comunicación 1361/2005 del 14 de mayo de 2007.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dudgeon vs. Reino Unido, sentencia del 23 de septiembre de 1981.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Norris vs. Irlanda, sentencia del 30 de noviembre de 1987.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Modinos v. Chipre, sentencia del 23 de marzo de 1993.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lustig, Prean y Beckett vs. Reino Unido, sentencia del 27 de septiembre de 1999.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Smith y Grady vs. Reino Unido, sentencia del 27 de septiembre de 1999.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, sentencia de 21 de diciembre de 1999
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Karner vs. Austria, sentencia del 24 de Julio de 2003
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Kozac vs. Polonia, sentencia del 2 de febrero de 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.E.B. vs Francia, sentencia de 22 de enero de 2008.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. J.M. vs Reino Unido, sentencia de 28 de septiembre de 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del caso P.B. y J.S. vs. Austria. 22 de julio de 2010.
- CIDH. Informe N° 71/99. Admisibilidad. Petición 11.656. Marta Lucía Álvarez Giraldo vs Colombia. 4 de mayo de 1999.
- CIDH. Informe N° 81/09. Solución amistosa. Petición 490-03. X vs. Chile. 6 de agosto de 2009.
- Resumen oficial de la sentencia en el caso Karen Atala Riffo vs Chile.
- Sentencia de 1995, Caso de S. c. H., párrafo 125A-B, citada por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, y Sentencia de 9 de octubre de 1998, National

Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others, Caso CCT11/98, párrafo 38 (original en inglés, traducción libre).

- Tribunal Supremo de Justicia de Estados Unidos, Sentencia de 1 de junio de 1942, Caso de Skinner c. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de octubre de 1981, Aplicación N° 7525/76.
- SSTC PERUANO. Exps. N° 02974-2010-PA/TC, N° 05652-2007-PA-TC, N° 00261-2003-AA/TC, el N° 00018-2003-PI/TC, EXP. N.° 2273-2005-PHC/TC, EXP N 00139-2013-PA/TC, y STC. Exp. N° 0527-2008-PHC/TC.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Karner vs. Austria, sentencia del 24 de Julio de 2003.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Kozac vs. Polonia, sentencia del 2 de febrero de 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.E.B. vs Francia, sentencia de 22 de enero de 2008.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. J.M. vs Reino Unido, sentencia de 28 de septiembre de 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del caso P.B. y J.S. vs. Austria. 22 de julio de 2010.
- Caso Karen Atala Rifo y Menores vs Chile

ARTÍCULOS, REVISTAS Y FOROS VIRTUALES:

- American Psychoanalytic Association. (2002). Position Statement on Gay and Lesbian Parenting. Disponible en: <http://www.apsa-co.org/ctf/cgli/parenting.htm>.
- American Psychiatric Association. (2002). Adoption and co-parenting of children by same-sex couples. APA Document Reference N° 200214. Disponible en: http://www.psych.org/edu/other_res/lib_archives/archives/200214.pdf.
- American Psychological Association. (2004). APA Briefing Sheet on Same-Sex Families and Relationships. Disponible en <http://www.apa.org/ppo/issues/lgbfamilybrf604.html>.

- Diario de Cádiz, 18- 11- 04. Disponible en <http://www.diariodecadiz.com/diariodecadiz/articulo.asp?idart=578258&idcat=729>.
- Diccionario Etimológico Virtual; cuyo link es: <http://etimologias.dechile.net/?matrimonio> La Enciclopedia Libre Universal, portal web.
- FERNÁNDEZ VALLE, Mariano. “Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana”. En: Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. N° 3. 2007, pp. 93-102. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/anuario03/6-Sec-ionInternacional/anuario03_sec_internacionalII_FernandezValle.pdf>.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2007). Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda. Perú: INEI. Consultado el 25 de Octubre del 2014 desde <http://desa.inei.gob.pe/censos2007/tabulados/>.
- KLISKBERG, Naum. *Breve historia del racismo*. Disponible en (http://www.matrimoniosmixtos.info/index.php%Foption%3Dcom_content%26task%3Dview%26id%3D68%26Itemid%3D93).
- Link virtual: <http://archive.hrea.net/learn/guides/derecho-a-la-familia.html#top>.